

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

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

COMISIÓN EJECUTIVA:

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

CONSEJERO-SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Francisco Corral Dueñas.

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

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

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

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

Depósito legal: M. 968-1958

S U M A R I O

Págs.

ESTUDIOS

- «Consolidación de la españolidad indígena (comentario a la STS de 28 de octubre de 1998)», por JOSÉ JAVIER PÉREZ MILLA
- «Breves notas al Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario, con especial consideración a las inmatriculaciones y a los excesos de cabida», por FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁS
- «Nuevas tendencias de la protección del menor», por MARÍA DEL CARMEN CORRAL GUÓN
- «Los complejos inmobiliarios en la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal de 1999», por ALBERTO DORREGO DE CARLOS
- «Instituciones del Derecho Civil cubano», por GISELA MARÍA PÉREZ FUENTES
- «La sucesión intestada en el Derecho inglés», por ANTONIO J. JIMÉNEZ CLAR

DICTAMENES Y NOTAS

- «La doble inmatriculación y los efectos de la informatización», por JESÚS LÓPEZ MEDEL
- «Las causas de separación en el Ordenamiento Jurídico-Civil español», por AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

ACTUALIDAD JURIDICA

- Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN

JURISPRUDENCIA

- I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS
- II. Resoluciones de la Dirección General:
- A) Resoluciones publicadas en el *BOE*, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

- B) Resoluciones comentadas, por JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA y FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

III. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Derecho Civil:

- a) Derechos reales, por ELENA MÚGICA ALCORTA
- b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA, ISABEL LA IGLESIA MONJE e ISABEL MORATILLA GALÁN

2. Derecho Mercantil, por RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

- «Las tensiones entre usucapión y prescripción extintiva», de MARIANO YZQUIERDO TOLSADA, por FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ
- «El aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en Europa», de ANTONIO PAU PEDRÓN y otros, por MARÍA DEL CARMEN CORRAL GUJÓN
- «Seguridad jurídica y codificación», de FEDERICO TRILLO-FIGUEROA y MARTÍNEZ-CONDE y otros, por JOSÉ MARÍA CORRAL GUJÓN
- «Derecho de Ibiza: pasado y futuro», de JOSÉ CERDÁ GIMENO, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS
- «Derecho de Sucesiones, común y foral», de JUAN JOSÉ RIVAS MARTÍNEZ, por ANTONIO DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO
- «Don León Galindo, entre leyes y palabras», de ANTONIO PAU PEDRÓN, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS
- «La inscripción registral de actos urbanísticos», de RAFAEL ARNAIZ EGUREN, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS
- «La demanda de inscripción en el Registro de la Propiedad», de ANTONIO MANZANO SOLANO, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN

ESTUDIOS

La servidumbre de luces y vistas y la equidistribución en la ejecución de los planes urbanísticos

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA LLAMADA SERVIDUMBRE LEGAL DE LUCES Y VISTAS.—III. LA PREVALENCIA DE LAS DETERMINACIONES DEL PLAN SOBRE LA SERVIDUMBRE LEGAL DE LUCES Y VISTAS.—IV. LA FACULTAD DE EDIFICAR EN LA LEGISLACION URBANISTICA.—V. LA EJECUCION DEL PLANEAMIENTO POR EL SISTEMA DE COMPENSACION Y COOPERACION. EL PROYECTO DE COMPENSACION Y EL DE REPARCELACION COMO INSTRUMENTOS DE EQUIDISTRIBUCION.—VI. LA VINCULACION DE LOS AFECTADOS A LAS DETERMINACIONES DEL PROYECTO DE REPARCELACION O COMPENSACION.—VII. EL OBJETO Y EL CONTENIDO DE LOS PROYECTOS DE REPARCELACION Y COMPENSACION.—VIII. LOS EFECTOS DE LA EQUIDISTRIBUCION SOBRE LAS LIMITACIONES LEGALES DEL DOMINIO.—IX. LA POSICION DE LA JURISPRUDENCIA EN TORNO AL PROBLEMA.—X. UNA SOLUCION PRACTICA AL PROBLEMA: EL LLAMADO ESTATUTO DE LIMITACIONES.

I. INTRODUCCION

La coexistencia de determinados preceptos del Código Civil destinados a limitar las facultades edificatorias de los propietarios junto a una legislación urbanística que regula amplia y minuciosamente el ejercicio de dichas facultades, definiendo el contenido del derecho de la propiedad del suelo en su dimensión urbanística, genera a veces una confusa situación de inequívoca trascendencia práctica.

En el presente estudio se pretende analizar en concreto la interacción de la regulación civil sobre la servidumbre de luces y vistas con el régimen urbanístico de la propiedad del suelo en aquellas situaciones que son producto de un proceso de equidistribución, ya sea por compensación o por reparcelación.

Es decir, la cuestión que se debate se ciñe a considerar si, aprobado un proyecto de compensación o de reparcelación, el régimen jurídico al que quedan sometidos los terrenos resultantes del mismo en sus relaciones de vecindad viene determinado por las limitaciones previstas en el Código Civil bajo la denominación de servidumbres o quedan excluidas éstas por un nuevo régimen derivado del proyecto.

Esto es, si además de las determinaciones resultantes del planeamiento, recogidas en los proyectos de equidistribución, o generados de modo autónomo por éstos, existen también, como limitaciones sobreañadidas, las resultantes de las servidumbres legales del Código Civil o, por el contrario, si éstas desaparecen de tal forma que el único régimen jurídico de las situaciones jurídico-reales nacidas del planeamiento es el recogido en los proyectos de equidistribución en tanto los nuevos títulos respectivos se acomodan rigurosamente a él.

II. LA LLAMADA SERVIDUMBRE LEGAL DE LUCES Y VISTAS

El Código Civil dedica la sección quinta del capítulo 2.º de su Libro II a la que llama *«servidumbre de luces y vistas»*.

A pesar de calificarse como una servidumbre legal, es decir, de forzoso acatamiento para el titular de la finca sirviente y potestativo ejercicio para el de la dominante, es en realidad, como ha destacado profusamente la doctrina, una limitación legal del dominio.

Así, como expone CASTÁN (1), *«el Código Civil no establece, en realidad, ninguna servidumbre legal de luces y vistas, y sus preceptos lo que hacen es imponer limitaciones al Derecho de propiedad...»*

En el mismo sentido se manifiestan Díez PICAZO y GULLÓN (2) y ROCA SASTRE (3), al señalar como *«estas limitaciones no son cargas reales, sino más bien modos de ser o estar en la propiedad»*.

Por último, cabe citar a GONZÁLEZ y ALGUER (4), que al comparar el régimen civil español con el derecho alemán señala que el nuestro *«es más extensivo, porque el Código Civil español llama servidumbres a ciertas relaciones legales de vecindad que el Código considera directamente como contenido de la regulación legal de la propiedad, como límites o prolongaciones inherentes al mismo contenido de la propiedad, fuera de toda idea de iura in re aliena, que tiene sustantividad propia»*.

(1) *Derecho Civil*, volumen II, pág. 536.

(2) *Sistema de Derecho Civil*, volumen III, 5.ª edición, pág. 162.

(3) *Derecho Hipotecario*, tomo II, pág. 189, 5.ª edición.

(4) *Comentarios a la obra de Derecho Civil Ennecerus*, tomo III, Derecho de cosas, 2.º, pág. 25, edición de 1971.

Para GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, de que se trate de limitaciones legales del dominio o de servidumbres dependerá el régimen que les sea aplicable (5). Sin embargo, como conforme a la terminología del Código, esas limitaciones del dominio constituirían una servidumbre caracterizada por ser continua, aparente, forzosa y negativa, cuyo destino es proteger el interés de los particulares, parece evidente la aplicación del régimen de las servidumbres, a pesar de su distinta naturaleza.

En el régimen legal los preceptos que la regulan restringen la facultad de abrir ventanas o huecos en la pared medianera o en la contigua a la finca ajena, imponiendo unas distancias mínimas de retranqueo respecto a la finca vecina cuando se pretende abrir dichas ventanas o huecos, salvo que el modelo constructivo elegido respete lo dispuesto en el artículo 581 en relación con los llamados huecos de mera tolerancia (arts. 580 a 585 del Código Civil).

Por su parte, el artículo 585 determina los efectos de la servidumbre de vistas adquirida por título y no por ministerio de la Ley.

Por fin, conforme al artículo 551, al tratarse de una servidumbre impuesta por la Ley, por causa de utilidad privada, la servidumbre de luces y vistas se rige por las disposiciones del Título VII del Código Civil *«sin perjuicio de lo que dispongan las Leyes, Reglamentos y Ordenanzas Generales o Locales sobre policía urbana o rural»* y *«podrán ser modificadas por convenio de los interesados cuando no lo prohíba la Ley ni resulte perjuicio a tercero»*.

Por lo tanto, a tenor del citado precepto, la servidumbre legal quedaría superada cuando las ordenanzas impusieran unas mayores distancias entre las edificaciones o prohibieran la apertura de cualquier hueco en la pared que da al vecino, o bien cuando existiera un convenio lícito entre los interesados que la excluyera.

Recíprocamente, el régimen legal de la servidumbre quedaría también afectada, como se verá en el siguiente apartado, si el Plan impusiera una distancia menor de la exigida por el Código con apertura obligada de huecos en la pared colindante.

Finalmente, en cuanto a su extinción, se produciría por la renuncia eficaz del titular de la finca dominante, por el acuerdo entre los interesados, por la adquisición de una servidumbre de signo contrario, bien consensuada, bien por prescripción, y por la desaparición de las circunstancias objetivas (como sería la creación de un vial público entre las fincas) o subjetivas (por ejemplo, reunión del dominio de las fincas en un solo propietario) que determinaban la existencia de la servidumbre.

(5) MANUEL GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, *Las relaciones de vecindad*, Ed. Nauta, pág. 378.

III. LA PREVALENCIA DE LAS DETERMINACIONES DEL PLAN SOBRE LA SERVIDUMBRE LEGAL DE LUCES Y VISTAS

Según se ha expresado en el apartado precedente, la interpretación racional del artículo 551 del Código Civil en lo que a la expresión «*sin perjuicio de lo que dispongan las Leyes, Reglamentos y Ordenanzas Generales o Locales sobre policía urbana o rural*» se refiere, sólo puede ser la de que la servidumbre legal quedaría alterada agravándose sus efectos cuando las Ordenanzas impusieran un régimen más restrictivo tanto del derecho edificatorio del titular del predio sirviente, como de los derechos derivados de las servidumbres de luces y vistas para el del predio dominante o bien que el régimen legal resultaría superado, si los Reglamentos o las Ordenanzas expresamente establecieran un régimen menos restrictivo.

En cuanto a la primera parte de la interpretación, la relativa a la prevalencia de las Ordenanzas municipales cuando exigen unas mayores distancias entre edificaciones o prohíben la apertura de huecos a las fincas vecinas, no plantea, en principio, dificultad de interpretación, al no colisionar con el contenido de lo dispuesto en el Código Civil, por ser más restrictivo para el constructor el régimen administrativo que el que resulta de la aplicación de los preceptos de Derecho privado. Sin embargo también existe, sin duda, una prevalencia de la norma administrativa frente a la pura aplicación del Código Civil cuando desde el planeamiento se pretenda precisamente una menor distancia entre las edificaciones con apertura obligada de huecos, circunstancia que si en principio resulta difícil imaginar, pudiera no ser tan extraña en la práctica.

En efecto, suponiendo que la normativa del Plan aplicable exigiera en determinadas parcelas agotar la edificabilidad, imponiendo además un fondo edificable determinado y exigiendo la apertura de ventanas y huecos de luz por la tipología impuesta por el propio Plan, al amparo de las facultades previstas en el artículo 3.1.K) del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, vigente en virtud de la Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997, pudiera suceder que sólo se podía edificar, y era obligado hacerlo, vulnerando las distancias mínimas previstas en el Código Civil. En tal caso, como en otros semejantes, es evidente que no podría invocar el vecino los artículos 581 y siguientes del Código, por ser prevalente la normativa urbanística, en virtud del interés público que se atribuye por la Ley al Plan.

Así es porque no debe olvidarse que la servidumbre legal de luces y vistas, tal y como resulta de las definiciones del Código Civil, tiene su justificación en la defensa del interés privado del titular del predio dominante, circunstancia que nunca sería oponible a la normativa del Plan en la que subyace la defensa del interés público, como ha recordado reiteradamente la

jurisprudencia con ocasión de las solicitudes de suspensión de la ejecución de planes en vía contencioso-administrativa (6).

Ahora bien, a pesar de ello, debe entenderse que las circunstancias que podrían determinar la ablación de las normas del Código Civil relativas a la servidumbre legal de luces y vistas por razón exclusivamente del Plan serían únicamente las descritas u otras semejantes, que no admitieran otros proyectos de edificación respetuosos con los artículos 581 y siguientes del Código Civil.

Es decir, decaería la limitación legal del dominio en todas aquellas situaciones en las que el único proyecto de edificación posible conforme al Plan implicara su vulneración, puesto que conforme a los artículos 14.2.f) y 18.7 de la Ley 6/1998, edificar es un deber para el propietario del suelo urbano o urbanizable sometido al Plan, que además ha de cumplirlo en las «condiciones» y en los plazos fijados por él y, en su caso, la legislación autonómica aplicable, la cual ordinariamente establece duras consecuencias para quien lo incumpliere, ordenadas todas ellas a la posterior edificación y consiguiente ejecución de su contenido (7).

Ello es consecuencia de la concepción promotora que informa la Ley en la que se prevé el desarrollo urbanístico como un hecho querido por el Plan, cuya ejecución es no sólo un deber, sino incluso el ejercicio de una función pública, como revela el artículo 4 de la Ley 6/1998, que obliga a todos activa y pasivamente. Por ello, el artículo 134 del Texto Refundido de 1992, determina la obligación de la Administración de cumplir con las disposiciones contenidas en los planes, sino que establece igual obligación para los particulares, añadiendo que el artículo 57 del Texto de 1976 que «*son nulas de pleno derecho las reservas de dispensación que se contuvieren en los Planes u ordenanzas, así como las que con independencia de ellos se concedieren*».

Queda, no obstante, pendiente la cuestión, ya abordada por LACRUZ (8), sobre si debía expropiarse, o no, la servidumbre que quedara vulnerada por

(6) La Sala Tercera del Tribunal Supremo ha declarado la especial entidad del interés público subyacente en el Plan en multitud de resoluciones relativas a la suspensión de los efectos de las diversas figuras de planeamiento en términos muy claros, por ejemplo, en sus Autos de 9 de febrero, 25 de marzo y 9 de septiembre de 1993. En el segundo de los citados, la Sala se expresa en los términos: «...es obvio que el interés público en la ejecución del Plan Especial urbanístico tiene una extraordinaria relevancia sobre los intereses puramente individuales de los propietarios...» El Auto de 9 de febrero, por su parte, recuerda que en los Planes de Ordenación, «el interés público está más acentuado que si de un acto singular se tratase».

(7) Prácticamente todas las Comunidades Autónomas han dictado normas que, bien por remisión al Texto Refundido de 26 de junio de 1992, bien por establecer un régimen propio, prevén expresamente sanciones o pérdida de facultades por el incumplimiento de los deberes al propietario.

(8) *Plan Urbanístico y Servidumbres*, Editorial Temis, núm. 23, año 1968, págs. 97 a 100.

la edificación conforme al Plan y contradictoria con los dictados del Código Civil.

Al respecto, cabe apuntar que, a la par que la servidumbre implica una limitación legal del dominio para quien es titular del predio sirviente, resulta una extensión legal del dominio también para quien es titular del predio dominante y forma parte del contenido inmanente a su derecho de propiedad. Ello implicaría la indemnizabilidad, puesto que todo sacrificio del propietario respecto de su derecho, debe ser indemnizado por la Administración, si tiene su causa en la ejecución de un Plan urbanístico. Ahora bien, no habría de ser indemnizado en ningún caso el propietario cuando su dominio nació ya delimitado y configurado sin la citada «*extensión*», por ejemplo, por venir así definido en un proyecto de compensación o de reparcelación, como se verá.

IV. LA FACULTAD DE EDIFICAR EN LA LEGISLACION URBANISTICA

Conforme al Código Civil, el propietario del suelo, por el mero hecho de serlo, tendría la facultad de edificar con las únicas limitaciones que vengan establecidas en las leyes.

La legislación urbanística vigente, representada por la Ley 6/1998, ha venido a delimitar el contenido de ese dominio sometiendo la facultad edificatoria del propietario, a la que ha llamado derecho (9) en su artículo 13, al Plan cuya observancia constituye un requisito indispensable para la adquisición de la misma.

Por su parte, los artículos 14.2.f) y 18.7 establecen, como antes se dijo, el deber de edificar los solares.

(9) Aunque técnicamente habría parecido más adecuado limitarse a atribuir al llamado *ius aedificandi* la consideración tradicional de facultad, puesto que, en definitiva, esa resulta su condición, dado que su ejercicio se reserva al propietario (incluso en el sistema de expropiación es preciso el previo traslado del dominio al beneficiario para la edificación), la vigente Ley 6/1998 lo llama derecho, abandonando la ambigüedad del texto de 26-6-92.

LASO MARTÍNEZ y LASO BAEZA, en su obra *El aprovechamiento urbanístico*, editada por Marcial Pons, 1995, estudian minuciosamente el problema, aunque referido al precedente texto de 26 de junio de 1992, y entienden que: «podría concluirse por eso que el ejercicio de las facultades que constituyen el contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria da lugar a la adquisición de unos determinados derechos. Por ello, una interpretación conceptualista de las facultades o derechos del artículo 23 del TRLS originaría una distinción entre ellos... No obstante, todo lo anterior, quizá deba reconocerse que en el lenguaje urbanístico usual, cuando se alude a alguna de las facultades del dominio, está aludiendo también al derecho consiguiente, en cuyo caso podría afirmarse que el empleo ambivalente en este lenguaje usual es indiferente, dándose razón a un texto legal que forzosamente provoca de comienzo una inevitable perplejidad».

Así, pareja a la facultad de edificar se establece la obligación legal de hacerlo. A la vez, la legislación autonómica de diversas comunidades y el propio Reglamento de Edificación Forzosa de 5 de marzo de 1964, a nivel estatal determinan que el incumplimiento de ese deber puede llevar al propietario a la pérdida o disminución del dominio a través de una expropiación o venta forzosa.

Todo ello es consecuencia del reconocimiento constitucional de la función social de la propiedad que, aplicado al dominio del suelo, se traduce en el sometimiento del derecho del propietario a las determinaciones del Plan y en la configuración ya avanzada en el apartado precedente de la ejecución de éste como el ejercicio de una función pública.

El Plan se presenta, de este modo, como una norma soberana que decide si existe para él la posibilidad de adquirir la facultad edificatoria o no; si puede permanecer en su titularidad o debe ser expropiado; cuáles son las obligaciones concretas que debe asumir por el mero hecho de ser titular del suelo y, para el caso de adquirir la facultad edificatoria, cómo ejercitarla (10).

(10) Aunque algunos autores, como PERALES MADUEÑO en su artículo, «Análisis jurídico del Proyecto de Ley sobre Régimen del Suelo y Valoraciones», publicado por la *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, en el número 4 de 1997, pág. 163, considera que en la nueva Ley «el cumplimiento de los deberes es condición para el ejercicio de los derechos, no para su adquisición», parece más acertado mantener que sólo se adquieren las facultades edificatorias cuando se cumplen los deberes correspondientes, sin perjuicio de que exista una expectativa de derechos pendiente de su consolidación por el cumplimiento de los deberes. En este sentido parece más ajustado el análisis de VICENTE LASO BAEZA, el cual en su artículo, «El nuevo régimen de los supuestos indemnizatorios de la Ley 6/1998, de 13 de abril», publicado por la *Revista de Derecho Urbanístico*, de julio-agosto de 1998, pág. 191 y sigs., dice:

«En efecto, el nuevo texto, del mismo modo que realizó la legislación precedente, incluida la Ley 8/1990, configura un régimen en el que las facultades de urbanizar y edificar se añaden al dominio en función del planeamiento, es decir, por atribución directa de éste.

No constituyen por ello derechos autónomos sino meras facultades, según señala el artículo 2, cuyo ejercicio genera un derecho patrimonializado en el titular del dominio, aunque disponible, ya sea del aprovechamiento, mediante su transferencia, ya de la facultad de urbanizar, a través de la participación de empresa urbanizadora, con el posible abono en metálico o en suelo por su ejercicio mediante la ejecución material de la misma.

Es decir, las facultades de urbanizar y edificar lo son del dominio, por lo que se extiende a ellas el derecho de propiedad mismo, si bien aquéllas quedan imperativamente ligadas con la función social que el planeamiento impone. Sin embargo, precisamente porque son facultades añadidas al dominio por el planeamiento, en tanto no se ejercen no generan un contenido patrimonial propio e independiente, ni deben, por lo tanto, resarcirse si son nuevamente eliminadas por el plan sin haber realizado actividad alguna.

Todo lo cual significa que una vez ejercitadas provocan un incremento patrimonial del bien, cuya desaparición entonces sí debe ser compensada.

El dominio es por ello un derecho subjetivo cuyo contenido patrimonial podrá ser mayor o menor, mientras que las facultades, si no son ejercitadas, son meras expectativas no indemnizables y, al contrario, una vez ejercitadas, y por ello mismo patrimonializadas, se convierten en derecho independientes, indemnizables si son sacrificados».

En definitiva, aunque el ordenamiento urbanístico tenga un marcado carácter administrativo, es el verdadero configurador del contenido de la propiedad del suelo en términos edificatorios y urbanísticos y, al delimitar dicho derecho, viene a tener un efecto demoledor en la concepción del dominio del Código, efecto que tiene su máximo exponente en la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística de la Generalitat Valenciana y en la Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha (11).

Ello significa que, en relación con la propiedad del suelo, la comunicación entre el ordenamiento puramente civil y el urbanístico es intensa y no pueden aplicarse separadamente uno u otro en las cuestiones relacionadas con aquélla, sin incurrir en una quiebra del sistema jurídico, porque al final el Derecho es uno sólo.

V. LA EJECUCION DEL PLANEAMIENTO POR EL SISTEMA DE COMPENSACION Y COOPERACION. EL PROYECTO DE COMPENSACION Y EL DE REPARCELACION COMO INSTRUMENTOS DE EQUIDISTRIBUCION

El principio constitucional de igualdad tiene su traducción urbanística en el de equidistribución de los beneficios y cargas derivados del planeamiento entre los propietarios afectados por la ejecución del Plan.

El artículo 5 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, establece que «las leyes garantizarán, en todo caso, el reparto de los beneficios y cargas derivados del planeamiento, entre todos los propietarios afectados por cada actuación urbanística, en proporción a sus aportaciones». A su vez, los artículos 14.2.d) y 18.5 determinan que la equidistribución es un deber de los propietarios en el suelo urbano y urbanizable, que constituye un requisito previo a la ejecución material del Plan.

A tal efecto, en los sistemas de actuación que determinan la ejecución del Plan con una intervención directa de los particulares, es decir, el de compensación y el de cooperación, se confecciona un documento, Proyecto de Repar-

(11) La Ley Reguladora de la Generalitat Valenciana y la Ley de Ordenación del Territorio y la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha establecen un sistema de gestión del planeamiento que reduce a la mínima expresión los derechos del propietario del suelo, atribuyendo la labor de desarrollo y ejecución del planeamiento al llamado «promotor» o «urbanizador», adjudicatario de un concurso celebrado al efecto. Es evidente que con tal regulación se desplaza en la práctica al propietario del proceso urbanizador, limitándose a establecer la Ley su derecho a la indemnización por la privación de sus terrenos, en beneficio de empresas o particulares «profesionalizados», o una residual reparcelación dirigida por el promotor.

celación o Proyecto de Compensación, nacido normalmente del acuerdo mayoritario de los propietarios de la unidad de ejecución, homologado por la Administración que con su intervención le elevará a la categoría de acto administrativo mediante su aprobación.

El acto válido de aprobación del Proyecto supone así, normalmente, la ratificación administrativa de un determinado acuerdo entre los particulares que lo dota de plena eficacia, si bien en las reparcelaciones por iniciativa pública se limita a manifestar una declaración de voluntad de la Administración que obliga a los particulares a cumplir con los deberes derivados de ese acto. En ambos casos, sin embargo, la aprobación del proyecto tiene unos efectos civiles indiscutibles que se deducen directamente de la Ley y son ineludibles.

Así se lleva a efecto inmediatamente la mutación de los derechos de los propietarios y titulares de derechos reales del ámbito afectado por el proyecto, produciéndose la subrogación real de las fincas de reemplazo respecto de las originarias (12), la extinción de los derechos y elementos incompatibles con el planeamiento, la atribución equitativa de las cargas y beneficios derivados de la ejecución del plan y la indemnización de los derechos sacrificados por razón de ésta.

Todo ello queda protegido con la inscripción del proyecto en el Registro de la Propiedad que determina la de las fincas creadas por él, las cuales surgen sometidas a las prescripciones contenidas en el mismo.

En definitiva, el proyecto define *ex novo* el contenido de los derechos de los propietarios, modificando el objeto de ese dominio y atribuyéndoles la facultad de edificar que antes, conforme a la literalidad de la Ley, no poseían, constituyendo el título nuevo de sus derechos que quedará inscrito en el Registro.

VI. LA VINCULACION DE LOS AFECTADOS A LAS DETERMINACIONES DEL PROYECTO DE REPARCELACION O COMPENSACION

Una vez aprobado el Proyecto de compensación o reparcelación, los adjudicatarios quedan inmediatamente sometidos a su contenido y obligados a cumplir los deberes que se deducen de la Ley en los plazos previstos en el Plan de Etapas o subsidiariamente en aquélla.

(12) GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO, en sus *Lecciones de Derecho urbanístico* de 1979, pág. 447, editadas por Civitas, ya asientan con GONZÁLEZ PÉREZ en que, en realidad se trata de una subrogación real frente a otras posiciones que habían intentado interpretar la reparcelación como una permuta forzosa o bien una expropiación forzosa con posterior adjudicación a los propietarios de las fincas resultantes.

El acto de aprobación definitiva del Proyecto por la autoridad municipal competente es ejecutivo una vez publicado, y a la vez resulta impugnabile.

Al ser ejecutivo, aquellos particulares afectados por él quedarán sometidos a sus efectos inmediatamente, salvo que se suspendieran éstos por el órgano administrativo competente o los Tribunales de Justicia. En cuanto a la impugnabilidad del acto, garantiza el derecho del propietario disidente de obtener la tutela de los Tribunales y eventualmente la anulación del acto cuando lesiona sus derechos en contravención con el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando el particular no impugna la aprobación definitiva del Proyecto de compensación o reparcelación? En ese caso, según entendemos, se producen las siguientes consecuencias:

1. El acto, además de ser ejecutivo, deviene firme, resultando así inatacable en su integridad, ya que al no tener contenido normativo, ni siquiera es revisable por la alternativa de la impugnación indirecta.

2. Los propietarios además de quedar obligados por él de una manera genérica, por la mera fuerza de obligar conferida por el ordenamiento a los actos administrativos, asumen directamente sus determinaciones, puesto que consienten el Proyecto y se aprovechan de los beneficios derivados del mismo, ya que la aceptación tácita, por la vía del silencio del afectado, revela una manifestación de voluntad inequívoca.

3. El Plan y el Proyecto permanecen, en este caso, como signo externo de la creación de una nueva servidumbre de la totalidad de los propietarios adjudicatarios de las parcelas que, al igual que hiciera en el Derecho romano el *pater familias*, reconocen la existencia de unas servidumbres derivadas de las nuevas condiciones de edificación de obligado cumplimiento para ellos y sus causahabientes, los cuales no podrán alegar el desconocimiento o la falta de inscripción en el Registro de las mismas, al ser éstas aparentes a través del Plan y desde el punto en que además el Proyecto resulta inscrito.

En definitiva, los propietarios al no impugnar el Proyecto, quedan así obligados por su propia voluntad, manifestada si se quiere de un modo tácito, pero inequívoco, en el sentido de aceptar íntegramente su contenido.

Esto es especialmente evidente en los casos en que el adjudicatario participó en la formulación del Proyecto, pero también sucede en los procesos reparcelatorios de iniciativa pública o de los minoritarios que aún habiéndose manifestado en contra del proyecto no le impugnaron.

En efecto, en el primer caso, al acuerdo se llega a través de un proceso de formación de la voluntad de los propietarios que exige quórum elevados de participación.

En el supuesto del Proyecto de Compensación, éste se aprueba válidamente sólo cuando, tras un período de audiencia de un mes concedido a los interesados, se vota favorablemente por la mayoría de los miembros de la

Junta de Compensación, que a su vez representen los dos tercios de las cuotas de participación, según lo dispuesto en el artículo 174.1 del Reglamento de Gestión Urbanística.

En el supuesto del Proyecto de Reparcelación formulado por los propietarios, se exige que lo suscriban los dos tercios de los afectados que representen, como mínimo, el 80 por 100 de la superficie reparcelable, conforme a lo dispuesto en el artículo 98.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 y en el artículo 106 del Reglamento de Gestión Urbanística.

La naturaleza realmente negocial del Proyecto queda así evidenciada por el propio proceso de su formulación, que exige la voluntad manifestada de una mayoría cualificada de los propietarios, como requisito para su validez.

Ahora bien, incluso cuando el adjudicatario no participó en la formulación del Proyecto, si no impugnó el acto, queda obligado por él en la doble modalidad descrita, puesto que esta conducta es reveladora de su aceptación del Proyecto y su contenido. Cuando lo impugnó, en cambio, quedará obligado en la totalidad pero respecto de aquella parte que impugnó se entenderá que no lo acepta, a salvo de la decisión que recaiga en su recurso, la cual determinará si tiene o no la razón.

Así, se puede afirmar que en el Proyecto de Compensación o reparcelación, una vez firme éste, converge el concurso de dos voluntades: la pública de la Administración y la privada manifestada, a lo menos tácitamente, por los propietarios que consienten el mismo.

Como declara el Tribunal Supremo, a través de su Sala 6.^a, en la Sentencia de 24 de marzo de 1983, que cita las de 14 de junio de 1963, 24 de mayo de 1975 y 4 de marzo de 1976, *«para que el silencio sea expresión del consentimiento, es absolutamente necesario que habiéndose tenido conocimiento de los hechos, no se haya manifestado disconformidad con los mismos, por tanto, el consentimiento puede ser tácito cuando del comportamiento de las partes o de sus declaraciones resulta implícita su aquiescencia»*.

En un sentido semejante puede citarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 13 de octubre de 1991, que recuerda la figura del *utiliter actoris* cuando señala que *«al ser la ratificación una simple manifestación de voluntad, puede ésta realizarse de forma expresa o tácita, y la expresión más elemental de ésta es aprovechar los efectos de lo convenido...»*

Por ello, el adjudicatario que no reacciona contra el Proyecto por el que se le entrega la parcela edificable, ratifica su contenido y viene a manifestar tácitamente su voluntad favorable al mismo, pudiendo hablarse entonces de la existencia de un convenio que ratificaba el contenido del Proyecto.

El alcance del convenio al que nos referimos, vendría determinado por el del Proyecto, cuyos efectos sobre la existencia o no de servidumbres o limitaciones sobre las parcelas resultantes de la equidistribución parecen innegables, como se verá, aunque deba matizarse esta postura en consonancia con

el restrictivo criterio de la jurisprudencia manifestado, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1966, que señalaba cómo *«el consentimiento tácito exige la realidad de un acto que ponga de relieve el deseo o voluntad del agente, sin que ofrezca la posibilidad de diversas interpretaciones»*.

En cualquier caso, el Proyecto y el Plan, una vez firmes, quedan como signo aparente de aquellas servidumbres que se deduzcan inequívocamente de su contenido, si bien no como signos materiales, sí en cambio igualmente eficaces.

VII. EL OBJETO Y EL CONTENIDO DE LOS PROYECTOS DE REPARCELACION Y COMPENSACION

El contenido de los Proyectos de compensación y de reparcelación viene definido por su objeto que es siempre el mismo, con independencia del origen público o privado de los mismos en el caso de la reparcelación.

Así, se limitan a atribuir los beneficios y cargas correspondientes a cada uno de los titulares afectados, asumir una determinada ordenación predefinida por los correspondientes instrumentos de planeamiento que desarrollan y localizar el aprovechamiento correspondiente sobre las parcelas resultantes.

Es decir, fundamentalmente ejecutan el planeamiento aplicable y configuran el contenido de los derechos de los propietarios que se derivan de dicha ejecución.

En orden al cumplimiento de ese objeto, el contenido del Proyecto abarca los siguientes aspectos:

- a) Definición de los derechos de cada propietario en el proceso en función de lo aportado y su situación jurídica.
- b) Definición, valoración y adjudicación de las fincas resultantes incluyendo la descripción de su situación jurídico-real, las cargas, gravámenes y demás circunstancias que las afectan.

Para la adjudicación se describen, por lo tanto, las fincas resultantes incluyendo su situación jurídico-real, las cargas, gravámenes, sustituciones, condiciones, etc., que las afectan, el titular a quien se adjudican y la valoración que se da a las fincas.

Esta operación, que es el núcleo del proceso equidistributivo, debería tener en cuenta si se aceptaba la aplicabilidad de los artículos 581 y siguientes del Código Civil en el ámbito del Proyecto, como una carga, aquellas limitaciones derivadas de las situaciones creadas por el Proyecto, que es el título que determina la creación de las nuevas parcelas, y ponderar su valor, según lo dispuesto por el párrafo segundo del artículo 99.b) del Texto Refundido de 1976.

En efecto, si el Proyecto define las parcelas y localiza el aprovechamiento, genera precisamente mediante esa operación, las situaciones objetivas que determinarían la aplicación o no de los artículos del Código Civil citados y, por lo tanto, la aparición o no de eventuales limitaciones del dominio.

Si el fin del Proyecto, a la hora de determinar las adjudicaciones, es únicamente la equidistribución, cuando tales limitaciones no se contemplaron ni fueron objeto de valoración, debe entenderse que quedaban obviamente excluidas.

- c) Localización de los terrenos de cesión obligatoria, las dotaciones y las reservas que se establezcan por el Plan o en favor de la Junta de Compensación.
- d) Determinación de las indemnizaciones y compensaciones en metálico y preparación de la cuenta de liquidación.

Del análisis del objeto y el contenido de los proyectos de compensación y reparcelación se deduce que su causa es, evidentemente, bifronte, puesto que tiende, por un lado, a la ejecución de un plan, es decir, al cumplimiento de una función pública por los propietarios y, por otro, a la vez, a la equidistribución de los beneficios y cargas entre los mismos.

A los efectos del presente análisis, como se puede ver por lo expuesto hasta ahora, la equidistribución es la faceta relevante de la causa del negocio reparcelatorio o compensatorio, en la medida en la que es ella la que viene a informar el contenido privado del proyecto.

En efecto, para el cumplimiento del interés público inmanente en la ejecución del Plan resulta indiferente que se produzca un ajuste de distribución de beneficios y cargas o que ésta resulte manifiestamente injusta o incluso innecesaria.

Es como consecuencia del juego de equilibrio entre el necesario respeto a los derechos de los particulares, consagrados en la Constitución y en el ordenamiento, con la necesidad del cumplimiento de ese interés público, por lo que se ha planteado un proceso urbanístico como el diseñado por la legislación al regular la reparcelación y la compensación (13).

(13) Como ya dijera LASO MARTÍNEZ en su obra *Derecho urbanístico*, tomo I, págs. 251 y 252: «Si, por consiguiente, la configuración del desarrollo territorial se hace en función únicamente de la mejor idoneidad del modelo, es evidente que debe prescindirse únicamente de la mejor idoneidad del modelo, es evidente que debe prescindirse en el momento de planificar de las líneas de propiedad o de un previo tratamiento equitativo de las propiedades... En base a estos datos resulta inevitable que un planeamiento redactado prescindiendo de las propiedades afectadas origine diferencias entre ellas, diferencias que pueden ser insalvables y que, además, no tienen que ser aconsejables vista desde aquella perspectiva, es inadmisibles en el plano de la ejecución del planeamiento, de tal

Así, la equidistribución resulta ser una aplicación del respeto a los derechos fundamentales de igualdad ante la Ley de los ciudadanos y de la propiedad.

En definitiva, cuando se ejecuta el planeamiento por un sistema de gestión del planeamiento urbanístico con intervención directa de los particulares, debe actuarse con un escrupuloso respeto a los dos derechos fundamentales citados, que es de hecho lo que pretende la Ley, sin que se pueda entender que el Proyecto de reparcelación o compensación se limitan a actuar en la esfera del Derecho público, no siendo oponibles a aquellas situaciones que se consideren defendidas por normas de Derecho privado.

VIII. LOS EFECTOS DE LA EQUIDISTRIBUCION SOBRE LAS LIMITACIONES LEGALES DEL DOMINIO

Si, como se ha visto, las servidumbres legales y en concreto la servidumbre legal de luces y vistas son una limitación legal del dominio, un modo de ser o estar en la propiedad en la terminología de alguno de los autores, cabe presumir que allá donde se den las circunstancias objetivas de existir una propiedad inmobiliaria, colindante con otra, en la que se construye una edificación a una distancia inferior a la prevista por el Código Civil y en la que se pretenden abrir huecos o ventanas que ofrezcan vistas rectas u oblicuas hacia la propiedad vecina, necesariamente habría de considerarse que existe una servidumbre legal de luces y vistas y, por lo tanto, una limitación legal del dominio.

Sin embargo, ello no parece razonable cuando al propietario titular de la finca, eventualmente sirviente, se le adjudicó la parcela en un proceso de equidistribución en el que se le asignó a ésta el mismo valor unitario que a otras, las cuales, por su situación y características, resultaban libres de esa limitación y, además, el supuesto predio dominante estuvo inmerso también en el proceso de equidistribución y adquirió su individualidad y existencia civil por causa del acto de aprobación.

La cuestión así planteada no resulta intrascendente por cuanto el rendimiento que se puede obtener de una parcela sin limitaciones legales de luces y vistas es muy superior al que podría deducirse de una parcela sobre la que recaigan tales servidumbres. En este último caso, el constructor se vería obli-

manera que con el mismo énfasis con el que se ha resaltado que la planificación ha de redactarse prescindiendo de las líneas de propiedad, su ejecución no puede llevarse a cabo sin la previa y justa distribución de sus beneficios y cargas».

En el mismo sentido se pronunció TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ en el artículo publicado en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 3, pág. 502, titulado *Reparcelación versus expropiación*.

gado a adoptar un modelo constructivo que presentara una fachada ciega o con unos huecos contruidos conforme a lo previsto en el artículo 581 del Código Civil, o bien, habría de retranquearse no pudiendo aprovechar convenientemente, por consiguiente, la edificabilidad que se le asignó.

No obstante, cuando la existencia de una servidumbre legal de luces y vistas resulta más injusta y dramática para el propietario vinculado a ella es en los casos en que, encontrándose éste en el proceso de construcción de su edificio, el vecino plantea una acción interdictal en contra de la obra nueva amparándose en la vulneración de los artículos 581 y siguientes del Código Civil, a pesar de que ambas fincas habían surgido de un mismo Proyecto de compensación o reparcelación y de que, no siendo posible consumir el aprovechamiento real asignado a la supuestamente sirviente sin vulnerar las distancias de tal servidumbre, en dicho Proyecto no se tuvo en cuenta la existencia de esa limitación a la hora de valorar las adjudicaciones.

En tales circunstancias, el propietario constructor se encontrará sometido a una grave situación que dará al traste totalmente con su beneficio económico, le puede comprometer como responsable frente a los compradores que hubieran adquirido sus pisos en el inmueble y si, como en algún caso ha sucedido, el interdicto paraliza toda la obra, puede verse gravemente perjudicado en sus ventas, sucediéndose además las reclamaciones de daños y perjuicios por el retraso en la construcción, caso de haberse convenido, como es usual, un plazo de ejecución del edificio.

La experiencia ha demostrado que la jurisdicción civil prescinde del ordenamiento urbanístico a la hora de resolver este tipo de procesos y se limita a aplicar el Código Civil, como si en el Derecho se pudieran distinguir dos compartimentos estancos.

Por lo tanto, la solución a los problemas así planteados pasa necesariamente por la negociación en la que el constructor tiene una posición muy débil y prácticamente indefensa.

Así las cosas, la servidumbre se puede convertir, en estos casos, simplemente en un arma arrojadiza entre vecinos enfrentados o en un instrumento de presión para obtener un beneficio económico.

Parece sin embargo, que si, como se viene sosteniendo, con el acuerdo reparcelatorio o compensatorio se produce en realidad, un convenio entre los propietarios, al aceptar éstos la nueva parcelación y las adjudicaciones, debe entenderse aplicable el artículo 585 del Código Civil y considerar así que con el consentimiento del Proyecto, se produjo el convenio de extinción de esas limitaciones o de creación de las servidumbres contrarias, puesto que las fincas se valoraron por su aprovechamiento real o materializable sin que se redujera éste por la aplicación de unas limitaciones legales del dominio que sólo rigen en defecto de pacto, ya que son de interés privado.

A la misma conclusión se llega si se entiende que el Proyecto aprobado y el Plan ejecutado, al imponer las condiciones objetivas que determinaban la creación de la servidumbre, actuaban como signo aparente de su constitución y permanencia.

Y ello porque, al no haberse valorado las fincas resultantes considerando, al determinar las adjudicaciones y la cuenta de liquidación provisional, que la servidumbre legal de luces y vistas suponía una carga o una limitación a la facultad de edificar, concedida por el planeamiento, la cual disminuiría el valor de las parcelas, conforme al artículo 99.1.b), ya citado, del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, el Proyecto así redactado y el Plan que se ejecutaba constituían un signo aparente de la voluntad de no aplicar unas normas civiles contradictorias con el contenido de ambos.

Por lo tanto, si resulta innegable que la servidumbre legal existe siempre que el predio colindante no formó parte del proyecto de equidistribución por ser exterior a la unidad de ejecución, no es menos cierto que, por el contrario, si tal circunstancia no se tuvo en cuenta a la hora de valorar las fincas resultantes debe entenderse que, en virtud de la causa del negocio jurídico reparcelatorio o compensatorio, es decir, la equidistribución, existe la evidencia de que los propietarios han acordado que la facultad edificatoria se ejercite en los términos que expresan las Ordenanzas Urbanísticas y el Proyecto correspondiente.

A esta interpretación no parece aceptable oponer el argumento de que sólo son indemnizables las vinculaciones singulares del dominio, y que estas limitaciones se aplicarían con carácter general, puesto que el dominio de los adjudicatarios quedaba configurado por la nueva ordenación y por el contenido del Proyecto, el cual atribuía a cada propietario su parcela en pago de su aportación y valoraba la misma en función del aprovechamiento que tenía asociado. Por ello no resulta aceptable suponer que el Proyecto engañó al propietario y le entregó una parcela cuyo aprovechamiento real, conforme al que había sido valorada, no era tal sino una pura entelequia imposible de materializar.

Esta interpretación resulta, en resumen, de la evidencia de un acuerdo compensatorio o reparcelatorio, al menos tácito, así como la de permanencia de un signo normativo aparente y público, identificado en el Plan y el Proyecto aprobados; de la posibilidad reconocida en el Código Civil de la sustitución de la servidumbre legal de luces y vistas por el convenio entre los interesados; del contenido de aquel acuerdo en relación con la finalidad equidistributiva del mismo; y finalmente, de la necesaria superación de unas normas civiles previstas en el siglo XIX, con mucha anterioridad a la existencia de toda una normativa urbanística configuradora de un nuevo modelo de dominio sobre el suelo, que queda vinculado y sometido a las prescripciones del plan.

Así, si siguiendo a MARTÍN GARRIDO MELERO (14), podríamos hablar de la servidumbre legal de luces y vistas como una «*limitación ontológica*» del derecho de propiedad derivada de la vecindad, no es menos cierto referirse a las determinaciones del Proyecto de Compensación y de Reparcelación como *delimitaciones ontológicas del derecho de la propiedad urbanística derivadas de la equidistribución y la ejecución del Plan*.

IX. LA POSICION DE LA JURISPRUDENCIA EN TORNO AL PROBLEMA

Si bien existe una abundante jurisprudencia en torno a la servidumbre legal de luces y vistas, no es tanta aquélla que se ha pronunciado en relación con la cuestión planteada en este artículo.

No obstante, puede afirmarse que la doctrina manifestada por el Tribunal Supremo referente a la interacción entre el ordenamiento urbanístico y el ordenamiento civil en lo relativo a la propiedad del suelo ha mantenido la línea de considerar como normativas absolutamente separadas la legislación urbanística y el ordenamiento jurídico privado.

Es cierto que se han reconocido en ocasiones los efectos que la función social de la propiedad y la legislación urbanística han tenido sobre el contenido del dominio, pero siempre se ha acudido a la consideración de la legislación urbanística como una normativa del Derecho administrativo y, por lo tanto, de Derecho público, ajena al Derecho privado, para defender la aplicabilidad de las normas del Código Civil relacionadas con las facultades edificatorias del propietario.

Así cabe recordar, aunque con alguna matización, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de 9 de febrero de 1983, siendo Ponente DE CASTRO GARCÍA, en la que se declaró lo siguiente:

«Aún sin desconocer la profunda innovación que el régimen urbanístico del Derecho de Propiedad ha introducido en los esquemas tradicionales, concretamente en lo que toca a las facultades edificatorias y de utilización, que pasan a integrar el contenido de decisiones públicas, en los amplios términos que el artículo 178 de la Ley del Suelo dispone, tampoco puede ignorarse que el derecho legal no se destruye sino que se limita (arts. 59, 76 y 83), pues según ha recordado la Sentencia de 4 de octubre de 1982, sigue mereciendo un debido respeto al derecho de propiedad, constitucionalmente recono-

(14) «Reflexiones sobre las relaciones de vecindad en Cataluña», publicado en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 611.

cido, aunque de contenido delimitado por su función social... El efecto de obligatoriedad que atribuye la Ley del Suelo a la aprobación definitiva del Plan, con la limitación del derecho de propiedad que el artículo 58 especifica, en manera alguna supone que un tercero quede autorizado para construir prescindiendo de lo ordenado por el Código Civil, respecto a los huecos para luces y vistas que se abren sobre predio ajeno, cuando no está proyectada siquiera la expropiación del dominio ni se produjo la constitución de servidumbre según lo autorizado por el artículo 68 de la misma Ley. Tratándose de terreno de naturaleza privada, han de ser aplicadas las normas de los artículos 582, 583 y 584 del Código Civil, sobre apertura de ventana sobre la finca del vecino, procediendo el cierre de los huecos que no guardan las distancias legales».

Como se ve, la sentencia parece defender la aplicación de las normas civiles aun en contra de lo dispuesto por el Plan al que, sin negarle su fuerza de obligar, considera insuficiente en el caso de autos para enervar la extensión legal del dominio que tras la servidumbre de luces subyace. Ahora bien, ello no es así en realidad, puesto que en el caso debatido no se había ejecutado el Plan, como señala la propia sentencia, no se *«había transformado en lo menester la realidad jurídica»*, circunstancia que sólo sobreviene, según se aclara también *«en la fase de ejecución donde el planeamiento alcanza su práctica efectividad»*.

Es decir, la Sentencia no acepta la prevalencia del Plan porque, al no haberse ejecutado, no es eficaz, pero reconoce *a sensu contrario* que, en caso de haberse ejecutado, la situación pudiera ser diferente.

Por su parte, la Sentencia de 5 de junio de 1986 de la Sala Primera del Tribunal Supremo corroborando la separación de normativas, dijo lo siguiente:

«Aún admitiendo como realidad legal innegable la vinculación de la propiedad por los planes y actos administrativos, principalmente en el campo urbanístico, la modificación consiguiente del tradicional concepto y contenido del dominio, así como la índole instrumental de las limitaciones establecidas por el ordenamiento, según proclaman diversos preceptos de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, las restricciones al ius aedificandi por obra del planeamiento, repetidamente recobradas por la jurisdicción contencioso-administrativa, cobran su significación ante los Tribunales de ese orden...»

En otro orden jurisdiccional, la Sala Cuarta de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo recordando, por contra, la falta de imperatividad

de las normas civiles reguladoras de la servidumbre de luces y vistas, señaló, mediante su Sentencia de 26 de abril de 1984, siendo Ponente el señor DELGADO y el señor IRIBARREN NEGRAO, lo siguiente:

«Las normas reguladoras de las distancias entre construcciones para la salvaguardia de los derechos tradicionales de luces y vistas, son normas de carácter dispositivo y que pueden, por tanto, quedar sin efecto mediante la constitución de servidumbres o la celebración de convenios entre las partes interesadas, siempre que a ello no se opongan específicas razones de interés público».

Como puede verse, el sentido de esta sentencia es concorde con que, a la inversa, cuando el contenido del Plan determine el sacrificio de la servidumbre de luces y vistas, dado el carácter dispositivo de las normas del Código que la regula, habrían de quedar éstas sin efecto porque a ello conducía la defensa del interés público subyacente en el Plan.

En otro sentido, por su especial interés, cabe recordar la Resolución de 21 de octubre de 1980, de la Dirección General de los Registros y del Notariado que, en relación con la constitución de una servidumbre recíproca de luces y vistas de carácter voluntario presente en un proyecto de construcción de varios edificios que se pretendía inscribir en el Registro de la Propiedad, declaró lo siguiente:

«...no puede desconocerse la realidad actual, que exige admitir que el propietario pueda imponer voluntariamente sobre su finca, por legítimas razones urbanísticas, limitaciones similares a las que pueden serle impuestas por el planeamiento urbanístico en base a la legislación especial y todo ello en función del bien común, al formar estas limitaciones parte de la propia esencia del derecho de propiedad y siempre que no contradigan la legalidad vigente...»

En la misma resolución más adelante y en relación con la objeción que pudiera plantearse con referencia a lo dispuesto en el artículo 541 del Código Civil, al cual exige el signo físico aparente entre las fincas para la constitución de la servidumbre llamada del padre de familia, se indicaba lo siguiente:

«...Este precepto referido exclusivamente a un supuesto procedente del Derecho romano, no excluye la posibilidad de su ampliación a otros casos, y en consecuencia al igual que sucedió con la tradición real que fue progresivamente espiritualizada y así el artículo 1.468 del Código Civil establece que la escritura pública equivale a la entrega, puede ahora, dadas las nuevas situaciones planteadas por el urbanismo, entenderse que también puede ese

signo aparente crearse en forma documental en la propia escritura pública, y a través de su inscripción en los libros registrales darlo a conocer a terceros, quienes al adquirir todo o parte del inmueble o inmuebles dan lugar a que se cumpla la condición que origina el nacimiento de la mencionada servidumbre».

Como se ve, esta Resolución reconoce la posibilidad de creación de servidumbres, a través de formas de constitución y transmisión de los derechos reales espiritualizados y, por lo tanto, es consonante con la defensa de una forma de creación de servidumbres contrarias a las limitaciones legales del dominio a través de un convenio tácito revelado por la aceptación del contenido del Proyecto de Compensación o Reparcelación, según venimos defendiendo. Es más, expresamente admite una espiritualización del signo aparente al que se remite la regulación de la servidumbre del padre de familia, espiritualización que implica la aceptación del Plan y el Proyecto como tales signos aparentes.

Finalmente, cabría aludir a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1988, emitida por su Sala Primera, en la que, ante la existencia de unas edificaciones procedentes de la demolición de otras preexistentes que habían surgido como consecuencia del acuerdo entre los interesados en relación con los linderos de las futuras construcciones y la creación de un patio de luces, se reconocía el negocio constitutivo de la servidumbre de luces y vistas, considerando que los propietarios *«llegaron a un acuerdo y establecieron un lindero de las futuras construcciones y el patio de luces al que, como es normalmente propio de su función, habían de recaer aberturas de la finca de la demandada»*.

Es decir, que la servidumbre se deducía de las consecuencias evidentes de lo pactado, aunque no se aclarara expresamente la necesaria constitución de la misma y que la escritura pública cumplía la función del signo aparente exigido por el Código para la constitución de servidumbres de padre de familia.

Como conclusión, a la vista de toda la doctrina y la jurisprudencia citada, y de la aludida anteriormente al comentar la evidencia de un consentimiento tácito sobre la aprobación definitiva de los proyectos de compensación o reparcelación por los adjudicatarios, puede defenderse la inaplicabilidad de los artículos 581 y siguientes del Código Civil a las situaciones derivadas de procesos urbanísticos de equidistribución que no tuvieron en cuenta las limitaciones previstas en ellos.

En efecto, la interpretación del Tribunal Supremo para el caso en que los propietarios convenían la construcción de sus edificaciones previendo la existencia de un patio de luces, supuesto en el que se consideraba que tal situación determinaba la creación de la servidumbre de luces y vistas por el propio destino del patio, parece aplicable a las situaciones objeto de estudio.

Así, se podría aplicar a los casos en que un proyecto de compensación o reparcelación determinaba, por la tipología de las edificaciones y por la localización de las mismas, la existencia de una situación objetiva que, si se aplicaran las reglas de los artículos 581 y siguientes del Código Civil, exigiría el retranqueo de las edificaciones y la adopción de unos modelos constructivos determinados por virtud de dichas normas, dándose la circunstancia añadida de que en el proyecto no se contenía una especial mención a tales limitaciones, ni se valoraban a los efectos de la equidistribución.

En tales supuestos ni los adjudicatarios, ni sus sucesores podrían invocar la servidumbre legal de luces y vistas, puesto que de su común aceptación del proyecto se derivaba la extinción de la limitación o la creación de la servidumbre contraria.

En otro caso, se habría traicionado el fin equidistributivo de los procesos de compensación y reparcelación y quien invocara ahora la existencia de la limitación legal se pretendería beneficiar de la misma en perjuicio de su vecino, el cual habría recibido en el mismo proyecto de equidistribución una parcela nueva valorada conforme a unos criterios que no habían tenido en cuenta estas limitaciones pero quedaba sometido a las mismas, produciéndose un manifiesto desequilibrio en la distribución de los beneficios y cargas derivados de la ejecución del plan.

X. UNA SOLUCION PRACTICA AL PROBLEMA: EL LLAMADO ESTATUTO DE LIMITACIONES

En el artículo 24 del Reglamento de Reparcelaciones de 7 de abril de 1966, se enumeraban las determinaciones que debía contener el acuerdo de reparcelación, y en las normas M y N de su punto 1.º se determinaba lo siguiente:

«M) Podrán regularse con efectos reales, las nuevas situaciones jurídicas derivadas de la ordenación ejecutada, tales como régimen de patios comunes, servidumbres recíprocas, zonas de estacionamiento y otras análogas.

N) Podrá establecerse asimismo el Estatuto de limitaciones que regule con carácter real: ubicación de los edificios, altura, tipo de construcción, destino, normas sobre conservación de espacios libres y demás semejantes...»

Finalmente se añadía que todas aquellas determinaciones de los apartados M y N que fueran inscritas en el Registro de la Propiedad pero resultaran contrarias a normas de derecho necesario y que estuvieran incluidas

en el planeamiento aprobado con posterioridad, podían cancelarse por acuerdo firme del órgano urbanístico competente.

El artículo citado del Reglamento de Reparcelaciones, en definitiva, lo que planteaba era la posibilidad, hoy vigente, de que en el acuerdo de reparcelación o en el proyecto de compensación, dentro del proceso de equidistribución que los propietarios realizan, al establecer la nueva situación jurídico-real de las fincas puedan constituir servidumbres o establecer otras limitaciones semejantes.

La inclusión en el acuerdo reparcelatorio de determinaciones que establecieran expresamente servidumbres contrarias de las limitaciones legales del dominio establecidas en el Código Civil evitaría discusiones posteriores sobre la posibilidad de edificar a unas distancias determinadas en función de la apertura o no de huecos en la fachada colindante con el vecino.

Cada propietario sabría con certeza que lo que recibía en el proceso de reparcelación era una parcela que podía edificar vinculado sólo por las condiciones que expresamente se detallaban en el proyecto y se habría asignado un valor a las parcelas resultantes que considerando expresamente las limitaciones que inequívocamente cada una contuviera, no produciéndose situaciones en las que un propietario recibía una parcela con menor valor económico efectivo sin que en el Proyecto lo hubiera advertido.

De este modo, se incrementaría la seguridad jurídica de los propietarios de suelo y se evitarían litigios y paralizaciones de obra amparadas en unas disposiciones, en gran medida anacrónicas, cuya utilidad se limita a las situaciones producidas en los núcleos urbanos consolidados que no resultaron de un mismo proceso de desarrollo urbanístico equidistributivo.

GABRIEL SORIA MARTÍNEZ
Abogado

Operaciones fiduciarias o *trusts* en Derecho español (*)

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL: 1. EL *TRUST* EN ESPAÑA Y EN LOS SISTEMAS DE *CIVIL LAW*. 2. EL NEGOCIO FIDUCIARIO: LA CLAVE DE APROXIMACIÓN.—II. EL NEGOCIO FIDUCIARIO: 1. ORIGEN. 2. NOCIONES TÓPICAS Y ESTRUCTURA. 3. EVOLUCIÓN DOGMÁTICA. 4. EL NEGOCIO FIDUCIARIO ANTE LA JURISPRUDENCIA: 4.1. *Etapas*. 4.2. *Prueba*. 4.3. *Validez, fraude de Ley y correctivos*. 5. TIPOS: FIDUCIA *CUM AMICO* Y *CUM CREDITORE*; FIDUCIA-GESTIÓN, FIDUCIA-GARANTÍA, FIDUCIA-LIBERALIDAD. 6. EFECTOS DE LA TITULARIDAD FIDUCIARIA MODERNA: 6.1. *Fiducia-garantía*: a) La limitada eficacia real: consecuencias «inter partes» y frente a terceros. Incidencia del Registro; b) Realización de la garantía y pacto comisorio; c) Procedimientos ejecutivos de terceros acreedores contra fiduciario o fiduciante. 6.2. *Fiducia-gestión*: a) La limitada eficacia real: consecuencias; b) Procedimientos ejecutivos de terceros acreedores contra fiduciario o fiduciante. 7. DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES: 7.1. *Simulación*. 7.2. *Fiducia-gestión y representación indirecta*. 7.3. *Fiducia-garantía y compraventa con pacto de retro*. 8. PROFESIONALIZACIÓN DE LA FIDUCIA.—III. OPERACIONES FIDUCIARIAS *INTER VIVOS*: 1. OBSTÁCULOS Y LÍMITES. RECAPITULACIÓN. 2. MODALIDADES Y SUS VENTAJAS: 2.1. *Fiducia-garantía*. 2.2. *Fiducia-gestión*.—IV. OPERACIONES FIDUCIARIAS *MORTIS CAUSA*: 1. OBSTÁCULOS Y LÍMITES. 2. MODALIDADES: LA FIDUCIA SUCESORIA Y LOS DERECHOS FORALES.—V. FISCALIDAD.—VI. CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.—VII. EL NEGOCIO FIDUCIARIO ESPAÑOL Y EL *TRUST* INTERNACIONAL. COMPARACIÓN.—VIII. CONCLUSION.—Anexo 1. Jurisprudencia. Anexo 2. Bibliografía.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

1. EL *TRUST* EN ESPAÑA Y EN EL *CIVIL LAW*

El *trust* es una institución no regulada en el Derecho positivo español ni acogida jurisprudencialmente como tal. Sin embargo, esta afirmación inicial,

(*) El presente trabajo constituye la ponencia española presentada al XV Congreso Internacional de Derecho Comparado (Bristol, 26 de julio a 1 de agosto de 1998), sobre

con ser cierta, debe ser ponderada en sus justos términos. La legislación española, al igual que la mayoría de los Códigos civiles y comerciales europeos, carece de normativa específica sobre el *trust* de origen anglosajón, lo cual plantea el problema de su admisibilidad, pese a los múltiples obstáculos que cualquier sistema de *civil law* erige frente a las peculiaridades de una figura jurídica gestada en los principios genuinos del *common law*. La prueba fehaciente de que, pese a esas dificultades, es posible acomodar hasta cierto punto esta institución a ordenamientos latinos como el español, se encuentra en su incorporación en la mayoría de los países hispanoamericanos (desde el ejemplo pionero de México en 1926 y sus reformas sucesivas, hasta la reciente regulación de Argentina en 1995) (1), así como en los Códigos civiles de Louisiana (2) o

el tema *Trusts: a matter of property or of obligation*. El texto y las notas se corresponden sustancialmente con la versión en inglés allí expuesta. La ponencia que ahora se publica sólo ha sido retocada para incorporar algunos datos nuevos producidos tras su redacción (22-9-1997). Una versión (en inglés) reducida a un tercio se encuentra en curso de publicación, junto con el resto de las ponencias nacionales sobre el *trust*, en el volumen coordinado por la profesora M. CANTIN CUMYN para la editorial belga Bruylant.

(1) En su modalidad de fideicomiso bancario, fue regulado de forma original e influyente en México mediante la Ley de Bancos de Fideicomiso, fechada el 30 de junio de 1926, contando con los antecedentes legislativos de Colombia (Ley sobre establecimientos bancarios de 16 de julio de 1923), Chile (Decreto Ley núm. 559, de 26 de septiembre de 1925) y, sobre todo, del Proyecto Alfaro para Panamá de 1920 (vid. ALFARO, R. J., *El fideicomiso. Estudio sobre la necesidad y conveniencia de introducir en la legislación de los pueblos latinos una institución nueva, semejante al «trust» del derecho inglés*, Imprenta Nacional, Panamá, 1920), adoptado como ley, 9.^a, de 6 de enero de 1925. En la actualidad, el fideicomiso bancario se rige por las siguientes reglamentaciones: *México*, sustancialmente, Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 26 de agosto de 1932 (con modificaciones); *Argentina*, Ley 24.441 de 9 de enero de 1995, sobre fideicomiso y «leasing» (incorpora al Código Civil una nueva redacción del artículo 2.662 sobre el «dominio fiduciario»); *Colombia*, Código de Comercio de 1971 y Decreto de 1993; *Ecuador*, Ley de Mercado de Valores de 6 de mayo de 1993 y Reglamento de 28 de agosto de 1993 (modificativos de arts. 410 y sigs. del Código de Comercio de 1857); *Panamá*, Ley 5 de enero de 1984 sobre el trust; *Perú*, Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros de 30 de octubre de 1993; *Venezuela*, Ley de 23 de julio de 1956 (incorporada en la ley bancaria de 1961). También poseen legislación específica sobre la materia Bolivia, Chile, Costa Rica, Honduras, Guatemala, El Salvador, Puerto Rico. Para un estudio comparado, son recomendables las siguientes obras, aunque se encuentran algo desfasadas, hoy: GOLDSCHMIDT, R., y EDER, P. J., *El fideicomiso (trust) en el Derecho comparado (especialmente americano)*, Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1954 (en concreto, en págs. 59-153 pueden verse reproducidos los textos legislativos); GOLDSCHMIDT, R., «El fideicomiso en los países de la América latina», en *Inter-American Law Review*; *Revista Jurídica Interamericana* (Tulane), enero-junio, 1961, págs. 1-27. También de interés, D'ORS PÉREZ-PEIX, A., «Sobre el fideicomiso bancario», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* (VI), 1982, págs. 403-415. Una recopilación legislativa global y actualizada, en LUPOL, M., *Trust Laws of the World*, Roma, 1996; cfr. también, en especial, el completo trabajo de LUPOL, M., *Trusts*, Giuffrè, Milano, 1997, págs. 345-367.

(2) En especial, artículos 1.721-2.252 del Código Civil de 1825, múltiples veces modificados (cfr. la Ley de 1964 llamada «Louisiana Trust Code»); vid. VENTURATO

Quebec (3), y en legislaciones especiales al efecto en Japón (4), Liechtenstein (5), Luxemburgo (6) o, últimamente, Rusia (7), entre otras (8). A mayor abundamiento, en sistemas legislativos tan próximos al nuestro como Francia o Italia han sido tomadas medidas orientadas al reconocimiento institucional de las operaciones fiduciarias; así, en 1992 se presentó al Parlamento francés el proyecto de ley sobre «la fiducia» (9) que, sin embargo, no superó los trámites, debido, sobre todo a problemas relacionados con la fiscalidad. Por su parte, Italia ha ratificado el Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985, relativo a la ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento; asimismo, lo ha hecho Holanda. Todos estos datos sirven para afianzar la existencia de un indiscutible movimiento, a nivel mundial, tendente a admitir y regular el *trust* fuera del *common law*.

La posibilidad de establecer unos «principios europeos sobre el *trust*», dentro del marco de propuestas tendentes a alumbrar un auténtico Derecho privado europeo (e incluso un Código Civil europeo que contuviese el régi-

LORIO, K., «Louisiana Trusts: the experience of a civil law jurisdiction with the trust», en *Louisiana Law Review*, 1982, pág. 1721 y sigs. El valor comparatista de Louisiana se realza para el jurista español, si se tiene presente que desde 1763 hasta 1801 se aplicó en este lugar la legislación histórica española y, posteriormente, su Código Civil tomó como modelo el Código Civil napoleónico.

(3) Artículos 981a-981n del Código Civil de 18 de diciembre de 1991, en vigor desde 1994; el articulado sobre la «fiducie» existía ya en el anterior Código Civil de 1888: vid. MIGNAULT, P. B., «La fiducie en la province de Québec», en *Travaux de la Semaine Internationale de Droit*, Sirey, Paris, 1937, págs. 35-55; traducidos al español en CLARET MARTÍ, P., *De la fiducia y del trust. Estudio de derecho comparado*, Bosch, Barcelona, 1946, págs. 113-117.

(4) Ley sobre *trusts* de 21 de abril de 1922 y ley sobre *trusts* comerciales de 1923; vid. TAKAYANAGI, K., «La fiducie en Droit japonais contemporain», en *Travaux...*, cit., págs. 71-82.

(5) Ley de enero de 1926, incorporada a la Ley de personas y asociaciones (arts. 897-932 y 614-615), del mismo año. Normativa revisada en 1980. Vid. BIEDERMANN, K., *Die Treuhänderschaft des liechtensteinischen Rechts dargestellt an ihrem Vorbild dem Trust des Common Law*, Bern, 1981.

(6) Decreto gran-ducal de 19 de julio de 1983 sobre los «contratos fiduciarios de los establecimientos de crédito». Vid. ASSOCIATION LUXEMBURGEOISE DES JURISTES DE BANQUE, «La fiducie des établissements de crédit en Droit luxembourgeois», en *Les opérations fiduciaires*, Coloquio de Luxemburgo de 20 y 21 septiembre 1984, dirigido por Claude Witz, Feduci-L. G. D. J., Paris, 1985, págs. 355-389.

(7) Edicto sobre «propiedad fiduciaria» de 24 de diciembre de 1993, y reglamento de 1 de febrero de 1994; vid. BUTLER, W. E., «From Russia in Trust», en *European Business Law Review* (5), 1994, pág. 68 y sigs. Aunque parece ser que la entrada en vigor de la segunda parte del Código Civil ruso en 1996 está provocando una abrogación parcial de esa normativa (vid. LUPOI, *Trusts*, cit., págs. 363-364 y núm. 147).

(8) Así, Escocia (vid. WILSON, W. A., DUNCAN, A. G. M., *Trusts, trustees and executors*, 2.^a ed., W. Green & Son Ltd., Edimburg, 1995), Suráfrica o Etiopía.

(9) Documento de la Asamblea Nacional núm. 2583, registrado el 20 de febrero de 1992.

men del *trust*) (10), afianza el interés reciente por acotar y, en su caso, regular esta institución buscando criterios convergentes entre los sistemas jurídicos de la Unión Europea.

Por supuesto, la experiencia comparada demuestra que la recepción legislativa del *trust*, adaptada singularmente a cada concreto sistema jurídico, no resuelve, en absoluto, todos los problemas (11), amén de que pueden surgir disfunciones con el resto del entramado jurídico, si la regulación no es del todo acertada y completa.

En cualquier caso, existen en el ordenamiento español muy diversas instituciones jurídicas que cumplen funciones similares a las desempeñadas por el *trust*, tales como el mandato, las fundaciones, el contrato en favor de tercero, las donaciones y legados modales, el albacea, las sustituciones fideicomisarias y, además de otras, muy señaladamente, el negocio fiduciario, que presenta acusada afinidad, hasta cierto punto, con aquél. Por lo tanto, sólo tras un estudio detallado del negocio fiduciario, que esclarezca los puntos de contacto y las divergencias entre ambos institutos, así como tras un examen de los obstáculos que el ordenamiento español contiene igualmente para ambos, podrá aventurarse una opinión sobre la incorporabilidad de la noción de *trust* y sus consecuencias en el Derecho español.

Por el momento, no ha surgido propuesta legislativa alguna en este sentido. Tampoco es de extrañar, puesto que la figura del *trust* y sus aspectos comparatistas se encuentran relativamente poco estudiados en España (12), en contras-

(10) Existen varias iniciativas, sumamente recientes, en este sentido. Así, acaba de ver la luz, como resultado de los trabajos del grupo de expertos organizado desde 1996 por el «Onderzoekcentrum Onderneming & Recht» de la Universidad de Nijmegen (Holanda), el libro HAYTON, D. J.; KORTMANN, S.C.J.J./VERHAGEN, H. L. E. (coordinadores), *Principles of European Trust Law*, Den Haag, Deventer, 1999, presentado en el simposio habido el 15 de enero de 1999 en La Haya. En la actualidad, se trabaja en la elaboración de unos principios sobre el tema por el grupo de juristas coordinados por MATTEI, GRAZIADEI y L. SMITH (grupo de Trento, sobre *The Common Core of Private Law in Europe*). Vid. también GRIMALDI, M., BARRIÈRE, F., *Trust and Fiducie*, en HARTKAMP (et al., coords.), «Towards a European Civil Code», 2.^a ed., Ars Aequi Libri-Kluwer, Nijmegen, The Hague, 1998, págs. 567-582. Sobre el marco de estas iniciativas, mi trabajo «Hacia un Código Civil europeo: ¿realidad o quimera?», en *La Ley*, 5 de marzo de 1999, en especial pág. 3.

(11) Cfr. sumaria referencia a los casos de Panamá, Quebec o Louisiana en LYONS, TH., «Double Taxation of Estates, Inheritances and Gifts in the EU and the Anglo-American Trusts», en *European Taxation*, marzo de 1997, pág. 81.

(12) Como bibliografía específica, cabe citar a MIÑANA, E., «Los "trusts". Breves consideraciones acerca de los medios de su implantación en España», en *RGLJ* (158), 1931, págs. 599-616; CLARET Y MARTÍ, *De la fiducia y del «trust»*, cit. (1946); GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., «Law of trusts», en *The American Journal of Comparative Law* (2), 1953, págs. 25-35; VV.AA., «El fideicomiso en México y su viabilidad en España», en *Jornadas de estudio organizadas por el Banco Nacional de México y el Banco de Bilbao, Madrid, 20 y 21 de noviembre de 1979*, Banco de Bilbao-Banco Nacional de Méxi-

te con el interés dogmático que han suscitado en la doctrina de otros países de nuestro entorno jurídico (13). Por eso, explicar en un foro internacional exper-

co, S.A., Somex, Madrid, 1980; D'ORS, *Sobre el fideicomiso bancario*, cit. (1982); ARROYO MARTÍNEZ, I., «Trust and the Civil Law», en *Louisiana Law Review* (42), 1982, págs. 1709-1720; Id., «Trust y ley civil», en *R. J. Cataluña* (LXXXII), 1983, págs. 95-108 (en lo sucesivo citaré la versión americana de este trabajo); Díez-PÍLAZO, L., «Operaciones fiduciarias y servicios fiduciarios», en sus *Dictámenes jurídicos*, Civitas, Madrid, 1987 (reimpresión de la primera edición, 1981); ASÍN CARRERA, M. A., «La ley aplicable al trust en el sistema de Derecho internacional privado español», en *RGD* (XLVI), abril 1990, págs. 2089-2120. Tras la redacción de mi ponencia han aparecido dos monografías que abordan el tema desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado, que revelan el creciente interés por la institución, también en España: GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *El Trust. La institución angloamericana y el Derecho internacional privado español*, Bosch, Barcelona, 1997, y CHECA MARTÍNEZ, M., *El trust angloamericano en el Derecho español*, McGraw Hill, Madrid, 1998.

(13) Los estudios monográficos sobre el *trust* en el Derecho anglosajón o poniéndolo en comparación con las instituciones propias de cada país son tan abundantes que sería quimérico intentar reproducirlos en una nota. Basta el siguiente apunte de las siguientes obras clásicas y alguno de los estudios más recientes, donde se pueden consultar extensos listados bibliográficos: en Francia, LEPAULLE, P., *Traité théorique et pratique des Trusts en Droit interne, en Droit fiscal et en Droit international*, Rousseau & Cie., Paris, 1932 (existe traducción al español de PABLO MACEDO: *Tratado teórico y práctico de los trusts*, Porrúa, México, 1975); MOTULSKY, H., «De l'impossibilité juridique de constituer un "Trust" anglo-saxon sous l'empire de la loi française», en *RCDIP*, 1948, pág. 275 y sigs.; BATIFOL, H., «The Trust problem as seen by a french lawyer», en *Journal of Comparative Legislation* (33), 1951, págs. 18 y sigs.; BÉRAUDO, J. P., «Les trusts anglo-saxons et le droit français», en *LGDJ*, Paris, 1992. En Alemania, SIEBERT, W., *Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis. Ein dogmatiker und rechtsvergleichender Beitrag zum allgemeinen Treuhandproblem*, 2.ª ed., N.G. Elwert'sche Verlag, Marburg, 1933; KÖTZ, H., *Trust und Treuhand. Eine rechtsvergleichende Darstellung des anglo-amerikanischen Trust und funktionsverwandter Institute des deutschen Rechts*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1963; HENSSLER, M., «Treuhandgeschäft-Dogmatik und Wirklichkeit», en *Archiv für die civilistische Praxis*, (196), abril 1996, págs. 37-87. En Italia, FRANCESCHELLI, R., *Il trust nel diritto inglese*, Cedam, Padova, 1935; GRASSETTI, C., «Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario», en *Riv. Dir. Comm.*, 1936, I, pág. 548 y sigs.; BUSATO, A., «La figura del trust negli ordinamenti di common law e di diritto continentale», en *Riv. Dir. Civ.*, 1992, II, págs. 309-357; GAMBARO, A., «Il trust in Italia e Francia», en *Scritti in onore di Sacco*, Giuffrè, Milano, 1994, I, pág. 495 y sigs. LUPOT, *Introduzione ai Trusts, diritto inglese. Convenzione dell'Aja, diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 1994; Id., *Trusts*, cit. El tema ha concitado el máximo interés de los juristas italianos, que han producido una bibliografía ingente desde la ratificación italiana del Convenio de La Haya. En Suiza, REYMOND, C., «Le trust et le Droit suisse», en *Revue de Droit Suisse*, 1954, II, pág. 119 y sigs.; DREYER, D. A., «Le Trust en Droit suisse», en *Etudes suisses de Droit international*, vol. 21, Genève, 1980. También de interés: BOLGÁR, «Why No Trusts in the Civil Law?», en *American Journal of Comparative Law* (11), 1953, pág. 204 y sigs.; DYER, A. y VAN LOON, H., «Rapport sur les trusts et institutions analogues», Documento preliminar núm. 1, de mayo 1982, en *Actes et documents de la Quinzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé*. Tome II. Trust-Loi applicable et reconnaissance, Den Haag, 1985, págs. 40-65; VON OVERBECK, A. E., *Rapport explicatif*, Documento preliminar núm. 9, de marzo 1984, en *Actes...*, cit.; THORENS, J. P., «The common law trust and the civil law lawyer», en *Comparative and Private International Law*, 1990, págs. 309-315;

to, casi por primera vez (14), el régimen español de las operaciones fiduciarias no es empresa en absoluto fácil; y la dificultad no merma, sino que aumenta, si se toma en consideración que «el siempre espinoso y hasta ahora no unívocamente resuelto tema de los negocios fiduciarios», como lo ha calificado nuestro Tribunal Supremo (15), ha sido estudiado, en cambio, de forma profusa e incluso asfixiante, sin que la doctrina haya llegado a soluciones plenamente concordantes sobre casi ninguno de sus aspectos (16). Se comprenderá, entonces, lo arduo que resulta elucidar la naturaleza jurídica o la noción de *trust* existente o trasplantable a nuestro Derecho (17).

2. EL NEGOCIO FIDUCIARIO: LA CLAVE DE APROXIMACIÓN

La vía para la comparación, de todas formas, radica en el estudio de las operaciones fiduciarias válidas en el Derecho español. Puede describirse el

WEISER, F., *Trusts on the continent of Europe*, London, 1936; DE WULF, CHR., *The Trust and corresponding Institutions in the Civil Law*, Bruxelles, 1965.

(14) En efecto, hasta la fecha, y según mis noticias, España no ha estado representada con una ponencia en los principales congresos internacionales habidos sobre esta materia. Así, en el congreso sobre *La fiducie en droit moderne*, realizado en la Semana internacional de Derecho, en París, 1937 («Travaux...», cit. *supra*), fueron presentadas ponencias nacionales de Bélgica, Brasil, Canadá, Francia, Japón, Polonia y Suiza, y comunicaciones relativas al Derecho egipcio, italiano, portugués, rumano y yugoslavo. En el coloquio de Luxemburgo sobre *Les opérations fiduciaires*, 20 y 21 de septiembre de 1984 («Les opérations...», cit., *supra*), las ponencias nacionales fueron de Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo, Holanda y Suiza. Por razones obvias, tampoco existe un estudio de Derecho español en el Tercer Coloquio de Luxemburgo, mayo 1989, «La fiducie ou du trust dans les droits occidentaux francophones», cuyos trabajos fueron publicados en la *Revue Juridique et Politique*, 1990, pág. 127 y sigs.; y tampoco se expone el régimen español en el libro *Trusts and Foundations in Europe. A comparative survey*, editado por K. Neuhoﬀ y U. Pavel, London, 1971, pues pese al título y la existencia de un estudio de Derecho español (págs. 165-175), la materia eran las fundaciones. Este silencio puede explicar, en parte, la omisión de cualquier referencia al Derecho español en materia de operaciones fiduciarias en los estudios internacionales, a pesar de haber tenido un desarrollo muy similar al acaecido, por ejemplo, en Derecho alemán o italiano. Cfr. también WILSON, W. A. (dir.), *Trusts and Trusts-like Devices*, London, 1981; AA.VV., *Fiducia, Trust, Mandato ed Agency*, Convegni di Studio, Madonna di Campiglio, Quaderno 2, Giuffrè, Milano, 1991; HAYTON, D. H., et al., *Wertrouwd met de Trust. Trusts and Trust-like Arrangements*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1996; HERBOTS, J., PHILIPPE, D., *Le Trust et la Fiducie. Implications pratiques*, Coloquio de Bruselas de 9 febrero 1996, Bruylant, Bruxelles, 1997.

(15) STS 22 diciembre 1988, Fundamento de Derecho 14.º

(16) Debido a la enorme divergencia de pareceres entre los autores españoles, que ha ocasionado la necesidad de copiosas matizaciones al abordar cada aspecto de los negocios fiduciarios, parece oportuno reconducir a notas sintéticas las polémicas no troncales, para abordar sólo en texto los puntos más controvertidos y centrales, en aras de un discurso más limpio.

(17) Cfr. ARROYO MARTÍNEZ, *op. cit.*, pág. 1710.

negocio fiduciario señalando que «consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, el llamado fiduciante, realiza en favor del otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero, cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista» (18). Si, a renglón seguido, cotejamos la noción de *trust* que adopta el Convenio de La Haya de 1985, resulta forzoso concluir la afinidad de ambas instituciones. El artículo segundo de este texto internacional establece que «(...) el término "trust" se refiere a las relaciones jurídicas creadas por una persona, el constituyente —por actos entre vivos o a causa de muerte—, cuando los bienes o derechos son puestos bajo el control de un fiduciario en interés de un beneficiario o para un propósito específico». Aunque España no se ha adherido a este Convenio, su cita resulta inexcusable para fijar el punto de comparación, esto es, la noción del «*trust internacional*» (19), puesto que éste no coincide exactamente con el «*trust anglo-americano*» (20). En efecto, respecto a este último, el negocio fiduciario español presenta unas diferencias mucho más acusadas:

- En cuanto a la tutela de los intereses de las partes, surge el rasgo más diferencial, que estriba en el desdoblamiento del derecho de propiedad en dos titularidades simultáneas sobre el mismo objeto, en favor de dos sujetos diferentes (*legal ownership* para el *trustee* o fiduciario y *beneficial ownership* para el *cestui que trust* o beneficiario), que tiene como reflejo la duplicidad de tutela jurisdiccional de cada una (tribunales civiles y tribunales de equidad). Esto genera una posición sólida para el constituyente del *trust* y, sobre todo, para el beneficiario, pues

(18) STS 2 diciembre 1996, F.D. 4.º Idéntica definición en la STS 4 julio 1998 (F.D. 6.º).

(19) Una precisión terminológica necesaria: el vocablo «trust» admite, por tanto, tres acepciones, para referirse a conceptos cercanos pero distintos: 1.º, «trust» internacional (= Convenio de La Haya), útil para los sistemas de *civil law*; 2.º, «trust» anglo-americano o anglosajón, propio de los sistemas de *common law*; 3.º «trust» a secas, en sentido impropio, como sinónimo de «fiducia», negocio o contrato fiduciario («fiduciary transaction or contract»). Por tanto, para referirme a cada noción emplearé el correspondiente adjetivo.

(20) La definición del *trust* anglosajón resulta escurridiza, incluso para los tratadistas del *common law*. Baste, como muestra, la elaborada oficialmente por el Instituto de Derecho Americano: «A trust (...), when not qualified by the word «charitable», «resulting» or «constructive», is a fiduciary relationship with respect to property, subjecting the person by whom the title to the property is held to equitable duties to deal with property for the benefit of another person, which arises as a result of a manifestation of an intention to create it» [*Restatement (second) of the law of trusts*, 2.ª ed., 1959, vol. 1, § 2]. Las diferencias más señeras entre el *trust* internacional y el anglosajón se sitúan en que la duplicidad de propiedades se ha sustituido en el primero por la noción de patrimonio autónomo; y también en que se restringe el internacional al *express trust*.

ostentan, según la mayoría de la doctrina, un auténtico derecho real; además, el *trustee* incurre en graves responsabilidades en caso de conducta desleal. En cambio, en la fiducia, se dice, el concepto de propiedad de las familias romano-germánicas impide semejante desdoblamiento, y prácticamente no existe tutela legal de las posiciones de las partes (21), por lo que el eventual abuso del fiduciario, incluso en las teorías más modernas, presenta asperezas en punto a su sanción.

- Respecto al modo de constitución, también existe gran distancia, ya que el *trust* no es un contrato y ni siquiera tiene necesariamente un origen negocial, sino que puede originarse por una declaración unilateral, o deducirse de la intención presunta del que transfiere un bien (*implied trust*) o incluso, puede originarse por una decisión judicial (*constructive trust*). Y, por supuesto, puede tener eficacia *inter vivos* o *mortis causa*. En cambio, el negocio fiduciario, como su propio nombre indica, responde a una génesis contractual y, normalmente, esta categoría se aplica a negocios *inter vivos* (22).
- Las funciones que cumplen el *trust* y la fiducia, por tanto, son diversas en extensión, sirviendo el primero para objetivos mucho más dispares (23). Además, de estas tres diferencias capitales serían alegables muchas otras, como el distinto tratamiento de los conflictos con terceros (*bona fides purchaser doctrine*), el número de partes negociales (dos *versus* tres en *trust*), las funciones del tribunal (incluso reemplazar al *trustee* si dimite o abusa de su posición), etcétera, pero no es momento de abundar en estos extremos.

En consecuencia, la confrontación analítica debe plantearse con el *express trust* —esto es, el resultante de un acto de voluntad— configurado internacio-

(21) Se encuentra bastante asentada en la doctrina española la idea de que si el negocio fiduciario protegido y sancionado legalmente deja de ser auténtica fiducia, pues deja de reposar exclusivamente en la confianza. En este entendimiento se apoya la diferencia entre *trust* y fiducia, pues «si el negocio fiduciario es tutelado en acción real por la ley, deja de ser fiducia y se convierte en *trust*»: CLARET Y MARTÍ, *De la fiducia y del trust*, cit., pág. 34 (puede verse un elenco de diferencias distinto al enunciado en texto en págs. 38-39 de esa obra, desde el prisma de la teoría clásica del doble efecto); en el mismo sentido, GARRIGUES, *Law of trust*, cit., pág. 30; JORDANO BAREA, J. B., *El negocio fiduciario*, Bosch, Barcelona, 1959, pág. 33 y sigs.; el mejicano RABASA, O., *El Derecho angloamericano. Estudio expositivo y comparado del «Common Law»*, Ed. Porrúa, 2.^a ed., México, 1982, pág. 89.

(22) Sobre esto último, ver luego el apartado IV.

(23) Pese a lo cual, como apunta PUIG BRUTAU («La relación fiduciaria», en *RDP*, 1961, pág. 1013), «el *trust* casi nunca sirve para garantizar los derechos de crédito» mientras que ésta es una de las finalidades primordiales de la fiducia, a la que, por otro lado, falta el sentido fundacional del *trust*. Más en detalle, el mismo autor compara ambas figuras en sus *Fundamentos de Derecho civil*, 2.^a ed., Bosch, Barcelona, 1978, II, 1, págs. 520-532.

nalmente con las siguientes características (art. 2 del Convenio de La Haya de 1985): *a*) constitución de un patrimonio autónomo; *b*) titularidad a nombre del fiduciario; *c*) obligación del fiduciario de gestionar los bienes, según lo convenido, y las pautas legales, por lo cual habrá de rendir cuenta del uso de su poder; *d*) posibilidad de que el fiduciante conserve ciertas prerrogativas o de que el fiduciario posea derechos como beneficiario.

El negocio fiduciario no se encuentra regulado en el Código Civil español, aunque no por ello resulta absolutamente desconocido de *lege lata* en nuestro ordenamiento, puesto que existe normativa al respecto en el Derecho civil foral de Navarra (24). Su validez y régimen han sido establecidos por vía jurisprudencial, de manera que el Tribunal Supremo ha cumplido en este caso su importante función de fuente del Derecho, en la medida que establece el artículo 1.6 del Código Civil (25). Son abundantes las sentencias que ubican el fundamento de validez del negocio fiduciario en la libertad de contratación autorizada por el artículo 1.255 del Código Civil (26), siempre que los particulares no rebasen los límites de las leyes, la moral y el orden público. Por otra parte, el fluido diálogo doctrinal sobre el tema ha ido cimentando una serie de postulados, muchos de ellos aún hoy controvertidos, que han inspirado notablemente las directrices jurisprudenciales (27). Por lo tanto, de cara a abordar las líneas fundamentales de esta institución atípica, el jurista cuenta, a falta de preceptos expresos, con dos materiales imprescindibles: la jurisprudencia y la doctrina.

(24) La Compilación o Fuero Nuevo de Navarra de 1973 regula tanto la *fiducia cum creditore*, en la Ley 466 («fiducia de garantía»), como un tipo especial de *fiducia cum amico*, en la Ley 163 («donación fiduciaria»). Sobre la primera, véase lo dicho después en el apartado III.2.1; sobre la segunda, vid. apartado III.2.2. En cuanto a las leyes civiles especiales de Derecho común, puede entenderse regulada alguna operación fiduciaria concreta, si se da tal calificación a los fondos de inversión o a los de pensiones (vid. *infra*, apartado III.2.2).

(25) La STS 3 abril 1995 (sala 3.ª) señala que las abundantes sentencias de la Sala 1.ª del TS que admiten el negocio fiduciario «constituyen un cuerpo de doctrina constante y reiterada, a efectos de lo que respecto de esta fuente del derecho dispone el artículo 1.6 del Código Civil»; vid. también VIDAL MARTÍNEZ, J., *La venta en garantía en el Derecho civil común español*, Cívitas, Madrid, 1990, pág. 209.

(26) SSTs 3 mayo 1955, 8 marzo 1963, 14 marzo 1964, 18 febrero 1965, 20 noviembre 1965, 4 diciembre 1976, 9 diciembre 1981, 19 mayo 1982, 22 diciembre 1988, 7 marzo 1990, 30 enero 1991, 7 mayo 1991 y 6 julio 1992. También han sostenido su fundamento en el 2.3 LH las SSTs 8 marzo 1963, 19 mayo 1982, 30 enero 1991 y 6 julio 1992; sobre el alcance de este último precepto, vid. *infra*, apartado II.6.1.a).

(27) Además de la correlación entre doctrina y jurisprudencia en cuanto a las fases explicativas del negocio fiduciario, que luego pondré de relieve, el TS no ha tenido reparo en reconocer esta influencia en alguna ocasión. Así, la STS 20 noviembre 1965 afirma que la expansión de las actividades del hombre ha traído consigo «la creación de nuevas figuras jurídicas (...), siendo, entre las que ha elaborado, así la doctrina científica como la jurisprudencial, la figura jurídica del negocio fiduciario una de [ellas].» Cfr. el apoyo

El plan de exposición que se seguirá parte del concepto y origen de la teoría del negocio fiduciario en el Derecho español, para detallar después las diferentes teorías que han pretendido explicarlo, así como el *status* actual de su configuración jurídica, tanto en cuanto a sus efectos, como en cuanto a su deslinde con otras figuras jurídicas. A continuación serán detalladas las diversas modalidades, *inter vivos* y *mortis causa*, de las operaciones fiduciarias, con un examen de los respectivos obstáculos y límites que les afectan, y que afectarían asimismo a cualquier implantación del *trust* que se pretendiese realizar. Un breve repaso de los aspectos registrales, fiscales y de Derecho internacional privado completará el panorama; sólo con estas reflexiones a la vista podrá efectuarse una comparación fidedigna de los negocios fiduciarios en España con el *trust* internacional confeccionado en la Conferencia de La Haya, y podrá darse respuesta cabal a la cuestión de su adaptabilidad al Derecho español.

II. EL NEGOCIO FIDUCIARIO

1. ORIGEN

La *fides* del Derecho arcaico romano constituyó el sustrato de numerosas instituciones jurídicas de signo confidencial que han llegado hasta nuestros días. En su sentido originario, consistía en un fenómeno ético social basado en la lealtad a la palabra dada, cuyo incumplimiento era castigado con la *infamia*. Del tronco común de la *fides* surgieron dos manifestaciones institucionales (28), correspondientes al ámbito de los negocios *mortis causa* y de los negocios *inter vivos*; respectivamente, el «*fideicomiso*» (29), esto es, un encargo en forma de ruego a una persona para que haga llegar los bienes después de la muerte del disponente a manos de un tercero, y la «*fiducia*». A

explícito en la doctrina científica, v. gr., en la STS 19 junio 1992 (F.D. 6.º), sobre fundadores fiduciarios de una S.A. Otro dato jalona la afirmación del texto: ilustres profesores, expositores de la teoría del negocio fiduciario, han llegado a ser ponentes en diversos fallos del TS: CASTÁN TOBEÑAS (STS 24 mayo 1944), BONET RAMÓN (SSTS 11 junio 1964, 30 abril 1977), GULLÓN BALLESTEROS (SSTS 22 febrero 1995, 15 mayo 1995).

(28) La *fides* no es sólo un suceso negocial, sino que impregnaba toda la vida romana, ya que se empleaba tanto en las invocaciones a los dioses como en las relaciones internacionales o en la interjección espontánea; vid. CASTRESANA, A., *Fides, bona fides: un concepto para la creación del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1991; en un aspecto particular, NÖRR, D., *La «fides» en el Derecho internacional romano*, 2.ª ed., trad. por R. DOMINGO, Madrid, 1996.

(29) Para un examen de fuentes, precedentes (*familiae emptor*) y evolución posterior del fideicomiso, vid. CÁMARA LAPUENTE, S., *La fiducia sucesoria secreta*, Dykinson, Madrid, 1996, pág. 61 y sigs.

pesar de la escasez de fuentes sobre la *fiducia* (30), ocasionada por su decadencia y desuso para la época de los compiladores justinianos, la doctrina tradicional (31), gestada a partir de las interpretaciones pandectistas, ha venido explicando la fiducia romana como «un negocio formal por el que un propietario confía la propiedad de una *res Mancipi* a alguien, llamado fiduciario, el cual se obliga a restituir en un determinado momento aquella propiedad al fiduciante o a otra persona designada por éste» (32); el enajenante disponía de la *actio fiduciae*, de carácter personal, para exigir la restitución. La confianza, la fiducia, que funcionaba como causa del acto, se realizaba a través de los negocios formales de la *mancipatio* o la *in iure cessio*. Pero para dotar de contenido a ese negocio era necesario un *pactum* que indicaba si la fiducia se contraía, bien con el fin de depósito, mandato o comodato, o bien con el fin de garantía. A la primera —posiblemente anterior en el tiempo— se llamó *fiducia cum amico* y a la segunda, *cum creditore* (33). Así pues, esta teoría clásica sobre la fiducia romana resalta dos elementos, el real, formal

(30) Breves referencias en GAYO, *Inst.* 2.59-60; *Pauli Sententiae*, 2.13.1-5; *Mosaicarum et Romanarum Collatio Legum*, 10.2.2; *Consultatio veteris cuiusdam iuriconsulti* 6.8; *Fragmenta Vaticana*, 94; *Codex Theodosianus*, 15.14.9 y 2.30.2. También existen referencias en las fuentes literarias (CICERÓN, *Topica*, 10.42; BOECIO, *Com. Top.* 4.10.41, y SAN ISIDORO DE SEVILLA, *Orig.* 5.25.23). Y en dos documentos epigráficos citados *infra*. Ni en el Digesto ni en el Código de Justiniano se menciona la *fiducia*. Una revisión de los textos sobre la fiducia, incluidas las posibles interpolaciones en el *Corpus Iuris*, puede verse en NOORDRAVEN, B., «Die "fiducia" im römischen Recht», en *Index* (18), Napoli, 1990, págs. 229-264; también, JAKOBS, H. H., «Fiducia und Delegation», en *SZZ*, 1993, pág. 370 y sigs. Entre la doctrina española, cabe destacar el estudio de FUENTESSECA, PABLO, *Líneas generales de la «fiducia cum creditore»*, en PARICIO, J., et al., «Derecho romano de obligaciones», ed. Ramón Areces, Madrid, 1994, págs. 387-438, donde puede consultarse abundante bibliografía.

(31) Para una exposición detallada de la misma, JORDANO BAREA, J. B., «Origen y vicisitud de la fiducia romana», en *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (XXIV), 1948, págs. 322-358; *Id.*, *El negocio fiduciario*, cit., págs. 41-71; NAVARRO MARTORELL, M., *La propiedad fiduciaria*, Bosch, Barcelona, 1950, págs. 27-39. Por contra, mantiene una postura más bien aislada frente a la interpretación «pandectista» de la fiducia romana FUENTESSECA, CRISTINA, *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, 1997, págs. 21-61; en opinión de esta autora, en el modelo clásico romano la *mancipatio fiduciae causa* no transmitía la propiedad, porque no era una venta efectiva, sino ficticia, con entrega simbólica de moneda; al adquirente sólo se le atribuía un *usus* o ejercicio fiduciario de la función dominical, pero no una auténtica propiedad (cuya noción se configuró a fines de la República); en definitiva, la *causa fiduciae* implica una «potestas confiada fiduciariamente para una finalidad concreta a cumplir en función de *dominus fiduciarius*. No puede servir de base para la *usucapio* ni el *fiduciarius* puede pretender la condición de *dominus* quirritario» (pág. 53 *et passim*). Cfr., parecidamente, FUENTESSECA, PABLO, *Líneas...*, cit. *passim*, de quien la citada autora toma las ideas matrices.

(32) D'ORS, A., *Derecho privado romano*, 9.ª ed., EUNSA, Pamplona, 1997, § 464, pág. 526.

(33) GAYO, *Inst.* 2.60.

(transmisión de la propiedad), y el obligacional, sin formalidades precisas (*pactum fiduciae*); y esta estructura del negocio parece confirmada por los documentos epigráficos hallados hasta la fecha, en especial, por la conocida *Tabula Baetica*, del siglo I o II d.C., que constituye un formulario o modelo de negocio fiduciario empleado en Andalucía (*Baetica*) (34).

La evolución de la fiducia, concisamente, puede narrarse así (35): en un principio, se hizo necesaria para colmar las lagunas del Derecho primitivo y suplió «toscamente» a instituciones como el *pignus*, el *comodatum* o el *depositum*. Con el advenimiento de los contratos típicos, la *fiducia cum creditore* no desapareció sino que perduró muchos siglos —al menos toda la edad clásica—, de forma paralela a la prenda y la hipoteca, de las que fue forma embrionaria de garantía. El negocio *fiduciae causa* se empleó en este período de forma residual, como cauce para obtener resultados inalcanzables a través de los negocios típicos, lo cual lo consagró como negocio indirecto o *imaginarius*. Uno de los aspectos más conflictivos a nivel teórico y más útiles desde una perspectiva práctica en la *fiducia cum creditore*, fue la posibilidad de que llevase aparejado un pacto comisorio (*lex commissoria*, *Verfallklausel*), por el cual el acreedor-fiduciario se quedaba con la cosa si el deudor-fiduciario incumplía la obligación subyacente (36). La decadencia de la *fiducia* se produjo al caer en desuso los antiguos modos formales de transmisión (*mancipatio* e *in iure cessio*) y no poder ser empleada la *traditio* para las transmisiones fiduciarias porque la *causa fiduciae* no era una de las *iustae causae aditionis*. Por ello, se suprimió tácitamente en la legislación justinianeas por medio de interpolaciones la *fiducia cum creditore* por el *pignus*, y la *fiducia cum amico* por el *comodatum*, *mandatum*, o *depositum*.

La ligazón histórica entre el moderno negocio fiduciario y la fiducia romana ha sido descrita con precisión y realismo desmitificador por DE CASTRO: «carece de antecedentes en el Derecho común. Es una figura sin los cuarteles de nobleza de la elaboración medieval. Puede calificársela a la vez de advenediza y de forastera a nuestro Derecho. Hasta fines del siglo pasado no fue inventada y se le dio nombre. Se ha presentado en el mundo jurídico, eso sí,

(34) La transcripción de esta «Fórmula Bética» o «Bronce de Bonanza», así como de otro documento epigráfico importante, cual es la *Mancipatio Pompeiana* (de idéntica estructura formal, aunque con un contenido interno del *pactum* diferente), puede verse en *Fontes Iuris Romani Antejustiniani*, parte III, *Negotia*, ed. por V. ARANGIO-RUIZ, Florencia, 1968, págs. 291-297. Para una explicación del alcance y consecuencias extrañables de la estructura documentada en la *Tabula Baetica*, véase D'ORS, A., *Epigrafía jurídica de la época romana*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1953, págs. 431-446.

(35) Vid. JORDANO BAREA, *Origen...*, cit., pág. 337 y sigs.; ID., *El negocio...*, cit., pág. 56 y sigs.

(36) Ver luego referencias en apartado II.6.1.b).

ungida con el doble carisma del Derecho romano clásico y de la dogmática del pandectismo» (37).

2. NOCIONES TÓPICAS Y ESTRUCTURA

A pesar de la importantísima evolución dogmática acaecida en España en los últimos decenios, de la que se dará cuenta enseguida, incluso hoy en día es lugar común para la explicación del negocio fiduciario la cita de una serie de rasgos que lo vienen caracterizando desde su primigenia elaboración. Así, la jurisprudencia (38) ha asumido como definitorios los siguientes tópicos: a) Uso de un medio indirecto y fuera de los cuadros típicos de la Ley para obtener un resultado que pudo ser logrado por la vía directa y típica prevista en el ordenamiento jurídico (39). b) Evidente desproporción entre el medio jurídico empleado y el fin realmente perseguido (40). c) Riesgo de abuso del fiduciario (41), debido a la posibilidad de que quiebre la confianza puesta por el fiduciante en el fiduciario si éste procede deslealmente, creando terceros adquirentes frente a los cuales el fiduciante carece de acción o resistiéndose infundadamente a la restitución. d) Rango superlativo de la confianza (*fiducia*), que alcanza en este tipo negocial su máxima expresión, superior a la que, en mayor o menor grado, acompaña toda contratación.

Precisamente, con base en el primer rasgo, ha sido habitual comprender al negocio fiduciario en la categoría de los negocios indirectos (42); pero,

(37) DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, reimpresión en Civitas, Madrid, 1991, pág. 380; para la evolución histórica en detalle, vid. pág. 390 y sigs. También puede consultarse, entre otros, DIURNI, G., «La fiducia tra scienza e tradizione», en *Actes del I simposi jurídic principat d'Andorra/República de San Marino. El «ius commune» com a dret vigent: l'experiència judicial d'Andorra i San Marino*, Andorra, 1994, II, págs. 719-734.

(38) Cabe destacar, como SSTs que efectúan una exposición más completa de estas características, las de 31 octubre 1955, 14 marzo 1964, 3 mayo 1976 y 6 abril 1987.

(39) Por ejemplo, STS 7 marzo 1990; suele destacarse la validez de este negocio atípico señalando que no está regulado, pero tampoco prohibido (SSTS 3 mayo 1955, 10 julio 1957, 8 marzo 1963, 19 mayo 1982), y que el móvil de su creación se encuentra en las nuevas necesidades del tráfico jurídico (SSTS 20 noviembre 1965, 4 diciembre 1976).

(40) Este es uno de los rasgos más resaltados, bajo diversas formulaciones, que hablan de «incongruencia» (STS 10 julio 1957), «discrepancia o discordancia entre el medio jurídico y el fin económico o práctico» (v. gr., SSTS 25 mayo 1944, 23 febrero 1951, 31 octubre 1955, 10 noviembre 1958, 5 diciembre 1959, 18 febrero 1965, 20 enero 1966, 4 diciembre 1976, 23 mayo 1980, 28 octubre 1988, 5 marzo 1991, 5 abril 1993, etc.). La admisión de este elemento no es pacífica: vid. contra LACAL FUENTES, P., «El tema del negocio fiduciario», en *BDP* (XXXIV), 1950, págs. 781, 784 y 787.

(41) Por ejemplo, SSTS 22 febrero 1995, 18 febrero 1965.

(42) SSTS 4 enero 1956, 10 noviembre 1958, 14 marzo 1964, 18 febrero 1965, 20 enero 1966, 4 diciembre 1976; cfr. la STS 10 diciembre 1992. Numerosas sentencias de

aún siendo razonable esta conceptualización, en la actualidad no tiene demasiado sentido, debido al desprestigio de este último tipo negocial (43) y a su escasa virtualidad, lo que ha conducido a algunos autores a calificar a los negocios fiduciarios más bien como negocios anómalos, por razón de la causa (44), aunque lícitos.

La construcción del negocio fiduciario en España partió de la «fiducia romana», tal como había sido explicada por el pandectismo. En consecuencia, el otro modelo de negocio fiduciario, conocido como «fiducia germánica» y asentado en los precedentes germánicos del *Salmann* y el *Treuhänder*, aparentemente, apenas ha tenido acogida en el foro español. En la «fiducia germánica», el fiduciario adquiere una titularidad condicionada resolutoriamente con eficacia real *erga omnes*, de forma tal que es ineficaz todo uso contrario al fin perseguido, produciendo *ipso iure* el retorno de la cosa al fiduciante o a sus herederos, incluso en perjuicio de tercer adquirente. A diferencia de la fiducia romana, en la cual el poder de abuso del fiduciario está limitado imperfectamente por el vínculo obligacional negativo, en la fiducia germánica no existe posibilidad para el fiduciario de consumir el abuso, debido al remedio legal. Con ello quedan eliminadas las notas esenciales de la desproporción entre medio y fin —equilibrados por efecto de la Ley— y la potestad de abuso; y además se presupone que tal condición resolutoria está implícita en

la década de los ochenta y noventa aluden al uso de «medio indirecto», aunque no califican el negocio en sí como indirecto. En la doctrina, sí lo hacen: CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, 14.^a ed. revisada por J. L. DE LOS MOZOS, Ed. Reus, S.A., Madrid, 1987, I, 2, pág. 724; HERNÁNDEZ GIL, A., «Comentario a las SSTs 10 de marzo de 1944 y 25 de mayo de 1944», en *RGLJ*, 1945, pág. 701; GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Titularidades fiduciarias», en *Actualidad Civil*, núm. 33, 1992, págs. 534-536; DE LOS MOZOS, J. L., «Negocio fiduciario», en *La Ley*, 1986; luego en su obra *El negocio jurídico. Estudios de Derecho Civil*, Montecorvo, Madrid, 1987, pág. 479; NAVARRO MARTORELL, *La propiedad fiduciaria*, cit., págs. 132-139 (expone diversas teorías) y, en concreto, pág. 138; SOTO NIETO, F., «La titularidad del fiduciario en la fiducia *cum creditorum*», en *Revista Jurídica de Cataluña* (LXIX) 1970, pág. 532. Recientemente, VALLET DE GOYTISOLO («Negocios en fraude de ley, simulados, fiduciarios e indirectos», en *R. J. Not.*, 14, 1995, págs. 225 y sigs. y 231-232) ha puesto de relieve que ambas categorías no son deslindables conceptualmente de modo nítido, y aunque puede alcanzarse alguna distinción teórica, en la práctica es más difícil de discernir, superponiéndose unas y otras calificaciones.

(43) Cfr. la crítica en DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 443 y sigs.; LACRUZ BERDEJO, J. L. y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho civil*, 3.^a ed., Bosch, Barcelona, 1994, II, 1, págs. 477-478; ALBALADEJO, M., *El negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958, pág. 214; ID., *Derecho civil*, 14.^a ed., Bosch, Barcelona, 1996, I, 2 pág. 271 y sigs.; Díez-PICAZO, L., GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, 8.^a ed., Tecnos, Madrid, 1995, I, pág. 548, entre otros.

(44) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 329 y sigs. y 379 y sigs.; LACRUZ RAMS, *op. cit.*, pág. 473 y sigs.; GULLÓN BALLESTEROS, A., *Curso de Derecho civil. El negocio jurídico*, Tecnos, Madrid, 1969, pág. 129 y sigs.; vid. también DE LOS MOZOS, *op. cit.*, págs. 473 y 475.

los negocios, lo cual es más complicado de concebir en países sin la base histórica germánica; problemas todos estos que han inducido a la doctrina a desestimar esta teoría como explicación de los negocios fiduciarios (45). No obstante, habría que revisar en la actualidad las anteriores afirmaciones, pues desde que en los últimos años se preconiza la «limitada eficacia real» de la transmisión fiduciaria, el *status* jurídico, ésta parece hallarse en medio del camino que va de la fiducia romana a la germánica (46).

Las notas tópicas expuestas han propiciado el aislamiento de los negocios fiduciarios (47); es decir, su delimitación respecto a los cercanos «negocios de confianza». Estos son concluidos en interés ajeno, previstos y regulados en todos sus efectos por la ley, que concede al que confía a otro sus intereses los recursos apropiados que garantizan la leal ejecución del contrato; el poder conferido en estos «negocios de confianza» tiene una amplitud proporcional al fin perseguido y son, en definitiva, negocios típicos cuyos incumplimientos están legalmente cubiertos por la ley, en tanto que en el verdadero negocio fiduciario el fiduciante lo juega todo a la pura confianza o lealtad (48). Como «negocios de confianza» característicos piénsese en el mandato, la comisión, la tutela o el depósito, en los cuales la consideración de las cualidades personales de una de las partes influye como motivo psicológico determinante de la celebración del negocio; vendrían a coincidir con los llamados negocios *intuitu personae*. Faltan, en definitiva, las notas de los negocios fiduciarios (atipicidad, desproporción, etc.) y, en especial, la extendida idea de que cuan-

(45) En detalle, JORDANO BAREA, *El negocio fiduciario*, cit., pág. 28; NAVARRO MARTORELL, *La propiedad fiduciaria*, cit., pág. 74 y sigs.

(46) Con todos los matices que se desee hacer a esta idea, lo cierto es que los efectos de la fiducia (y, en especial, del *pactum fiduciae*), consagrados jurisprudencial y doctrinalmente en los últimos años, están más próximos a los propios de la fiducia germánica (sin, por supuesto, identificarse con ésta) que a los de la romana de donde partió la construcción. Vid. estos efectos en el apartado II.6.

(47) Si se entiende que la crítica y abandono de la teoría del doble efecto (esto es, la concepción de la fiducia romana tradicional) ha arrastrado consigo por completo los tópicos antes consignados —cuestión discutible, insegura—, resulta francamente complicado discernir las diferencias entre los negocios fiduciarios y los negocios de confianza; el eclecticismo imperante hoy en la doctrina y la jurisprudencia de cara a definir o dar un concepto de negocio fiduciario (para no incurrir en la teoría del doble efecto y la idea del traspaso dominical) dificulta esta labor.

(48) GARRIGUES, J., *Negocios fiduciarios en Derecho mercantil*, Imp. vda. de Galo Sáez, Madrid, 1955, también Discurso en *RALJ*, 12 enero 1955, y 2.^a reed., Cuadernos Civitas, Madrid, 1981, en especial, págs. 18-19; JORDANO BAREA, *El negocio fiduciario*, cit., págs. 13-18; ARROYO MARTÍNEZ, *op. cit.*, pág. 1712; NAVARRO MARTORELL, *La propiedad fiduciaria*, cit., pág. 120 y sigs.; *Id.*, «Aislamiento de los negocios fiduciarios», en *RGLJ* (187), 1950, pág. 427 y sigs., quien, abundando en estas ideas, distingue entre negocios fiduciarios «puros», «impuros», «negocios de confianza» y «relaciones fiduciarias» (= *trusts*). La STS 15 de octubre de 1993 advierte «en cuanto a los signos identificatorios del negocio fiduciario», que no ha de confundirse éste con «la confianza, base del mismo».

do la confianza no descansa por entero en la buena fe del otro, sino en la tutela de la ley, la fiducia deja de ser fiducia en sentido técnico; la «fiducia legal» no es auténtica fiducia (49). Por lo demás, con unas u otras precisiones, la diferencia entre «negocios de confianza» y «negocios fiduciarios» está plenamente asentada en el Derecho comparado (50).

Por último, también la peculiar estructura de los negocios fiduciarios los singulariza frente a cualquier otro negocio y arroja interesantes consecuencias. Con independencia de la teoría que se quiera adoptar para explicar el funcionamiento del negocio fiduciario, a mi parecer, es requisito esencial de éste (*ad substantiam*) la descomposición en un plano interno y otro externo, que es el que genera la apariencia en el tráfico jurídico —con la consiguiente posibilidad de abuso—; lo importante es que la relación o convenio interno no aflore *ab initio* de cara a los terceros, sino que cree una apariencia pública (51). La forma usual de plantearse esa dicotomía en la práctica pasa por instrumentar el negocio fiduciario complejo en dos actos jurídicos diversos:

(49) GARRIGUES, *Law...*, cit., pág. 30; ID., *Negocios...*, cit., págs. 98-99; JORDANO, *El negocio...*, cit., pág. 193; en línea similar, GONZÁLEZ MENESES, M., «Sobre la llamada *causa fiduciae*», en *R. J. Not.* (9), 1994, pág. 425 *et passim*.

(50) En Derecho alemán se habla de «fiduciarsche Rechtsgeschäfte» (similar a «Treuhands») y de «Vertrauensgeschäfte»; en Derecho italiano, de negocios fiduciarios y negocios «di fiducia»; y en Derecho anglosajón, de «confidence» o «fiduciary relationships», en oposición al «trust»; cfr. WITZ, C., «Rapport introductif», en *Les opérations fiduciaires*, cit., pág. 4; CRISCUOLI, G., «Fiducia e fiducie in diritto privato: dai negozi fiduziari ai contratti uberrimae fidei», en *Riv. Dir. Civ.* (XXIX), 1983, I, pág. 136 y sigs.

(51) Así, la STS 20 mayo 1986 establece que «el verdadero negocio fiduciario (...) requiere la coexistencia de una convención expresa y exteriorizada, que normalmente tiene un mayor alcance jurídico que el económico propuesto por las partes en la convención tácita o no exteriorizada». En palabras de ALBALADEJO («El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente», en *Actualidad Civil*, núm. 36, 4-10 octubre 1993, pág. 666), «hay siempre una parte exterior, o sea, visible y que se lleva a efecto sin que los interesados la mantengan reservada para ellos», la transferencia del derecho, «y otra que los interesados no difunden sino que se guardan para sí, que es la parte negativa, o limitativa, que consiste en el acuerdo de usar el derecho transmitido sólo dentro del ámbito del propósito que movió a transmitirlo, y el compromiso de su posterior retransmisión. Esta parte limitativa debe permanecer oculta, pues si se manifiesta (...) no habría fiducia, ya que: 1.º Faltaría el confiar al fiduciario el exceso de facultades que se le dan con la transmisión, ya que aparecería su limitación unida al mismo negocio exterior (...). 2.º Los efectos serían, no los del negocio fiduciario habitualmente exterior, sino los que corresponden al caso presupuestas las limitaciones que el negocio habitualmente interior aporta a aquél» (cursiva mía). En parecida sintonía pueden verse las ideas vertidas por JORDANO BAREA, J. B., «Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria», en *ADC*, 1983, pág. 1445; DE LOS MOZOS, *El negocio jurídico*, cit., pág. 480. Autores, los tres citados, desvinculados absolutamente de la teoría del doble efecto en las obras citadas. Esta definición estructural, entiendo, está vigente hoy y es compatible con el moderno concepto de la «titularidad fiduciaria»; y aporta valiosos corolarios, como luego se verá, en cuanto a la diferencia con la compraventa con el pacto de retro o los problemas registrales.

por una parte, suele otorgarse una escritura pública en la que se transfiere la titularidad del bien o derecho y, acto seguido (incluso en la misma Notaría), se firma un documento privado (52) en el que se expresa el convenio con los motivos reales de las partes y los límites de dicha titularidad. Este procedimiento es perfectamente lícito, a tenor del artículo 1.230 del Código Civil (53). El acuerdo o aspecto interno también puede plasmarse verbalmente (54). Por lo tanto, el negocio fiduciario, en toda su complejidad, no puede aparecer en un solo documento (55), puesto que supondría la constitución de un derecho real atípico que destruiría la apariencia generadora de riesgos y posibles abusos, al estar éstos limitados realmente, *per se*, en el negocio constitutivo. Como consecuencia de esta estructura, el Tribunal Supremo suele sancionar la elevación del documento privado a escritura pública, para darle plena validez *erga omnes*, cuando se reclama por alguna de las partes el cumplimiento de la relación interna en todos sus términos (56).

3. EVOLUCIÓN DOGMÁTICA

La introducción en España del dispositivo del negocio fiduciario, así como su posterior evolución, tienen fechas y apellidos evidentes, en cuanto a sus hitos cruciales. El primer polo de referencia es un artículo doctrinal de don JERÓNIMO GONZÁLEZ, que data de 1928 (57), en el cual se hacía eco de la

(52) En el 90 por 100 de las SSTs aparece esto claro; entre las más significativas, donde puede confrontarse la variedad de contenido de los pactos internos en relación con el negocio externo, están las SSTs 10 marzo 1944, 28 enero 1946, 23 febrero 1951, 31 octubre 1955, 10 julio 1957, 5 diciembre 1959, 14 marzo 1964, 11 junio 1964, 14 diciembre 1965, 8 mayo 1979, 9 diciembre 1981, 20 mayo 1986, 12 y 25 febrero 1988, 8 marzo 1988, 18 abril 1988, 22 diciembre 1988, 7 marzo 1990, 12 noviembre 1991, 10 diciembre 1992, 22 febrero 1995, 10 julio 1995, 14 febrero 1996, 2 diciembre 1996, 18 marzo 1997, 22 enero 1998, 4 junio 1998. También, v. gr., STSJ Navarra 23 octubre 1997. Por supuesto, para consagrar la estructura externa-interna caben otras posibilidades, como un documento privado y un pacto verbal (v. gr., STS 14 marzo 1964, considerando 2.º).

(53) Artículo 1.230 del Código Civil: «Los documentos privados hechos para alterar lo pactado en escritura pública, no producen efecto contra tercero». Sobre esta materia, revisten interés las consideraciones de RODRÍGUEZ ADRADOS, A., «Escrituras, contraescrituras y terceros», en *AAMN*, 1959, XXII, 2, págs. 229-391.

(54) Así, expresamente, SSTs 8 marzo 1963, 14 marzo 1964, 18 abril 1988 y 14 julio 1994, en las que pueden consultarse interesantes reflexiones sobre la validez de este medio y la forma de probar el pacto verbal, no exenta de dificultad.

(55) Cfr., en contra, SAPENA TOMÁS, J., «Actualidad de la *fiducia cum creditore*», en *R. D. Not.*, 1957, págs. 134 y 168.

(56) SSTs 31 octubre 1955, 10 julio 1957, 11 junio 1964, 14 diciembre 1965, 9 diciembre 1981, 14 febrero 1996, 2 diciembre 1996, 18 marzo 1997.

(57) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, JERÓNIMO, «El fiduciario, cap. IV de “El titular”», en *RCDI* (IV), 1928, pág. 272-291 y 365-372, luego en sus *Estudios de Derecho hipotecario y*

tendencia que, en Alemania, ya había sustituido la explicación tradicional de la fiducia romana por una aproximación del negocio fiduciario a la «fiducia germánica», mediante la atribución al fiduciario de una propiedad formal, tal como hizo la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 junio 1922 (58).

Sin embargo, no sería ésta la esclusa por la que se introdujera el negocio fiduciario en España, sino que su auténtica recepción y divulgación se produjo a partir del año 1944, en gran medida debido a la autoridad de don JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS y su labor, tanto desde la presidencia del Tribunal Supremo, como desde la Cátedra (59). Y la formulación que se impusiera sin ambages fue la llamada «teoría del doble efecto», tal como fuera concebida por el pandectismo tardío alemán (60) y expuesta convincentemente en Italia por F. FERRARA (61), cuyas enseñanzas gozaron de un abrumador predicamento en España durante varios decenios.

La teoría del doble efecto entiende el negocio fiduciario como la suma de dos negocios distintos: un contrato real positivo, en el que se transfiere plenamente la propiedad del bien o derecho, de forma perfecta e irrevocable; y un contrato obligatorio positivo, que genera la obligación del fiduciario de usar tan sólo de cierta forma el derecho adquirido, para restituirlo después al transferente o a un tercero. La consecuencia más grave es que el fiduciario obtiene una titularidad plena, dominical, ejercitable *erga omnes*, no sólo en

Derecho civil, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1948, I, págs. 468-479.

(58) En cuya redacción, según aventura VALLET (*Negocios en fraude...*, cit., pág. 218), debió de intervenir don Jerónimo.

(59) Principalmente, SSTs 25 mayo 1944 (ponente Castán) y 10 marzo 1944, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, Ed. Reus, Madrid, 1941-1945; y 9.ª ed., Madrid, 1955, I, 2, págs. 513-521; 12.ª ed., cit., I, 2, pág. 637 y sigs.; también en su *Contestación al discurso de ingreso en la RALJ*, de J. GARRIGUES, *Negocios fiduciarios*, cit. (1955), pág. 123 y sigs. Entre los principales valedores de la teoría del doble efecto, cabe destacar a GARRIGUES, *Negocios...*, cit., pág. 20 y sigs.; JORDANO, *El negocio...*, cit., pág. 11 y sigs. y 75 y sigs.; NAVARRO, *La propiedad...*, cit., pág. 67 y sigs.; CLARET, *op. cit.*, pág. 33 y sigs.; ALBALADEJO, *El negocio jurídico*, cit. (1958), pág. 221 y sigs.; LADARIA CALDENTEY, J., *Legitimación y apariencia jurídica*, Bosch, Barcelona, 1952, págs. 54-62; BONET RAMÓN, F., «Algunas figuras afines al contrato de mandato», en *RGLJ* (XVI, 2), 1948, pág. 653 y sigs.; *Id.*, «Comentarios a las SSTs 25 mayo 1944 y 28 enero 1946», en *RDP*, 1944, págs. 856-861, y 1946, págs. 191-196; *Id.*, *Prólogo* al libro de NAVARRO, cit., en especial, pág. 16 y sigs.

(60) La paternidad de esta teoría suele cifrarse en el trabajo de REGELSBERGER, F., «Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession», en *AcP* (LXIII), 1880, pág. 173 y sigs.; y en *Pandecten*, I, Leipzig, 1893, pág. 518 y sigs.

(61) Especialmente a raíz de la traducción de su obra *La simulación en los negocios jurídicos*, trad. de ATARD y A. DE LA PUENTE, en *ERDP*, 2.ª ed., Madrid, 1931; pero también las obras de otros autores ejercieron importante influencia, como CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico*, trad., prólogo y notas de M. ALBALADEJO, Aguilar, Madrid, 1956, págs. 197 y sigs.; GRASSETTI, BETTI, VON THUR, etc.

relación con terceros, sin distinguir si éstos son de buena o mala fe (62), sino incluso frente al fiduciante. Esta titularidad procura al fiduciario las más amplias facultades de disposición, igual que cualquier propietario, por lo que, en el supuesto de abusar de ella e incumplir su obligación, el fiduciante tan sólo dispone de una acción personal para exigir el resarcimiento de daños y perjuicios que le hayan irrogado esos actos dispositivos, pero en modo alguno puede impedirlos, puesto que se ha despojado de su derecho real sobre el bien.

Los partidarios de la teoría del doble efecto han debatido la naturaleza y estructura del negocio fiduciario; si bien en principio se entendió que se trataba de dos contratos independientes, el real y el obligacional, en los que, sin embargo, se da un lazo de unión consistente en la subordinación del contrato obligatorio al real (63), pronto se buscó el enlace causal del negocio, en dos direcciones: para unos, se trataría de la combinación de dos negocios interdependientes, el real y el obligacional, con mutua subordinación; en definitiva, habría una «conexión de contratos», o «un acto jurídico complejo», causal, en el cual, uno de los contratos es de transmisión real *abstracto* (en el sentido de que la causa reside fuera de él, no de que no tenga causa) y otro obligatorio, *causal*, en el que se expresa la causa de los tres —los dos simples y el complejo— que es única, y denominada *causa fiduciae* (64). En cambio, para otros, el negocio fiduciario es único (real-obligacional) y unitario. Los efectos reales y los obligatorios tienen el mismo fundamento causal, que

(62) Sostuvieron la validez de los actos realizados por el fiduciario con terceros de mala fe, por ejemplo, LADARIA, *op. cit.*, pág. 57; ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, Bosch, Barcelona, 1948, II, pág. 227; JORDANO BAREA, J. B., «Dictamen sobre recuperación de bienes transmitidos fiduciariamente», en *ADC*, 1966, págs. 625 y 627; FERRARA, *op. cit.* (ed. 1961), pág. 73.

(63) Explicación acogida por la STS 18 febrero 1965; cfr. también STS 14 marzo 1964; cfr. también FERRARA, CARIOTA-FERRARA (lugares citados), SCHÖNY, etc.

(64) NAVARRO MARTORELL, *La propiedad fiduciaria*, cit., págs. 119, 91 y 22, entre otras; parecidamente, afirmando la existencia de dos negocios simples unidos, íntima pero no esencialmente, por un vínculo consensual (*causa fiduciae*), que son queridos por las partes como un todo, CLARET, *op. cit.*, pág. 33; GARRIGUES, *Negocios fiduciarios...*, cit., pág. 20 y sigs.

El Tribunal Supremo ha mostrado poca preocupación por depurar la naturaleza del negocio desde esta perspectiva estructural y, aunque suele aludir a su carácter complejo, unas veces afirma que es un contrato complejo constituido por dos interdependientes (recíprocamente dependientes) ligados por la causa, que es elemento obligacional (STS 3 mayo 1955, 15 octubre 1964), mientras que otras veces sostiene que dichos contratos son independientes (10 julio 1955, 4 diciembre 1976, 9 diciembre 1981); y, últimamente, mantiene la misma dicotomía con la expresión «acto formal complejo (o mixto), integrado por dos interdependientes, de finalidad unitaria» (8 marzo 1963, 19 mayo 1982, 8 marzo 1988), o idéntica, pero aludiendo a que dichos actos son independientes, aunque ligados por la causa (7 marzo 1990, 30 enero 1991, 6 julio 1992, 3 abril 1995, 5 julio 1996, 19 junio 1997).

informa todo el negocio; la obligación de retransmitir surge por el carácter transitorio o temporal de la *causa fiduciae*, que limita personalmente la facultad de disposición del fiduciario; pero no existe duplicidad negocial, sino un único negocio causal (65).

De cualquier modo, la invocada *causa fiduciae* produce el efecto de transferir la propiedad al fiduciario y aquí está la clave para comprender tanto los rasgos del negocio desde esta teoría (desproporción, potestad de abuso), como las injusticias materiales que ocasiona su rotulación precisa pero artificiosa. Conscientes de ello, algunos autores trataron de suavizar los efectos nocivos, sosteniendo la invalidez de la transmisión efectuada por el fiduciario en favor de terceros que conociesen su auténtica calidad de tal y la obligación contraída, y careciesen, por ende, de buena fe (66). Sin embargo, quedan sin resolver otros muchos problemas, entre los que descolla la intervención de los terceros acreedores, ya del fiduciante, ya del fiduciario. En concreto, por mencionar la secuela más intolerable y llamativa, en los casos de ejecución universal o particular del fiduciario, y particularmente, en su quiebra, el fiduciante, en puridad lógica, no tendría derecho a separar los bienes confiados en fiducia respecto de la masa de la quiebra, puesto que responderían de las deudas de su actual propietario, el fiduciario; con lo cual, al fiduciante sólo le asistiría un derecho de crédito en concurso con el resto de los acreedores del fiduciario. Los defensores de la teoría del doble efecto hubieron de incurrir en una aporía insalvable para tutelar los derechos del fiduciante y concederle la recuperación del objeto transferido fiduciariamente, cuando no lo consideraban propietario del mismo (67).

La hegemonía de la teoría del doble efecto fue fulminada por la magistral exposición de sus fallas, realizada por el profesor DE CASTRO en una conferencia impartida el 14 de noviembre de 1966 en la Academia Matritense del Notariado (68). DE CASTRO demostró de forma incontestable la inadmisibilidad técnica y material de esta construcción, dentro del ordenamiento jurídico español, y propuso como fórmula superadora el concepto de «titularidad fiduciaria», que no implica transmisión de la propiedad al fiduciario. Sus reflexiones, con ulteriores matices, han sido aceptadas casi unánimemente por

(65) JORDANO, *El negocio fiduciario*, cit., págs. 137-138; ID., «Naturaleza, estructura y efectos del negocio fiduciario», en *RDP*, 1958, pág. 830; ALBALADEJO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 222 y 225.

(66) Vid. PUIG BRUTAU, *La relación fiduciaria*, cit., pág. 1016 y sigs.

(67) Sobre la solución de este problema, desde la moderna concepción de la titularidad fiduciaria, vid. luego el apartado II.6.1.c).

(68) DE CASTRO Y BRAVO, F., «El negocio fiduciario. Estudio crítico de la teoría del doble efecto», en *R. D. Not.* (53-54), 1966, pág. 7 y sigs.; también en *AAMN* (XVII), 1972, págs. 5-39; después reelaborado y ampliado en su obra *El negocio jurídico*, cit., págs. 379-442.

la doctrina española posterior (69), y han servido de base a las soluciones jurisprudenciales de los últimos años.

En síntesis, los argumentos sobre los que se fundamenta su crítica, que explica y documenta profusamente, son los cinco siguientes: 1) El apoyo histórico del doble efecto no presenta suficiente consistencia, pues en las fuentes romanas existen algunos mecanismos que permiten dudar de que el fiduciario adquiriese el dominio pleno (70), además de que el auge de la fiducia tuvo lugar en época primitiva y en correlación con el formalismo, y tales circunstancias se han desvanecido. 2) La doctrina alemana e italiana, que crearon la teoría, la han abandonado, con lo que el argumento de autoridad también desaparece. 3) Las injustas consecuencias que se derivan de la aplicación lógica y directa de sus postulados (desprotección total del fiduciante, tutela infundada de terceros adquirentes de mala fe, anomalías en relación con los acreedores, etc.) ponen en tela de juicio la bondad y utilidad de la construcción. 4) El principio de autonomía de la voluntad, que se dice servir de fundamento, se enfrenta abiertamente con lo que en realidad las partes quisieron (no transmitir la propiedad; recuérdese la frecuente contradicción del documento público con un documento privado) (71). 5) Pero, sobre todo, como argumento capital, esa duplicidad de efectos no encaja con un sistema causalista como el español. Detengámonos un poco en él.

El ordenamiento español no admite los negocios abstractos, pues para la existencia de cada contrato se requiere una causa propia y adecuada (arts. 1.261 y 1.274 del Código Civil); y la transmisión de la propiedad se produce por consecuencia de ciertos contratos (los que tienen tal naturaleza transmisiva) mediante la tradición (art. 609 del Código Civil). Así, explica DE CASTRO (72), en la venta en garantía, la compraventa, como negocio transmisor, carece de causa propia, pues falta el precio (art. 1.445 del Código Civil), y no tiene otra causa, si se sostiene que son dos contratos independien-

(69) Además de obras que se citan después (p. ej., vid. nota 80), son ejemplares los casos de algunos de los principales defensores de la teoría del doble efecto, que, en notables trabajos posteriores, se han desmarcado de la misma, para acogerse a las tesis de DE CASTRO; así, señaladamente, JORDANO BAREA, *Mandato para adquirir...*, cit. (1983); ALBALADEJO, *El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente*, cit. (1993). En la actualidad, y de forma aislada y algo ecléctica, sostiene que existe traspaso de la propiedad en la venta en garantía VIDAL MARTÍNEZ (*La venta en garantía...*, cit., págs. 223, 226, 229 y sigs.), pero parece aceptar en parte los efectos de la moderna «titularidad fiduciaria».

(70) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 389-391. Abundando en esta dirección, recientemente, FUENTESCA, P., *Líneas...*, cit., pág. 387 y sigs.; FUENTESCA, C., *El negocio fiduciario...*, cit., pág. 21 y sigs.

(71) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 386; igualmente, DE ANGEL YAGÜEZ, *op. cit.*, pág. 52.; SOTO NIETO, *op. cit.*, págs. 539-540, etc.

(72) *El negocio jurídico*, cit., págs. 406-409.

tes. Si se pasa a sostener la unidad del negocio, mediante la causa unitaria representada por la *causa fiduciae*, la creación resulta artificiosa, puesto que no hay reciprocidad de prestaciones propia de un contrato con causa onerosa; a la entrega de la cosa no corresponde un precio, sino un fin de garantía, o, en su caso, de mandato. En conclusión, se asemeja a un negocio simulado; eliminada la venta por simulada, queda el título disimulado de garantía o de mandato, insuficientes para transmitir la propiedad. El resultado es que *la «causa fiduciae» es inadecuada en el sistema causalista para transmitir plenamente la propiedad.*

Una vez descartada la teoría del doble efecto, los esfuerzos de la doctrina se han encaminado a delimitar el alcance de la titularidad atribuida al fiduciario. Y una de las soluciones que más éxito ha tenido es la que distingue una «*propiedad material*», que corresponde al fiduciante, quien de esta forma no llega a desprenderse del dominio, y una «*propiedad formal*», atribuida al fiduciario en virtud de la apariencia creada por el negocio externo. De esta forma, el fiduciante seguiría ostentando el poder de goce de la cosa, con todos sus frutos, accesiones, mejoras, etc. (73); y la propiedad formal del fiduciario ampararía la adquisición del bien por eventuales terceros de buena fe que, confiados en la apariencia, hubiesen creído que el fiduciario era el auténtico dueño; pero, claro está, *inter partes*, la titularidad formal no sería esgrimible contra el fiduciante, que podría reivindicar la cosa. Como puede apreciarse, esta descomposición de la propiedad acercaría en grado sumo el negocio fiduciario al *trust* anglosajón y a su distinción entre *legal* y *equitable title*. Sin embargo, esta solución ha sido ásperamente criticada, debido a que supondría la creación de un tipo especial de derecho real, poco acorde, se argumenta, con la presunta tendencia al cierre del número de los derechos reales y con el concepto unitario de propiedad acogido en el ordenamiento español (74).

(73) Vid. DÍEZ PICAZO, *Operaciones fiduciarias...*, cit., pág. 35; JORDANO, *Mandato...*, cit., pág. 1445; GÓMEZ GÁLLIGO, *op. cit.*, págs. 538-539; SAPENA, *op. cit.*, pág. 188 y sigs., con algunos matices en relación con el Registro de la Propiedad; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1988, II, 1, págs. 463-470; LACRUZ-RAMS, *Elementos*, cit., II, 1, pág. 475. De hecho, es muy frecuente en la práctica que el fiduciante quede, sobre todo en la fiducia de garantía, como poseedor del objeto dado en fiducia (similar al *constituto posesorio*), con ciertas obligaciones derivadas de su propiedad material (v. STS 2 noviembre 1991), o como arrendatario, actuando como precio el interés del préstamo subyacente (v. SSTs 10 noviembre 1958, 3 mayo 1976, 25 febrero 1988, 18 abril 1988); sobre este punto, SAPENA, *ibidem*.

(74) Encabeza la crítica DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 409, 422 (aun-que véase lo que expongo a continuación en texto); también, DE ANGEL, *op. cit.*, pág. 53; GARRIGUES, *Negocios...*, cit., págs. 82-83 y 94; VIDAL, *op. cit.*, pág. 221; ARROYO, *op. cit.*, pág. 1720; FUENTESSECA, C., *El negocio...*, cit., págs. 179, 195, 206-207 y 218-219; cfr., además, FELIU REY, M. L., *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 120-121. Una réplica a estas críticas puede hallarse en GÓMEZ GÁLLIGO, *ibidem*.

Estas reprobaciones, más encaminadas contra la designación y la deformación del concepto clásico de propiedad que contra los resultados justos de la distinción entre propiedad material y formal, han llevado a DE CASTRO y al resto de la doctrina a sustituir el concepto de «propiedad formal» por el de «titularidad fiduciaria». Lo cual, si bien se mira, no es otra cosa, a mi entender, que una hábil estratagema nominal para conseguir los efectos de la «propiedad formal» sin mancillar la venerable designación de «propiedad» (75). En resumidas cuentas, los efectos que se aparejan a la «titularidad fiduciaria», plenamente admitida hoy doctrinal y jurisprudencialmente, con una «limitada eficacia real», son: el derecho de retención del fiduciario; su preferencia en el cobro garantizado con la fiducia; un poder limitado por el disfrute del fiduciante; la obligación de retransmitir tras cumplirse los fines acordados; la imposibilidad de usucapir por parte del fiduciario; la garantía de que los terceros de buena fe, a título oneroso, no saldrán perjudicados por la apariencia creada; el derecho de separación del fiduciante en caso de quiebra del fiduciario; entre otros efectos, que luego serán examinados (76).

Una vez consolidada la noción moderna de titularidad fiduciaria, tras un tortuoso camino, quizá no resultase descabellado, dando un paso más, añadirle la idea de «patrimonio-afectación» (*Zweckvermögen, Zwecksatzungen*) o «patrimonio destinado a un fin». La suma de ambas ideas situaría el negocio fiduciario español en una esfera muy cercana al *trust* internacional confeccionado por la Conferencia de La Haya de 1985. Así, con el negocio fiduciario, se constituiría un patrimonio destinado a una concreta finalidad, de garantía o de gestión, de manera que el fiduciario ostentaría sobre el mismo tan sólo una titularidad formal o fiduciaria, de carácter funcional y transitorio, pero no ingresaría en su propio patrimonio. Los rasgos de estos patrimonios autónomos se aplicarían al patrimonio fiduciario, en el sentido de constituir una

(75) Esta afirmación se fundamenta en las reflexiones del propio DE CASTRO (*El negocio jurídico*, cit., págs. 422-423), pues según sus palabras literales, «posiblemente, los reproches hechos a la teoría de la propiedad formal del fiduciario se han dirigido especialmente contra la designación utilizada y no tanto respecto a sus resultados». «La llamada propiedad formal del fiduciario (...) está en dependencia estricta de los pactos que la originan, y conforme a ellos tendrá mayor o menor alcance. Si fuera posible sustraerse al perjuicio que pesa sobre la doctrina, en relación al negocio fiduciario, sería preferible hablar sencillamente de una *titularidad fiduciaria*». «Se siga usando el término de propiedad formal o se prefiera el de titularidad fiduciaria para la condición jurídica del fiduciario, lo que importa es (...)» (cursiva del autor). También DE ANGEL (*op. cit.*, pág. 53) afirma que «se trata de llegar a sus consecuencias sin forzar demasiado las cosas ni desarticular los conceptos técnicos tradicionales». Otros autores prefieren emplear como sinónimo de titularidad fiduciaria el sintagma de «propiedad limitada» (SOTO NIETO, *op. cit.*, pág. 541; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, 2.^a ed., Bosch, Barcelona, 1984, I, 3, pág. 227), en el sentido de funcional y transitoria.

(76) Conviene distinguir entre los efectos de la titularidad fiduciaria en los negocios de garantía y de gestión: me remito al apartado II.6.

universalidad jurídica, cuya unidad provendría del destino a un fin concreto, en el cual operaría el principio de subrogación real y responsabilidad autónoma, que dejaría de existir al desaparecer su base jurídica (77). Aunque sólo minoritariamente, este diseño ha sido ratificado por la jurisprudencia (Res. DGRN 14 junio 1922 y STS 23 mayo 1935) (78) y por algún autor (79). Por lo demás, la idea de «patrimonio-afectación» no resulta desconocida en el ordenamiento positivo español (80).

(77) ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Tratado de Derecho civil. Parte general*, traducido y anotado por B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGUER, 2.ª edición, al cuidado de PUIG BRITAU, Bosch, Barcelona, 1953, I, 1, págs. 598-602; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1990, I, vol. 3.º, págs. 74-76. Para cita de la doctrina clásica sobre el tema (BEKKER, BRINZ, etc.), exposición más detallada y aplicación de la tesis del patrimonio-afectación a la herencia de confianza y, sobre todo, a la fiducia continuada de la Ley 293 F.N.N., vid. CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria secreta*, cit., pág. 1323 y sigs.

(78) La STS 13 mayo 1935, siguiendo el razonamiento de la Res. DGRN 14 junio 1922 (vid. comentario en J. GONZÁLEZ, *El fiduciario*, cit., pág. 468 y sigs.), señaló que «la figura jurídica creada por las adjudicaciones para pago de deudas es muy compleja, pero en síntesis cabe afirmar que por ella se constituye un *patrimonio especial, dotado de órganos de disposición y caracterizada por su finalidad fiduciaria*, o sea, por la atribución de la propiedad o de un derecho a un sujeto activo en interés ajeno y por motivos de confianza». Los bienes, sigue la sentencia, «pasaban a poder de los *adjudicatarios únicamente como órganos de disposición* que, por consecuencia, no podían atribuirse un dominio absoluto, o sea para toda clase de fines, y sí tan sólo, cumpliendo la voluntad del testador para pagar las deudas de la testamentaria» (cursivas mías). La idea de un patrimonio separado se deja sentir en la STS 22 febrero 1995, según la cual, «el fiduciario no puede integrar en su patrimonio el objeto sobre el que recae como si la titularidad fuese suya y no del fiduciante».

(79) JORDANO BAREA, *Mandato para adquirir...*, cit., págs. 1440-1441. Naturalmente, para extraer mayores resultados de la aplicación de esta idea ha de dedicársele un análisis más pormenorizado que el que ahora puede ofrecerse; por lo demás, falta en la bibliografía española un estudio monográfico de los patrimonios de afectación (muy tratados, v. gr., en la doctrina mexicana, en relación con su fideicomiso); como referencias útiles, GUINCHARD, S., *L'affectation des biens en droit privé français*, Paris, 1976; FUSARO, A., «Affectatio», «destination» e vincoli di destinazione, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, P. Cendon, Giuffrè, Milano, 1994, II, págs. 453-480; LA PORTA, U., *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 1994; BIANCA, M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996. El tema ha merecido recientemente la atención de algunos autores, que han presentado ponencias sobre ello en el Congreso de Academias Jurídicas Iberoamericanas de 1996; de entre los varios trabajos, que constituyeron el Foro II de discusión de este Congreso («Afección del patrimonio a un fin»), destacaré (por su atención al *trust*) el de LÓPEZ JACOISTE, J. J., *Afección de patrimonios al cumplimiento de fines*, «Congreso...», cit., *RAJL*, Fundación Ramón Areces, Madrid, 1998, págs. 421-440 (cfr. *ibidem* los trabajos de LIAÑO FLORES y DE PRADA GONZÁLEZ).

(80) Por ejemplo, la definición de «fundación» en la nueva Ley 30/1994, de 24 de noviembre, responde a esta idea: organizaciones que «tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general» (art. 1) —sobre el desarrollo y alcance de esta idea en las fundaciones, cfr., sobre todo, LÓPEZ JACOISTE, J. J., «La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones», en *RDP*, 1965, págs. 567-

Si reflexionamos sobre la evolución dogmática ahora narrada y examinamos la cuestión en sus términos más crudos y binarios, llegaremos a la conclusión de que prácticamente el nudo gordiano del negocio fiduciario se encuentra en decidir si hay o no transmisión de la propiedad (81) desde el

608; y DE CASTRO y BRAVO, F., «Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares», en *ADC*, 1953, pág. 623 y sigs., y en *La persona jurídica*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1991, pág. 87 y núm. 25—. La misma idea gravita en la Ley 57/1968 (art. 6.2) de anticipos para la construcción y venta de viviendas y en la jurisprudencia penal recaída a raíz de la misma (SSTS 25 junio 1975, 28 marzo 1974; cfr. en MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., *Nuevo enfoque de la apropiación indebida*, Civitas, Madrid, 1988, págs. 75-82), o en el Decreto de 20 mayo 1965 sobre los «patrimonios de suscripción», para obtener fondos para alguna causa por cuestación pública (cfr. LASARTE ALVAREZ, C., *Principios de Derecho civil*, 4.ª ed., Trivium, Madrid, 1995, I, págs. 441-442); y también en los conceptos legales de fondos de inversión y de pensiones, que se transcriben *infra* (apartado III.2.2).

Desde una perspectiva doctrinal, también goza de cierta expansión la idea de los patrimonios destinados a un fin, aplicada, por ejemplo, a figuras como la herencia yacente, la comunidad de gananciales (cfr. BENAVENTE MOREDA, P., *Naturaleza de la sociedad de gananciales. Legitimación individual de los cónyuges*, Madrid, 1993, págs. 93-95; y un considerable sector doctrinal hoy), algunas manifestaciones de la fiducia sucesoria (CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, págs. 1328 y sigs. y 568 y sigs.), empresas mercantiles de responsabilidad limitada (DE LA CÁMARA ALVAREZ, M., y DE PRADA, J. M., «Sociedades comerciales», en *R. D. Not.* (81), 1973, en concreto, págs. 219-232, con referencias al *trust*), etc. Por supuesto, la admisión de este tipos de patrimonios no es pacífica y suelen erigirse contra ellos la idea de propiedad y de patrimonio tradicionales. V. gr., una crítica, en relación con el *trust*, en GARRIGUES, *Negocios...*, cit., págs. 94-95.

Desde una perspectiva comparada, además de la noción de *trust* del Convenio de La Haya, cabe citar el uso del concepto «patrimonio-afectación» en el Proyecto francés sobre la fiducia de 1992 y su éxito de cara a explicar la naturaleza del *trust* (cfr. alusiones en GALLIMARD, M., «Textes et colloques sur la fiducie», en *Fiducia, trust, mandato ed agency*, cit., págs. 205, 207, 210 y sigs.), ya desde la entusiasta e influyente defensa de LEPAULLE en este sentido. En el Derecho positivo comparado se encuentra recogida esta tesis en la descripción de la fiducia de: el Código Civil de Quebec (art. 1.261), el Código Civil de Etiopía (art. 525), la Ley 24.441 de Argentina (art. 14), el Código de Comercio de Colombia (art. 1.227), etc. (cfr. los textos y teoría sobre el patrimonio de afectación en LUPOL, *Trusts*, cit., págs. 387-390, 472-483 y 338, núm. 7).

(81) Resueltamente contraria a la transmisión de la propiedad se muestra la última doctrina: DE ANGEL, *op. cit.*, págs. 57, 65, *passim*; PÉREZ DE ONTIVEROS, *op. cit.*, pág. 60; FELIU REY, *op. cit.*, págs. 113 y 116; PUIG BRUTAU, J., «Negocio fiduciario», voz en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Ed. Francisco Seix, S.A., Barcelona, 1982, XVII, pág. 207; FUENTESCA, C., *El negocio...*, cit., págs. 67, 82 y sigs., *passim*; REGLERO CAMPOS, L. F., *Ejecución de las garantías reales mobiliarias e interdicción del pacto comisorio*, en AA.VV., *Tratado de las garantías en la contratación mercantil*, Civitas, Madrid, 1996, II, 1, págs. 440 y sigs. y 445; SÁNCHEZ LORENZO, S., *Garantías reales en el comercio internacional (reserva de dominio, venta en garantía y «leasing»)*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 166 y 168. Como muestra, son importantes las Res. DGRN 10 junio 1986 y 30 junio 1987 y, entre otras, las SSTS 21 marzo 1969 y 2 diciembre 1996. En cambio, en favor de la transmisión de la propiedad, VIDAL, *op. cit.*, págs. 225, 229, etc.; y, también, recientemente, con firmeza, vuelve a abogar por el patrón de la fiducia romana clásica y la transmisión de la propiedad RODRÍGUEZ ROSADO, B., *Fiducia y pacto de retro en garantía*, Marcial Pons, Madrid, 1998, págs. 136-144, 167 y sigs., etc. Cfr. también el tenor literal de la Ley 466 F.N.N.

fiduciante hasta el fiduciario. Rechazada modernamente la existencia de una tal traslación dominical, surge el problema de calificar el derecho real o cuasi-real que el fiduciario tiene, y para ello se usan las expresiones «titularidad fiduciaria, formal», *dominium impropriae dictum*, en definitiva, una suerte de propiedad formal, una nueva «propiedad» (fiduciaria). Esta escurridiza conceptualización, de trascendentales consecuencias prácticas, ha supuesto un auténtico suplicio de Tántalo para los juristas de este siglo: tan pronto parecía haberse alcanzado una solución, al rechazar el traspaso dominical, surgen nuevos y nuevos problemas (82), en relación con el contorno de derechos y deberes de las partes y su correcta incardinación en las instituciones tradicionales, problemas que se tratan de solventar siempre, sobre todo, en atención a postulados de justicia. El debate, en definitiva, no está cerrado (83), aunque parece haber encontrado puntos de consenso.

Así, por ejemplo, hoy se admite la validez de la llamada *causa fiduciae* como elemento de anclaje del negocio fiduciario en el sistema causalista español de los derechos reales (cfr. art. 609 del Código Civil). Pero esta «causa» especial ha sufrido una evolución paralela a la del negocio que sustenta: en principio, se pretendió construir el negocio fiduciario sin especiales consideraciones a la causa, bajo influjo del sistema abstracto de los creadores alemanes de la teoría; después se esgrimió la *causa fiduciae* como fundamento del negocio y base en la que radica la transmisión de la propiedad al fiduciario; por último, se entiende hoy que la *causa fiduciae* «aloja la limitada eficacia real» del contrato fiduciario, pero no sirve para transferir la propiedad, y se identifica con el fin de garantía, administración o mandato perseguido (84).

(82) Cfr. un tono crítico afín en ROJO AJURIA, L., «Las garantías mobiliarias (Fundamentos del Derecho de Garantías Mobiliarias a la luz de la experiencia de los Estados Unidos de América)», en *ADC*, 1989, pág. 764, núm. 157.

(83) Las materias en las que se centra el debate doctrinal de los cinco últimos años, son temas «de siempre» del negocio fiduciario, hasta ahora poco analizados y debatidos: en especial, la simulación y la prohibición del pacto comisorio. Vid. luego, en apartados II.6.1. y II.7.1.

(84) V. gr., SOTO NIETO, *op. cit.*, pág. 542; VALLET, *Negocios en fraude...*, cit., pág. 220; Díez-PICAZO, *Operaciones fiduciarias...*, cit., pág. 29, etc. Con matices, FUENTES-TESECA, C., *El negocio...*, cit., págs. 63 y sigs. y 211 y sigs., que entiende que la *causa fiduciae* puede configurarse bien como mandato o bien como derecho real atípico de garantía. Peculiarmente, GONZÁLEZ MENESES (*Sobre la llamada «causa fiduciae»*, cit., pág. 425 y *passim*) entiende que esa causa no existe como tal, sino que es sólo un ingrediente ético que acompaña al negocio para conseguir un fin práctico. Cfr. crítica a la *causa fiduciae* en DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pág. 471 y sigs. El apoyo legal de la *causa fiducia*, en cualquier caso es polémico: para unos se encuentra en el artículo 1.901 del Código Civil, que alude a «otra justa causa» (así, GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., «Comentario a la Res. DGRN 5 junio 1991», en *CCJC*, núm. 27, 1991, pág. 765 y sigs.; ID., en sus Anotaciones al *Tratado de Derecho civil. Parte General*, de ENNECCERUS-NIPPERDEY, 3.^a ed., Bosch, Barcelona, 1981, 1-2.^o, vol. 1, pág. 134; le sigue REGLERO CAMPOS, *op. cit.*, pág. 445; en contra, vid. FELIU REY, *op. cit.*, págs. 121-122, núm. 245), mien-

Para concluir este panorama dogmático queda por resolver una pregunta, de sencilla respuesta en el contexto español: ¿el negocio fiduciario se incluye en el ámbito obligacional o en el ámbito de los derechos reales y la propiedad? (85) Después de lo dicho, la respuesta es clara: toda la problemática de la fiducia se encierra en el sistema de los derechos reales y ese es el prisma desde el que debe examinarse el tema (86), sin que resulte óbice el hecho de que en los manuales y tratados españoles suele explicarse el negocio fiduciario al hilo de los negocios jurídicos, como un tipo de éstos.

4. EL NEGOCIO FIDUCIARIO ANTE LA JURISPRUDENCIA

4.1. *Etapas*

La evolución doctrinal que se acaba de exponer ha tenido asimismo su reflejo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. Así, es posible detectar también la sucesión de tres teorías, principalmente, que en ocasiones se solapan en el tiempo o hacen fugaces apariciones fuera del período de su apogeo; en concreto, la teoría de la propiedad formal, la del doble efecto y la teoría de la titularidad fiduciaria. Naturalmente, las tres fases o etapas que a continuación se proponen no son taxativas, debido a la razón que se acaba de apuntar, pero suponen una aproximación bastante cabal, que, en algunos casos, admite subdivisiones, no del todo rígidas:

Primera etapa: 1922-1944. Como se dijo, los primeros pasos para explicar el negocio fiduciario se dieron sobre el patrón de la propiedad relativa o formal y, aún más, concibiendo el objeto de la fiducia como un patrimonio autónomo afectado a un fin con sus propios órganos de disposición —los fiduciarios—. En esta línea, son cruciales la Resolución de la DGRN de 14 de junio de 1922 (87) y la STS de 23 de mayo de 1935, ya citadas. El germen

tras que para otros, la mayoría, está en el artículo 1.274 del Código Civil. Para referencias jurisprudenciales, vid. luego el apartado III.1.

(85) Así reza el título de esta sección del Congreso: «Trusts: a matter of property or of obligation? / La fiducia: droit des biens ou droit des obligations?» y la cuestión ha suscitado una viva polémica, por ejemplo, en Quebec.

(86) Así, GTEB-ALONSO, *Comentario...*, cit., pág. 764; cfr. también Díez-PICAZO, *Operaciones fiduciarias...*, cit., pág. 41; en el terreno de las obligaciones *inter partes*, no existen dificultades, debido al principio de autonomía de la voluntad; pero el sistema de la propiedad y los derechos reales contiene aspectos de orden público que afectan a los pactos fiduciarios de los contratantes.

(87) Cfr. también la Res. DGRN 26 diciembre 1946, la cual, tras distinguir entre un propietario formal, legalmente autorizado para disponer, y un dueño material que disfruta los bienes económicamente, describe los negocios fiduciarios según la teoría del doble efecto (transmisión del dominio limitada por una obligación personal).

doctrinal de estas decisiones reaparecerá, en cuanto a la propiedad o titularidad formal, a partir de una importante sentencia de 1963 y, con mayor fuerza, entreverada con la moderna «titularidad fiduciaria», especialmente a finales de la década de 1980.

Segunda etapa: 1944-1982. El entronizamiento de la teoría del doble efecto se produciría con las SSTS de 10 de marzo de 1944, 25 de mayo de 1944 —la primera que emplea el término «negocio fiduciario»— y 28 de enero de 1946 (88). A partir de aquí, el Tribunal Supremo mostró unidad en cuanto a la explicación (89), a nivel teórico-lógico, pero fueron muy escasas las sentencias en que aplicó con todas sus consecuencias los postulados del doble efecto; así sucedió, en toda su crudeza, en la STS de 18 de febrero de 1965 (90). En cambio, y muy especialmente a partir de la citadísima sentencia de 8 de marzo de 1963 (91), la Sala sigue manteniendo dicha explicación de la naturaleza y estructura del negocio, pero trata de atenuar sus efectos injustos en el fallo, permitiendo el rescate de los bienes por el fiduciante que cumplió, haciendo inoponible la titularidad externa *inter partes* (92), o, simplemente, inaplicando en cuanto a los efectos la teoría que dice seguir (93).

(88) Cfr. los comentarios a estas sentencias de HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pág. 690 y sigs.; y de BONET RAMÓN, citados, págs. 856 y sigs. y 191 y sigs.

(89) SSTs 23 febrero 1951, 3 mayo 1955, 31 octubre 1955, 10 julio 1957, 5 diciembre 1959, 15 octubre 1964, 18 febrero 1965, 30 octubre 1965, 20 noviembre 1965, 4 abril 1972, 3 mayo 1976, 4 diciembre 1976, 23 mayo 1980, 27 junio 1980, 9 diciembre 1981.

(90) Cfr. también las SSTs 15 octubre 1964 y 20 enero 1966.

(91) Esta STS efectúa primero una descripción según la teoría del doble efecto —transmisión plena de la propiedad con la obligación de retransmitir cuando se cumpla la obligación garantizada—, para concluir, buscando la justicia del caso concreto, que «aunque frente a terceros aquélla [la fiduciaria] ostentase la cualidad de titular *erga omnes*, con todas las facultades inherentes al dominio consignadas en el artículo 348, respecto del fiduciante, únicamente obtuvo un *dominium impropiae dictum*, o sea, una propiedad formal y sujeta a condición que origina a favor del recurrido un derecho de reversión esgrimible a través de una acción personal derivada de la *bona fidei*» (sic). Esta sentencia ha supuesto un auténtico *leading case* en la materia de las relaciones *inter partes* de fiduciante y fiduciario, y ha sido numerosas veces citada, literal o encubiertamente.

(92) Así, v. gr., SSTs 8 marzo 1963, 14 marzo 1964, 11 junio 1964, 9 diciembre 1981.

(93) V. gr., SSTs 4 diciembre 1976 y 27 junio 1980. En la STS 5 diciembre 1959, aunque describe el negocio conforme al doble efecto y afirma la «aparente transmisión de la propiedad» al fiduciario, señala que la «titularidad fiduciaria de confianza y garantía» no le confiere «poder de disposición» y, por tanto, no puede enajenar al margen del fin convenido; la Sala ordena la nulidad de las enajenaciones realizadas a terceros, sin perjuicio de las acciones de resarcimiento que asisten a éstos. También la STS 30 octubre 1965 reconoce el traspaso de propiedad al fiduciario y el límite obligatorio negativo, pero llega a la conclusión de que el pacto vinculante de retransmitir implica que el fiduciario carece «de derecho para incorporar a su patrimonio lo que le fue transferido para otro fin con base en la confianza».

Tercera etapa: 1982-1997. Dos sentencias importantes inician el viraje hacia esta nueva fase: primero, la STS de 19 de mayo de 1982, que, aunque comienza describiendo el negocio fiduciario con todos los tópicos explicativos de la teoría del doble efecto, incluido el traspaso dominical, acaba concluyendo que la causa, que coincide con el fin de garantía, produce sólo una «limitada eficacia real», sin que exista auténtica transmisión de la propiedad *inter partes*; el resultado práctico es que el fiduciario no puede obtener la propiedad, sino sólo la devolución del crédito garantizado por fiducia y el objeto ha de volver al patrimonio del fiduciante en quiebra, auténtico propietario (94). Con el precedente práctico de esta sentencia, la STS de 2 de junio de 1982 (95) proclama también el abandono teórico, al señalar que «la doctrina científica más reciente se aparta de la teoría del “doble efecto” (real y obligatorio) en el contrato fiduciario, que había sido introducida por la Sentencia de 25 de mayo de 1944, y generalmente aceptada, e incluso prescinde de la sustantividad de la *causa fiduciae*»; a continuación recoge la noción de «titularidad fiduciaria o propiedad formal [que] habrá de desplegar su eficacia conforme a lo convenido, debiendo observar el fiduciante su obligación de respetar y mantener la situación anómala creada (96) —arts. 1.255 y 1.286 del Código Civil—», con el resultado de desaparecer la titularidad fiduciaria cuando se cumplan las obligaciones del fiduciante-deudor en la venta en garantía. A partir de estas sentencias, el Supremo seguirá perfilando los efectos de la «titularidad fiduciaria» (97), que convive, en sus fundamentos de derecho, en pie de igualdad, con los sintagmas «propiedad o titularidad formal» (98).

Puede advertirse, en esta última fase, una línea más conservadora y otra más rupturista, desde el punto de vista de las declaraciones, aunque, en cuanto

(94) Sigue la doctrina de esta sentencia la importante Res. 30 junio 1987 (vid. comentario por CARRASCO PERERA, A., en *CCJC*, 15, 1987); cfr., similarmente, STS 5 julio 1996.

(95) Seguida por las SSTs 6 abril 1987, 25 febrero 1988, 22 diciembre 1988, 8 marzo 1988, 30 enero 1991, 6 julio 1992.

(96) Sobre la responsabilidad del fiduciante por la apariencia creada, SSTs 12 febrero 1988, 7 marzo 1990 y 30 enero 1991.

(97) Este término ya había sido empleado por las SSTs 5 diciembre 1959 y 21 marzo 1969; como sentencias de mayor interés, en cuanto al contenido de esta titularidad, pueden citarse las SSTs 22 diciembre 1988, 19 mayo 1989, 7 marzo 1990, 30 enero 1991, 7 mayo 1991, 6 julio 1992.

(98) A ella aluden (además de las SSTs 8 marzo 1963, 9 diciembre 1981 y 2 junio 1982 y las citadas resoluciones de 1922 y 1946) las sentencias de 9 octubre 1987, 8 marzo 1988, 19 mayo 1989, 7 marzo 1990, 30 enero 1991, 12 noviembre 1991, 6 julio 1992, 5 julio 1993, 14 febrero 1996, 5 julio 1996, 31 diciembre 1997 (que llega a aludir a la titularidad administrativa de estancos como formal impuesta); también STSJ Navarra 23 mayo 1997. De interés, la STSJ Navarra 3 marzo 1994 y las consecuencias que extrae de la titularidad material o real.

a los efectos, existe cierta uniformidad; así, algunas sentencias siguen aferrándose a las explicaciones de la teoría del doble efecto, sobre todo en los casos en que esta interpretación no genera injusticias, pero siempre consolidando los logros de la fase anterior en cuanto a la eficacia *inter partes* del acuerdo fiduciario y la facultad de rescate por el fiduciante (99); en cambio, otras sentencias proclaman el abandono de aquella teoría y, salvo pequeñas concesiones a la explicación del concepto, se dirigen a pergeñar un nuevo contenido de la titularidad. Por todo ello, se hace incapié en que la fiducia no transmite el dominio (100) —con importantes efectos en relación con terceras—, si bien no es infrecuente, aun hoy, leer explicaciones algo trasnochadas, sentada esa premisa. Y tampoco han sido ajenas a la labor jurisprudente las zozobras y contradicciones, incluso admitiendo en alguna ocasión el traspaso del dominio (101), pero es muy raro encontrar fallos que apuren los resultados últimos de esta postura (102).

La evolución de las últimas décadas es apreciable, pero ha preponderado cierto eclecticismo en la Sala Primera del Tribunal Supremo, como resaca de la última convulsión doctrinal, lo cual ha favorecido el abuso de la cita de la teoría del negocio fiduciario por los recurrentes, en contra de las advertencias del Alto Tribunal acerca de la moderación necesaria a la hora de calificar estos negocios (103). La alegación, muchas veces infundada (sobre todo en el último lustro), de la existencia de un negocio fiduciario, ha obligado al

(99) Como paradigma, STS 7 marzo 1990; también SSTS 18 abril 1988, 19 mayo 1989 y 14 julio 1994 («posición jurídica desdoblada según mire a terceros o a los fiduciantes»), 5 julio 1996, 19 junio 1997.

(100) SSTS 19 mayo 1982, 25 febrero 1988, 22 diciembre 1988, 30 enero 1991, 7 mayo 1991, 6 julio 1992, 22 febrero 1995, 2 diciembre 1996 y la contundente Res. DGRN 30 junio 1987. Las SSTSJ Cataluña 29 mayo 1991 y 31 octubre 1991 subrayan que no se está ante un negocio fiduciario cuando se opera una auténtica transmisión del dominio.

(101) SSTS 6 abril 1987 y 5 julio 1996; cfr. 5 julio 1993.

(102) En la STS 12 febrero 1988 se permitió el embargo del bien ostentado formalmente por el fiduciario, en virtud de los efectos del negocio fiduciario inscrito en el Registro, en favor de terceros de buena fe con título oneroso. El fundamento fue la responsabilidad del fiduciante por la apariencia; pero la especial cualificación de estos terceros hace que el supuesto no entre dentro de los resultados del doble efecto. Más curiosa es la aplicación literal de esta teoría por la curiosa STS 3 abril 1995 (sala 3.ª) para eludir un resultado injusto de tipo tributario, la cual, con el objeto de negar la existencia de un negocio fiduciario, señala que en el caso no hubo transmisión de propiedad por falta tradición.

(103) Según la STS 3 mayo 1955, «es recomendable especial moderación en el ejercicio de la facultad de calificación de estos negocios jurídicos», cuya base está en la confianza superlativa, de forma que si se demuestra la ausencia de tal confianza (v. gr., por necesidad o angustia económica), «será preciso abandonar la ruta del negocio fiduciario por inexistencia de *fiducia*, que habría de actuar como elemento esencial y decisivo, para emprender, en trance de construcción jurídica, otros derroteros que conduzcan a la misma finalidad de cumplimiento de lo verdaderamente convenido (...)».

juzgador a tratar de poner coto a esta avalancha de recursos algo trapaceros, rechazándolos bien por plantearse como cuestión nueva en la casación, sin prueba suficiente (104), o bien por merecer al juzgador una calificación distinta el negocio concreto en examen (105).

También puede detectarse un incremento de la litigiosidad y, por ende, de la doctrina jurisprudencial, sobre la *fiducia cum amico*, que hasta hace poco contaba con escasos pronunciamientos jurisdiccionales directos (106).

4.2. Prueba

La prueba del convenio fiduciario cobra una importancia capital, dada la estructura de estos negocios (externa/interna), puesto que, si no se realiza satisfactoriamente, el tribunal no declarará la existencia de un negocio fiduciario (107) o no concederá la retransmisión de los bienes al supuesto fiduciante (108). Siendo tal su importancia, no es menor su complejidad, pues «la labor apreciativa de la prueba habrá de ofrecerse especialmente delicada y difícil, exigiendo la máxima sagacidad y prudencia por parte del Juzgador, para la aprehensión de todo y sólo lo que evidencien la realidad y condiciones del pacto» (109), pues «la valoración de los instrumentos probatorios» es imprescindible para «averiguar la verdad material que anida en la maraña de apariencias formales que constituyen la superestructura de esta especie singular de los negocios jurídicos» (110).

La dificultad probatoria aminorará si existe un documento complementario, a modo de contradecación de la relación externa creada. Entonces, el

(104) SSTs 17 julio 1991, 25 mayo 1995, 22 junio 1995; igualmente, STS 15 octubre 1964. Cfr. también el caso especial de la STS 26 marzo 1997. Cfr. STS 18 noviembre 1997.

(105) SSTs 27 junio 1980, 20 mayo 1986, 21 julio 1992, 5 julio 1993, 15 octubre 1993, 4 febrero 1994, 10 julio 1995, 7 octubre 1997, 21 enero 1998; la STS 23 mayo 1980 y la STSJ Navarra, 9 febrero 1994, entienden que no hay negocio fiduciario sino simulación absoluta en el caso.

(106) Así, SSTs 9 octubre 1987, 5 julio 1989, 30 abril 1992, 4 febrero 1994, 14 julio 1994, 14 octubre 1994, 22 febrero 1995, 21 marzo 1995, 27 noviembre 1995, 5 julio 1996, 2 diciembre 1996, 18 marzo 1997, 24 marzo 1997, 19 junio 1997, 24 noviembre 1997, 31 diciembre 1997, 24 febrero 1998, 4 julio 1998. Con antelación, cfr. SSTs 5 diciembre 1959, 30 octubre 1965, 30 abril 1977. También SSTSJ Navarra 9 febrero 1994, 3 marzo 1994, 20 febrero 1997, 23 octubre 1997 y Cataluña 9 marzo 1995.

(107) SSTs 9 junio 1988, 21 julio 1992, 25 mayo 1995, 22 junio 1995.

(108) SSTs 15 octubre 1964, 4 diciembre 1976.

(109) STS 14 marzo 1964. Otras reflexiones sobre la dificultad de prueba en la STS 19 junio 1997.

(110) STS 19 junio 1992, «e intuir de su íntima interrelación su verdadero significado (...), en todos los temas controvertidos inmersos en el negocio fiduciario».

juzgador efectuará un examen de conjunto de la prueba documental, «no dejándose arrastrar por la estructura de forma y contenido del utilizado como simple medio vehicular» (111). En cambio, si este documento no aparece, o se perdió o el pacto fiduciario fue verbal (112), entonces hay que recurrir a otros medios de prueba (113). Además de la prueba documental, cabe la testifical (114), la confesoria (115) y, de forma supletoria, la indiciaria o de presunciones (art. 1.253 del Código Civil) (116).

Así pues, para averiguar la voluntad real de los contratantes será menester acudir en ocasiones a su conducta (117), a actos anteriores, coetáneos o posteriores como módulo interpretativo subsidiario (118), en definitiva, a una serie de indicios que generen una presunción de fiducia, prueba ésta que debe ser empleada prudentemente (119). ¿Cuáles pueden ser esos indicios decisivos? Podrán ser todos los pactos anormales en el negocio externo, por ejemplo, en la compraventa (120): el de arriendo, el de interés del precio del retracto, la retención de la posesión de la cosa, la prohibición al comprador (fiduciario) de transformarla, la obligación del vendedor de tenerla asegurada, la imputación de todos los gastos al vendedor (fiduciante), la prohibición de

(111) SSTs 10 noviembre 1958, 14 marzo 1964, 4 abril 1972. También, STSJ Navarra 23 octubre 1997, cuyo objeto principal fue la relevancia jurídica del documento privado donde consta el *pactum fiduciae*.

(112) Sobre esto y las reflexiones del TS en punto a la prueba del pacto verbal, ver nota 53.

(113) STS 27 noviembre 1995. En la STS 8 mayo 1979, se rechazó como prueba del pacto fiduciario la sola fotocopia de documento privado, pero se entendió probado merced a la prueba testifical.

(114) Vid. SSTs 18 marzo 1997 y 8 mayo 1979, en que la prueba testifical, combinada con otras, demuestra el contenido de la fiducia.

(115) La STS 13 marzo 1995 admitió como prueba el reconocimiento implícito del pacto fiduciario por uno de los litigantes en sus alegaciones.

(116) En este sentido, en la doctrina, con algún detenimiento, JORDANO BAREA, *Dic-tamen sobre recuperación...*, cit., pág. 624; DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 439 y sigs. y, sobre todo, núm. 195; SAPENA, *op. cit.*, pág. 172; DE ANGEL, *op. cit.*, pág. 51, núm. 7; DORAL GARCÍA, J. A. y DEL ARCO, M. A., *El negocio jurídico*, Trivium, Madrid, 1982, pág. 273 y sigs.

(117) STS 14 julio 1994.

(118) SSTs 10 noviembre 1958, 14 marzo 1964; sin embargo, la STS 27 junio 1980 gusta de insistir en el carácter subsidiario de este medio, de forma que no será empleable si el tenor literal de los documentos aportados es claro.

(119) En tanto que la STS 22 junio 1995 sanciona la validez de las presunciones, aunque de forma supletoria, la STS 4 abril 1972 advierte que dichas presunciones en actos de los contratantes, válidas, deben basarse en un «cuidadoso examen de una complejidad de datos»; y la STS 21 julio 1992 reitera que no cabe acudir al juego de las presunciones en la fiducia frente a otros medios de prueba incontestables. De interés, también la STS 31 diciembre 1997.

(120) Refiere estos pactos, constatables en las sentencias examinadas, SAPENA, *op. cit.*, pág. 172.

disponer impuesta al comprador, la injusticia del precio, etc. También suelen valorar los tribunales como indicios de fiducia la percepción de los beneficios de la cosa por quien la transfiere, es decir, su disfrute material, así como su responsabilidad por la misma (121).

Por todo lo dicho, es importante plantear bien el pleito, en cuanto a la calificación del negocio jurídico y en cuanto a las pruebas aportadas en primera instancia, porque el Tribunal Supremo, en sintonía con una jurisprudencia general sin apenas fisuras, viene insistiendo en que en la casación no puede desarticularse la prueba apreciada en conjunto por la sala de instancia, cuyo criterio prevalecerá salvo que sea absurdo, ilógico o contrario a algún precepto legal, puesto que la casación no es una tercera instancia (122).

4.3. *Validez, fraude de ley y correctivos*

En la actualidad, es usual afirmar que los negocios fiduciarios son distintos de los fraudulentos, y, por tanto, válidos, aunque cuando, dadas las circunstancias y hechos de un caso, resulte probado que la fiducia encubría un fin ilícito o se realizó en fraude de ley (art. 6, núms. 3 y 4 del Código Civil), el negocio será radicalmente nulo (123).

(121) Son destacables los siguientes fallos: en la STS 18 abril 1988 sirvieron como pruebas indiciarias del pacto fiduciario que el fiduciante pagaba los impuestos de la cosa y quedaba como arrendatario; en la STS 9 junio 1988, el fiduciario (*cum amico*) carecía de dinero para comprar el bien por sí, y las inscripciones catastrales y registrales fueron promovidas y sufragadas por el fiduciante, quien también cubría las contribuciones rústicas; en la STS 19 mayo 1989 el fiduciante poseía la cosa con notoriedad de propietario, pagaba las contribuciones, percibió indemnizaciones por servidumbres en las fincas objeto de la fiducia, etc.; en la STS 18 marzo 1997, los fiduciarios siguieron siendo propietarios, como demuestra que pagaran la factura de instalaciones en un local y percibirían el alquiler del mismo, en tanto que la fiduciaria sólo ocupó un inmueble tras firmar un documento privado.

(122) En este sentido, rehusando revisar la calificación de la instancia sobre supuestos negocios fiduciarios, SSTs 10 julio 1957, 4 abril 1972, 8 mayo 1979, 18 abril 1988, 9 junio 1988, 17 julio 1991, 25 mayo 1995, 27 noviembre 1995, 24 marzo 1997, 19 junio 1997, 7 octubre 1997, 4 junio 1998. La STS 5 julio 1996 insiste en que «la interpretación de los contratos constituye facultad exclusiva de los juzgadores de instancia y ha de respetarse en casación», recordando que «suprimido hoy el error en la apreciación de la prueba, el ataque sólo cabe por error en la valoración, con cita de la norma de hermenéutica que se considere infringida». Por contra, aisladamente, la STS 30 abril 1992 aprecia la existencia de un mandato o fiducia *cum amico*, que el tribunal *a quo* no consideraba, argumentando que «esta integración o fijación del contexto fáctico sobre el que ha de operarse en el enjuiciamiento del tema controvertido, no es competencia de la exclusividad de la Sala de instancia, sino también de ésta de casación, cuando aquélla lo ha verificado sin completar el relato histórico».

(123) SSTs 10 marzo 1944, 25 mayo 1944, 28 enero 1946, 3 mayo 1976, 4 diciembre 1976, 23 mayo 1980, 30 abril 1992, 6 julio 1992, 2 diciembre 1996, 22 enero 1998.

Pese a esta declaración de principio, es posible columbrar en el quehacer jurisprudencial una diferencia de trato, consciente o inconsciente, según el negocio fiduciario vulnere o trate de eludir normas de Derecho sustantivo civil o mercantil, por una parte, o bien, por otra, prescripciones de otras ramas del ordenamiento. En este sentido, puede afirmarse que el Tribunal Supremo no suele declarar la nulidad del negocio fiduciario realizado con el objeto de vulnerar normas fiscales o administrativas (124), para lo cual es frecuente emplear modalidades de fiducia *cum amico* o *nomen commodat*. En cambio, no tolera tan fácilmente —aunque lo cierto es que no ha caído en posiciones rígidas en demasía— la elusión de la normativa civil sobre el fraude a los acreedores (125), la prohibición de los préstamos usurarios, la interdicción del pacto comisorio (126) o el abuso del derecho, que constituyen importantes límites, sobre todo, para la *fiducia cum creditore*.

En concreto, la aplicación de la Ley de usura de 1908, a través de su artículo 9 (127), puede suponer un importante correctivo a los negocios fi-

También, en la doctrina, LADARIA, *op. cit.*, pág. 59; NAVARRO MARTORELL, *Aislamiento...*, cit., pág. 459; DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 418; SOTO NIETO, *op. cit.*, pág. 534; VIDAL MARTÍNEZ, *op. cit.*, pág. 212; NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A., *El fraude de ley: su tratamiento jurisprudencial*, Montecorvo, Madrid, 1988, pág. 71 (quien señala que su problema no es de admisibilidad, sino de control). Algunos autores suelen insistir en que, pese a ser distintos, en la práctica suelen estar ligados: FELIU REV, *op. cit.*, págs. 110-111; SOLS LUCÍA, A., *El fraude de ley*, Bosch, Barcelona, 1989, pág. 123 y sigs.

(124) Cinco fallos ilustrarán esta aseveración. En la STS 9 diciembre 1981 se declaró que no existe causa ilícita por fraude a las ordenanzas farmacéuticas (que prohíben que una persona sea titular de dos farmacias) en una fiducia *cum amico* constituida para adquirir una nueva farmacia por el fiduciante, que ya poseía una. La STS 5 julio 1989 concluyó que el «negocio jurídico de puesta a nombre de otro», semejante a la fiducia, es válido cuando se concierta para eludir responsabilidades de tipo administrativo. Tampoco se estimó la existencia de fraude en la constitución fiduciaria de una Sociedad Anónima para rodear normas administrativas (Reglamento de Ordenación de transportes mecánicos por carretera de 1949) en la STS 19 junio 1992 (F.D. 8.º). La STS 14 octubre 1994 declaró la validez de la compra de acciones por medio de testafierro debido a la imposibilidad administrativa momentánea de hacerlo por sí. Por último, la STS 19 junio 1997 confirmó la reclamación de los fiduciantes contra los fiduciarios para obtener la propiedad de un piso que éstos adquirieron como «testafierros», respecto a unas viviendas de protección oficial «a la que [aquéllos] no podían optar, por tener otra de las mismas características ya en propiedad»; la Sala no considera fraudulento ni ineficaz el negocio. Cfr. STS 19 diciembre 1997 (Sala 3.ª, sobre el empleo de un titular fiduciario residente en Gibraltar, con fines de importación) y STS 31 diciembre 1997.

(125) En este sentido, vid. STSJ Navarra 22 enero 1994 que anula una fiducia de garantía otorgada, como quedó demostrado, con el único objeto de defraudar a otros acreedores.

(126) STS 22 diciembre 1988; vid. luego precisiones en apartado II.6.1.

(127) Artículo 9 de la Ley de usura de 23 julio 1908 (*Gaceta*, núm. 206, 24 julio 1908): «Lo dispuesto por esta ley se aplicará a toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualesquiera que sean la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido».

duciarios de garantía concertados abusivamente (128). Pero la consiguiente nulidad del negocio sólo tendrá lugar cuando se den los dos requisitos establecidos jurisprudencialmente al efecto: 1.º) Prueba cumplida de la situación económica angustiosa del deudor-fiduciante, que no le deja otra alternativa que concertar la garantía fiduciaria (129). 2.º) La desproporción económica que revela el carácter usurario del préstamo no se obtiene de comparar el importe de la deuda y el valor de la garantía, sino de contrastar la diferencia entre lo realmente recibido y lo que debe ser devuelto (130).

5. TIPOS: FIDUCIA *CUM AMICO* Y *CUM CREDITORE*; FIDUCIA-GESTIÓN, FIDUCIA-GARANTÍA Y FIDUCIA-LIBERALIDAD

El tratamiento indiferenciado del negocio fiduciario, como rúbrica única, sin distinguir entre sus dos modalidades clásicas, resulta antinatural, habida cuenta no sólo del diferente grado de confianza existente en cada una, sino del dispar *status* generado por la fiducia *cum creditore*, en que la situación fiduciaria se impone por el fiduciario y en su exclusivo beneficio, como acreedor, en relación con la fiducia *cum amico*, en la que el fiduciario actúa a la conveniencia del fiduciante (131) y en su interés. Distinguir ambos tipos no

(128) En este sentido, GÓMEZ GÁLLIGO, *op. cit.*, pág. 539; FELIU REY, *op. cit.*, pág. 137. También, en detalle, las interesantes reflexiones de SAPENA, *op. cit.*, págs. 207-210; y un estudio de la jurisprudencia que relaciona usura con venta en garantía en VIDAL MARTÍNEZ, *op. cit.*, págs. 213-216.

(129) Fue rechazada la alegación de usura, por falta de situación económica angustiosa, en los negocios fiduciarios de las SSTs 10 diciembre 1992 y 25 febrero 1988. En cambio, el juzgador apreció como probada la situación angustiosa que desembocó en una fiducia de garantía en la STS 5 julio 1982, que anuló el negocio. Otros remedios para conseguir la ineficacia del negocio, cuando éste se concluye ante una necesidad económica acuciante, son el expediente de la falta de consentimiento o la existencia de un negocio simulado, y no fiduciario, por no tener su base en la confianza, sino en la necesidad absoluta (STS 3 mayo 1955; cfr. la STS 14 diciembre 1965). La STS 30 junio 1998 subraya, ante una venta en garantía, que «para calificar de usurario determinado préstamo ha de atenderse al momento de la celebración del contrato y es la realidad socio-económica de entonces la que ha de contemplarse y no la actual» (1983, cuando había estabilidad de los intereses del dinero).

(130) STS 25 febrero 1988; ésta continúa argumentando que la finca sólo estaba cedida a efectos de garantía, sin plazo ni cláusula de comiso ni otra obligación que abonar una renta mensual no usuraria, permaneciendo los fiduciarios en su posesión y disfrute, con posibilidad de recobrar la titularidad formal. Igualmente, SAPENA (*op. cit.*, pág. 207 y sigs.), quien señala que el valor superior de la garantía sobre el préstamo puede ocurrir también en la hipoteca, prenda o anticresis, y que el cálculo del carácter usurario, de límite impreciso, conviene hacerlo cuando el acreedor se ha apropiado definitivamente del bien.

(131) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 408; ID., *El negocio fiduciario...*, cit., pág. 29. Le sigue VIDAL MARTÍNEZ, *op. cit.*, págs. 183-184. En la STSJ Navarra

obedece sólo a la sagacidad conceptual o al prurito terminológico, sino que presenta importantes consecuencias: acabamos de ver cómo los límites y la orientación del fraude son diferentes en ambos tipos de fiducia, como también lo son, para cada una, las figuras afines (132), las consecuencias registrales (133) y, sobre todo, como examinaremos a continuación, los efectos de la titularidad fiduciaria según sea su finalidad de garantía o de gestión. Es importante, por tanto, no generalizar, no hablar del negocio fiduciario en sentido unívoco, usualmente identificado con la fiducia *cum creditore*.

Como trasunto estas categorías tradicionales, existe una tipología moderna de los negocios fiduciarios que goza de notoria expansión en el ámbito comparado; se trata de la distinción entre «fiducia-gestión» (*fiducie-gestion*) y «fiducia-garantía» (*fiducie-sûreté*), además de la «fiducia-liberalidad» (*fiducie-libéralité*) (134). En la fiducia para fines de gestión o administración, fiducia de gestión o, simplemente, fiducia-gestión, el fiduciante transfiere al fiduciario la titularidad de los bienes con el único objeto de gestionarlos mejor, dadas las cualidades del fiduciario o la especial situación del fiduciante. Cuando la gestión sea en beneficio de un tercero al que se quiere beneficiar con dichos bienes, estaremos ante una fiducia-liberalidad (término que incluye la fiducia sucesoria y la fiducia de liberalidad *inter vivos*) (135), mientras que si la gestión es en propio interés del fiduciante nos encontraremos ante una fiducia-gestión por cuenta del fiduciante. En la «fiducia de garantía» (136) el fiduciante-deudor comunica la titularidad de los bienes o derechos al fiduciario, que asegura su crédito contra aquél en virtud de una sólida posición en relación con la cosa hasta que le sea satisfecho el débito.

1994 se remarca esta diferencia, con base en la dependencia más aguda del fiduciario hacia el fiduciante en la fiducia *cum amico* que en la fiducia *cum creditore*.

(132) Vid. *infra*, apartado II.7.

(133) Cfr. GÓMEZ GALLIGO, *op. cit.*, pág. 548.

(134) En detalle, ver la influyente obra de WITZ, C., *La fiducie en Droit privé français*, ed. Economica, París, 1981, pág. 54 y sigs. En Derecho alemán se distingue entre *Verwaltungstreuhand* y *Sicherungstreuhand*.

(135) Sobre la fiducia sucesoria y sus plasmaciones, CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria...*, cit., pág. 13 y sigs. y 197 y sigs.; y luego, apartado IV. La figura más eminente de la fiducia-liberalidad *inter vivos* es la donación fiduciaria; para la explicación de ésta, CÁMARA LAPUENTE, S., «Donación fiduciaria. Comentarios a la Ley 163 del Fuero Nuevo de Navarra», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díez Alabart, EDERSA, Madrid, 1998, tomo XXXVII, 1.º, págs. 51-75.

(136) Esta denominación emplea la Ley 466 del Fuero Nuevo de Navarra [al respecto, CÁMARA LAPUENTE, S., «La fiducia de garantía en Navarra», en *R. J. Navarra*, (XIV), julio-diciembre 1992, pág. 163 y sigs.]. La STS 22 diciembre 1988 propuso un giro terminológico —no demasiado secundado— en relación con la *fiducia cum creditore*, del siguiente tenor: «negocio de fiducia en garantía o negocio de garantía con fiducia».

La historia legislativa común de España ha conocido el reflejo normativo de intensas oleadas en el uso de la fiducia *cum amico* o fiducia-gestión. Así ha sucedido en situaciones de crisis social en que el derecho de propiedad quedaba vulnerado por expropiaciones fundadas en coyunturas políticas (137). El caso más paradigmático es el sucedido durante la persecución de los bienes de la Iglesia durante la etapa republicana; diversas normas trataron de reponer los bienes al *status* jurídico anterior a aquél en que la Iglesia, Ordenes y Congregaciones religiosas (Leyes de 11 de julio de 1941 y 1 de enero de 1942), y después también «cualesquiera persona natural» (Decreto Ley de 28 de junio de 1962) «hubieran apelado al efugio de valerse de personas interpuestas, hoy muertas o desaparecidas, haciendo radicar nominativamente en éstas la titularidad de su dominio, cuya disposición en realidad se reservaban», a fin de salvaguardar sus bienes de disposiciones persecutorias del poder público (art. 1 de la Ley de 1941). Estos preceptos legales tutelaron la reclamación del fiduciante contra los herederos del fiduciario y ampararon la rectificación registral de los asientos afectados, so pretexto de que esos bienes «no salieron nunca de su verdadero patrimonio», el del fiduciante (art. 3, Ley de 1941) (138).

6. EFECTOS DE LA TITULARIDAD FIDUCIARIA MODERNA

Es hora de examinar, separadamente, la diferente eficacia de la titularidad fiduciaria, según se trate de fiducia-gestión o de fiducia-garantía. En un esquema simple, podemos distinguir, primero, dos situaciones en la dinámica de la *fiducia-garantía*:

- Una situación de funcionamiento «normal», en la cual puede suceder:
1.º Que el fiduciante-deudor cumpla las obligaciones contraídas y garantizadas con la fiducia; en tal caso, el fiduciario le devolverá el bien o derecho (139), ejecutando el convenio fiduciario. Es lo que se ha

(137) Por ejemplo, para evitar expropiación de bienes de los exiliados durante la ocupación marxista de Barcelona se emplearon legados y herencias de confianza (cfr. STS 2 noviembre 1944). VALLET DE GORTISOLO (*Negocios en fraude...*, cit., págs. 208-209, núm. 13) narra interesantes supuestos concretos ocasionados por la desamortización del siglo XIX o por la postguerra.

(138) La STS 5 julio 1989 se refiere a esos avatares históricos y a un caso más reciente. Las consecuencias de la legislación apuntada pueden verse, más en detalle, en DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 414-416; *El negocio fiduciario...*, cit., págs. 35-37; GARRIGUES, *Negocios...*, cit., págs. 27-30.

(139) Imponen esa obligación las SSTs 10 julio 1957, 11 junio 1964, 14 diciembre 1965, 21 marzo 1969, 8 mayo 1972, 4 diciembre 1976, 2 junio 1982, 18 abril 1988, 22 diciembre 1988, 19 mayo 1989, 7 marzo 1990. La frase: el pacto obligacional «constriñe

dado en llamar el «derecho de rescate». 2.º) Que el fiduciante-deudor no cumpla en la forma o plazo estipulados; entonces el fiduciario-acreedor obtendrá la satisfacción de su garantía en la forma convenida, que puede ir desde la apropiación de la cosa (siempre que se respete la prohibición del pacto comisorio), hasta la venta del bien, pasando por un *ius retentionis* conminatorio. La resolución de este trance no es uniforme y dista mucho de ser pacífica, como vamos a ver.

- Una situación de funcionamiento «anormal», en la cual puede suceder: 1.º) Que el fiduciario, reclamado para la devolución por el fiduciante que ha cumplido su parte, se comporte deslealmente y adopte dos actitudes (140): *a*) Negarse a la restitución, que en todo caso deberá realizar, según se ha dicho (141); *b*) Haber enajenado los bienes confiados a terceros adquirentes, que gozarán de una protección diferente ante las pretensiones del fiduciante, según sean terceros hipotecarios o terceros civiles, con o sin buena fe. En cualquier caso, concurrentemente, el fiduciante posee un derecho a la indemnización de daños y

al comprador al uso del derecho adquiriendo en forma que no impida el rescate y consiguiente deber en otro caso de indemnización de daños y perjuicios», que obra en algunas sentencias (3 mayo 1976, 6 abril 1987), no debe ser entendida en el sentido de ser optativo para el fiduciario devolver o pagar la indemnización si no quiere hacerlo, ni significa tampoco, en el contexto de la moderna titularidad fiduciaria, que si da un uso desleal al bien, el *único* castigo sea una indemnización. El readquirente debe dejar indemne al acreedor, por lo que reintegrará no sólo el capital del préstamo y sus intereses, sino también cualesquiera otros gastos (sobre esta idea, SAPENA, *op. cit.*, págs. 197-199).

(140) Cfr. SSTs 5 mayo 1955, 14 marzo 1964, 3 mayo 1976, 6 abril 1987. Por otra parte, acaso podría sostenerse la responsabilidad criminal del fiduciario desleal por delito de apropiación indebida, según aparece configurado éste en el artículo 252 del nuevo Código Penal de 23 noviembre 1995 (así lo afirmaban, para la legalidad anterior, DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 417-418; le sigue VALLET DE GOYTISOLO, *Negocios en fraude*..., cit., pág. 219; también SOLÍS VILLA, I., «Negocio fiduciario y fideicomiso en España», en AA.VV., *El fideicomiso en México*..., cit., págs. 107-108); para que alguien cometa este delito es preciso que su título no sea transmisivo de la propiedad; por tanto, no se cumpliría el tipo penal si se entendiese que el negocio fiduciario se rige por la teoría del doble efecto. En consecuencia, mantener como norma general y no *ad casum*, la delictividad de la actuación desleal del fiduciario, cuando la propia naturaleza del negocio es controvertida y no delineada por preceptos legales, quizá pueda ser excesivo.

(141) Vid. nota penúltima. Cfr., también, Ley 466 F.N.N. Sólo el pago efectivo de la deuda o su consignación generan la obligación de devolución para el fiduciario, sin que baste el mero ofrecimiento de pago parcial en trámites de demanda (SSTS 10 julio 1957, 21 marzo 1969; cfr. STS 4 abril 1972), ni tenga relevancia el ofrecimiento extemporáneo de avales bancarios por el fiduciante incumplidor (STS 14 febrero 1996). Si en el pleito existe compromiso al fiduciante a devolver todo lo que adeuda o el que le restaba por reintegrar, el fallo incluirá tanto la condena al pago como el rescate del bien (SSTS 8 mayo 1979, 18 abril 1988). Cfr. STS 4 junio 1998 (que establece la obligación de devolver y desatiende —sin entrar al fondo— la subsistencia de garantías por otras deudas, no probadas).

perjuicios (142). 2.º) Que el fiduciante-deudor reclame el bien sin cumplir su obligación, alegando que el negocio fiduciario es simulado absolutamente, que no tiene causa, que no está permitido o con cualquier otro pretexto. Su pretensión no triunfará y subsistirá el derecho de retención del fiduciario hasta que se extinga la obligación (143). 3.º) Que se promuevan procedimientos de ejecución universal (quiebra, suspensión de pagos) o singular en los patrimonios del fiduciario o del fiduciante, truncando la estabilidad de la garantía fiduciaria.

En cuanto a la *fiducia-gestión*, la situación de funcionamiento «normal» tiene lugar con la cesión de la titularidad fiduciaria sobre el objeto en favor del fiduciario y su retransmisión al fiduciante una vez cumplidos los fines encomendados. El funcionamiento «anormal» devendrá cuando el fiduciario se niegue a devolver el objeto en el momento que se lo solicite el fiduciante (144) (cuando éste quiera, pues no hay obligaciones subyacentes y la base es la más absoluta confianza), o cuando lo emplee en unos fines ajenos a los ordenados (v. gr., en su propio beneficio, o enajenándolo a terceros en contra del destino de los bienes). También podrán plantear problemas las situaciones de quiebras.

Desglosemos los problemas más intrincados acto seguido.

6.1 *Fiducia-garantía*

a) La limitada eficacia real: consecuencias «inter partes» y frente a terceros. Incidencia del Registro

La principal consecuencia de la moderna titularidad fiduciaria es, como se viene insistiendo, la falta de transmisión de la propiedad plena al fiduciario. Este recibe tan sólo una titularidad formal o «dominio impropio» que proyecta una apariencia externa de propiedad y constituye su fuente de garantía. Entre las partes de la fiducia de garantía, el fiduciario no puede esgrimir su título como propiedad perfecta frente al fiduciante. En esta línea, el fiduciario ni si-

(142) Cfr. SSTs 3 mayo 1976 y 6 abril 1987; SAPENA, *op. cit.*, pág. 174.

(143) SSTs 21 marzo 1969, 2 junio 1982, 25 febrero 1988.

(144) Está obligado a ello: SSTs 9 diciembre 1981, 4 febrero 1994, 14 julio 1994, 14 octubre 1994, 5 julio 1996, 2 diciembre 1996, 18 marzo 1997, 24 marzo 1997, 24 noviembre 1997; también STSJ Navarra 23 octubre 1997. Junto a la devolución procederá, en muchos casos, otorgar una escritura pública para la retransmisión (SSTs 4 febrero 1994, 18 marzo 1997). En caso de incumplimiento del fiduciario, es, si cabe, más evidente la restitución (SSTs 30 octubre 1965, 4 febrero 1994). También los causahabientes del fiduciario están obligados a la devolución: STS 27 noviembre 1995. En el caso de la STS 4 diciembre 1976, el tribunal no obligó a devolver al presunto fiduciario y testafiero porque no se consiguió probar la existencia del pacto fiduciario.

quiera puede adquirir la propiedad por usucapión, pues le faltan los requisitos para ello (ni justo título suficiente, ni buena fe ni posesión en concepto de dueño) (145); tampoco podrá hacer suyos los frutos del objeto cedido en garantía (146), quedando a salvo, naturalmente, los eventuales pactos de los contratantes que, por lo demás, en ocasiones respetan la posesión y el disfrute del bien en favor de su propietario material, el fiduciante-deudor.

Como derechos primordiales de cada parte en esta *relación interna* destacan el derecho de recuperación o rescate del fiduciante y el derecho de retención del fiduciario. Cuando el deudor constituyente de la fiducia cumpla su obligación, tendrá derecho a reclamar por medio de una acción real, que normalmente será la acción reivindicatoria (147), los bienes confiados al fiduciario; dicha acción será real, y no personal, porque el fiduciante en ningún momento ha perdido la propiedad, y esto es una consecuencia más, en su aspecto negativo, de la limitada eficacia real de la *causa fiduciae*. Lo que ocurre es que a esta acción será oponible por vía de excepción un derecho de retención (*ius* o *titulus retentionis*) del objeto por parte del fiduciario, con base en un «poder y título bastante» (la titularidad fiduciaria) (148) para eximir de la restitución mientras el deudor no cumpla. Este derecho de retención se concibe por la jurisprudencia y la doctrina (149) como el baluarte

(145) Sobre esto, en detalle y con cita jurisprudencial, JORDANO BAREA, *Mandato...*, cit., págs. 1447-1450; también DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 434.

(146) La STS 30 enero 1991 sanciona que la titularidad formal no permite al fiduciario hacer suyos los frutos, que, a lo sumo, podría aplicar a la reducción de su crédito.

(147) Considerar como personal la acción del fiduciante (p. ej., STS 14 diciembre 1966; y PUIG BRUTAU, *Negocio fiduciario*, cit., pág. 208), supondría un resabio de la teoría del doble efecto, al presumir que el fundamento de la acción es el derecho de crédito creado por el pacto y no la propiedad conservada. La acción reivindicatoria es el cauce procesal adecuado cuando el fiduciario tiene la cosa en su poder, esto es, cuando tiene la posesión (vid. *infra* la importante STS 2 diciembre 1996, respecto a la fiducia *cum amico*). En cambio, es razonable pensar que si el fiduciante conservó la posesión de la cosa por medio de una suerte de constituto posesorio, la acción ejercitable para recobrar la titularidad absoluta es la acción declarativa de dominio (cfr., en otro orden de ideas, DE LOS MOZOS, *Negocio fiduciario*, cit., pág. 481). Acciones reales similares pueden verse en el artículo 11.3.d del Convenio de la Haya sobre *trusts*. La diferencia anterior conduce a distinguir qué es lo que recupera el fiduciante (o, desde el otro punto de vista, qué puede retener el fiduciario), pues no tiene un contenido unitario, sino que depende de los pactos constitutivos de la fiducia: si el fiduciante conservaba la posesión de la cosa y el fiduciario sólo tenía una titularidad registral, la devolución se constreñirá a realizar los actos precisos para recomponer la situación inicial (escrituras de cesión, cancelación de inscripciones y nuevos asientos, etc.); si el fiduciario detentaba también la posesión, la restitución alcanzará a ésta igualmente (vid. PÉREZ DE ONTIVEROS, *op. cit.*, pág. 64).

(148) SSTs 5 diciembre 1959, 21 marzo 1969, 2 junio 1982, 25 febrero 1988, 22 diciembre 1988, 7 marzo 1990, 30 enero 1991, 6 julio 1992.

(149) Suscriben la existencia de este *ius retentionis*, por ejemplo, DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 432 y 434; DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pág. 481; SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pág. 169; GÓMEZ GÁLLIGO, *op. cit.*, pág. 546. En contra, GETE-ALONSO,

más firme del fiduciario en la fase de seguridad de la garantía, tal y como es entendida hoy la titularidad del fiduciario.

Por otra parte, en el *aspecto exterior* de la titularidad fiduciaria, la apariencia de propiedad trae consigo el poder de disposición sobre la cosa, que, en realidad, no se corresponde con las facultades dispositivas de cualquier propietario, debido, una vez más, a la limitada eficacia real de la causa fiduciaria, que impide una disposición del bien ajena al fin de garantía convenido. Por eso, un conflicto jurídico significativo puede producirse en el caso de que el fiduciario enajene el bien a terceros que lo adquieran confiados en su titularidad formal (150). La respuesta moderna a esta situación suele cifrarse en que los terceros que contraten con el fiduciario no podrán ser perjudicados por confiar en la plena eficacia de la titularidad dominical que el fiduciante confirió al fiduciario, sin exteriorizar su limitada condición de fiduciario; así se deriva de la responsabilidad que incumbe al fiduciante por sus actos propios, y siempre que se trate de terceros de buena fe y a título oneroso (151). Cabe demandar de la jurisprudencia, sin embargo, una mayor definición de este principio. En particular, debido a la protección adicional que procura el sistema registral y al régimen disímil que introduce la distinta naturaleza de los bienes, bueno será hacer la siguiente distinción (152):

- a) Si el inmueble está inscrito en el Registro de la Propiedad a nombre del fiduciario, el artículo 34 LH protege al adquirente por negocio

Comentario a la Res. DGRN 5 junio 1991, cit., pág. 767 (cree que si ya es propietario no puede otorgársele un poder menor). Para un examen de la naturaleza jurídica polémica del derecho de retención del fiduciario, vid. distintas opiniones (admitiéndolo, en todo caso), en VIDAL MARTÍNEZ, *op. cit.*, pág. 223 y sigs.; PÉREZ DE ONTIVEROS, *op. cit.*, pág. 63; FELIU REY, *op. cit.*, pág. 123, núm. 252; FUENTESBECA, C., *El negocio...*, cit., pág. 220 y sigs.

(150) Acerca de posibles medidas cautelares para evitar una enajenación contravenidora, JORDANO BAREA, *Mandato...*, cit., pág. 1451.

(151) Así, DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 435; le sigue PÉREZ DE ONTIVEROS, *op. cit.*, pág. 65; también PUIG BRUTAU, *Negocio...*, pág. 208, que considera válidos esos actos. Parecidamente, FELIU REY, *op. cit.*, pág. 120; ALBALADEJO, *El negocio fiduciario...*, cit., pág. 675. En el mismo sentido, la STS 6 junio 1995 (que resolvió la adquisición del tercero porque conocía el pacto fiduciario y, por tanto, carecía de buena fe; de lo contrario, dice el TS, hubiera sido protegido). Parecidamente, la STS 12 febrero 1988 declaró que «los actos dispositivos que realice el fiduciario, aparente titular dominical, serán plenamente eficaces en favor de tercero de buena fe por título oneroso, que haya inscrito su adquisición, en virtud de la responsabilidad del fiduciante, al haber creado» la apariencia. Similar, la STSJ Cataluña de 2 julio 1990, con cita de otra jurisprudencia. La STS 18 abril 1988 declaró la nulidad del acto de aportación de unas fincas tenidas en fiducia de garantía, por parte del fiduciario a una Sociedad Anónima constituida por él y otras personas.

(152) Sigue un esquema parecido GETE-ALONSO, *Anotaciones a ENNECCERUS-NIPPERDEY, Tratado...*, cit., I-2.º, vol. 1, págs. 135-136, aunque sus resultados no son del todo idénticos.

jurídico válido, a título oneroso, de buena fe, que adquiera de quien aparece en el Registro como titular con facultad de disposición. El tercero que adquiere del titular fiduciario y registral tendrá una posición plenamente protegida, sobre todo si se tiene en cuenta que, normalmente, el convenio fiduciario, interno, oculto, no constará en la inscripción registral. Ahora bien, es legítimo sostener que carece de buena fe y, por tanto, de la tutela que proporciona el régimen registral, el tercer adquirente que conoce el carácter fiduciario de la titularidad de su transmitente por conocimientos extrarregistrales (153).

- b) Si el inmueble no está inscrito o no lo está a favor del fiduciario, éste podrá disponer a favor de tercero, pero no podrá transmitirle más derecho que el que él mismo tenía —*nemo dat plus...*—. En consecuencia, si este tercero (civil) adquirió a título oneroso y de buena fe, no podrá salir perjudicado con el negocio, como reza el principio, por lo que deberá resultar totalmente indemnizado por el fiduciario, ante la legítima reivindicación del bien por el fiduciante, que prosperará (154).
- c) Si se trata de un bien mueble, es posible la defensa de la posición del tercer adquirente *a non domino* (no lo es el fiduciario), cuando aquél cumpla los requisitos del artículo 464 del Código Civil; de forma que la reivindicación del fiduciante, excepcionalmente, no prosperará contra el adquirente *a non domino*, dada la apariencia que el fiduciante creó (no fue «privado ilegalmente» del bien); tendrá una acción de indemnización contra el fiduciario que contravino el acuerdo fiduciario. Pero, una vez más, si se prueba la ausencia de buena fe del tercero (por conocer la calidad fiduciaria de su transferente), la transmisión no será válida y el fiduciante recuperará el objeto (155).

Conviene hacer una precisión general sobre las relaciones entre la eficacia del Registro de la Propiedad y el negocio fiduciario. El artículo 2.3.º de la Ley Hipotecaria establece que son inscribibles «los actos y contratos en cuya virtud se adjudiquen a alguno bienes inmuebles o derechos reales, aunque sea con la obligación de transmitirlos a otro o de invertir su importe en objeto

(153) En este sentido, VIDAL MARTÍNEZ, *op. cit.*, págs. 227 y 230; y, especialmente, SAPENA TOMÁS, *op. cit.*, págs. 178-185.

(154) Vid. SAPENA, *op. cit.*, pág. 182 y sigs. En esta línea, STS 26 febrero 1990 (y vid. interesantes comentarios al respecto de MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., en *CCJC*, 23, 1990, marginal 598, págs. 485-506. Cfr. también, RODRÍGUEZ ADRADOS, *Escrituras, contraescrituras y terceros*, cit., pág. 229 y sigs.

(155) En contra, GETE-ALONSO, *loc. ult. cit.*, que estima que «el que la causa confiere a la propiedad haciéndola limitada temporalmente, si es conocido por el tercero, no tiene por qué perjudicarlo porque ha adquirido de aquél que era su propietario».

determinado». La doctrina española moderna ha fundado en este precepto la posibilidad de inscribir el negocio fiduciario. Es bien cierto que la titularidad del fiduciario tiene acceso al Registro (156) y se ajusta perfectamente a la titularidad formal de todo titular registral, dada su apariencia de propietario. Pero, en mi opinión, es incorrecto sostener que el negocio fiduciario entero, como complejo negocio unitario, incluido su aspecto interno (el convenio fiduciario que limita la titularidad externa), sea objeto de inscripción (157). Y no lo es, debido a la estructura de la fiducia, ya explicada, en la que hay un plano externo y otro interno, oculto; en el documento que se presenta a la calificación registral no constará la finalidad fiduciaria, pues, de lo contrario, o bien se tratará de un derecho real atípico distinto de la fiducia o si no, contendrá aspectos de carácter obligacional que impedirán su inscripción (158). El tenor literal del citado artículo 2.3.º LH, no supone objeción alguna a esta idea, puesto que, desde su origen (en 1861), tenía por fin primordial permitir la inscripción de herencias de confianza y fideicomisos de tipo romano, y, de ningún modo, fue redactado pensando en los negocios fiduciarios (159), aunque, a la postre, su faceta externa tenga cabida en la norma.

(156) A modo de ejemplo, cfr. como SSTs más significativas, las de 22 mayo 1956, 10 noviembre 1958, 12 febrero 1988, 30 enero 1991, y la Resolución DGRN 14 junio 1922. Naturalmente, una vez cumplidos los fines de la fiducia y destruida la titularidad fiduciaria, procede la cancelación de la inscripción y el cambio de titular registral para acomodar la realidad al Registro: SSTs 22 mayo 1956 y 18 marzo 1997.

(157) En el mismo sentido, ALBALADEJO, *El negocio fiduciario...*, cit., págs. 666 y 675; secunda su opinión FUENTESECA, C., *El negocio fiduciario...*, cit., pág. 197; del mismo parecer, LOBATO GARCÍA-MUÑOZ, M., *La reserva de dominio en la quiebra*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 357. A similares resultados, desde la óptica de la teoría del doble efecto llegan algunos autores, pero por diferente argumentación: en lugar de rechazar la inscripción del pacto fiduciario por su carácter oculto, la niegan en virtud de la imposibilidad de inscribir los derechos puramente personales u obligacionales (arts. 9 y 98 LH; y 7 y 9 del Reglamento); así, v. gr., GARRIGUES, *Negocios...*, cit., págs. 41-42; NAVARRO MARTORELL, *La propiedad fiduciaria*, cit., págs. 216-220. En cambio, algún autor (ROCA SASTRE, R. M., *Derecho hipotecario*, Bosch, Barcelona, 1948, II, pág. 227 y sigs.) ha sostenido que el negocio fiduciario ingresa en el Registro en todo su contenido, incluido el pacto fiduciario; cfr. GÓMEZ GÁLIGO, *op. cit.*, págs. 534 y 546; VALLET DE GOYTISOLO, *Negocios en fraude...*, cit., págs. 224-225.

(158) En este sentido, Res. 30 junio 1987 (que no admitió la inscripción de una venta en garantía en la que el fin fiduciario constaba en el único documento público que articulaba el negocio, alegando, entre otros interesantes argumentos que no podía reflejarse el complejo derecho real de garantía producido por falta de su extensión y naturaleza en la escritura, en virtud del principio de especialidad); cfr. también STS 7 mayo 1991 (que trafa causa del mismo negocio examinado en la citada resolución).

(159) Diversos argumentos evidencian esa afirmación, como las declaraciones de los redactores de la primera Ley Hipotecaria de 8 febrero 1861, las interpretaciones de los primeros comentaristas, el examen sistemático de otros preceptos legales y reglamentarios, etc.; creo haberlo demostrado cumplidamente en CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria secreta*, cit., págs. 873-892, a donde me remito. Ello explica la reacción de

b) Realización de la garantía y pacto comisorio

Acabamos de ver cómo durante la fase de seguridad o pendencia de la garantía fiduciaria la protección del acreedor se produce sobre todo mediante el derecho de retención. Pero la cuestión más importante en realidad en cuanto a la eficacia de la fiducia-garantía y su futura subsistencia en el ordenamiento jurídico se encuentra en explicar qué ocurrirá si llega la fase de realización o satisfacción de la garantía; es decir, ¿*quid* si el deudor fiduciante incumple sus obligaciones? ¿Podrá el acreedor fiduciario apropiarse definitivamente del objeto, habrá de recurrir a procedimientos ejecutivos similares a los de otras garantías reales, o carecerá de cualquier otra facultad distinta del *ius retentionis*? En verdad, de la respuesta a estos interrogantes depende el fomento o la erradicación de los negocios fiduciarios *cum creditore* como alternativa negocial útil.

El obstáculo más grave a la eficacia de la fiducia de garantía estriba en la prohibición del pacto comisorio. Este consiste en que el acreedor, ante el incumplimiento del deudor, se adjudica íntegramente la cosa en satisfacción de su crédito; y la incorpora a su patrimonio automáticamente o también la realiza mediante un procedimiento expresamente convenido por las partes, pero que no es el previsto por la ley (160) (por ejemplo, la venta privada, no pública, por el acreedor). En la actualidad, la doctrina dominante entiende que el pacto comisorio está proscrito con carácter general para todos los negocios de garantía, aunque la prohibición resida, con carácter expreso, exclusivamente, en el entorno de algunas garantías reales típicas (arts. 1.859 y 1.884 del Código Civil) (161); por tanto, esta prohibición se extiende también, de forma analógica, a la fiducia de garantía (162).

asombro de la doctrina española ante la presunta regulación registral de los negocios fiduciarios treinta años antes de que éstos fuesen desarrollados por los autores alemanes y con más de ochenta años de antelación a los primeros análisis y pronunciamientos españoles sobre la fiducia. También las adjudicaciones para pago tienen cabida en el artículo 2.3.º del Código Civil, tal como éste fue concebido desde sus orígenes (cfr., asimismo, art. 45 LH).

(160) BUSTOS PUECHE, J. E., «Teoría general sobre los derechos reales de garantía, con especial atención al pacto comisorio», en *ADC*, 1990, pág. 559.

(161) Acerca de la explicación histórica de estos artículos y sus diferencias, así como de las varias fundamentaciones de la interdicción del pacto comisorio, vid., por todos, FELIU REY, *La prohibición del pacto comisorio...*, cit., págs. 33 y sigs. y 66 y sigs., respectivamente.

(162) REGLERO CAMPOS, *Ejecución de las garantías...*, cit., págs. 425-6, 439, 441, 445; PÉREZ DE ONTIVEROS, *op. cit.*, pág. 61; SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, págs. 166-167; VIDAL MARTÍNEZ, *op. cit.*, pág. 201 y sigs. y 220 (con matices); BUSTOS PUECHE, *op. cit.*, pág. 569; FELIU REY, *op. cit.*, pág. 138; GÓMEZ GÁLLIGO, *op. cit.*, pág. 541 y sigs.; CARRASCO PERERA, A., «Comentario a la Res. DGRN 30 junio 1987», en *CCJC*, 1987, núm. 15, pág. 4933; ROCA TRÍAS, E., «Rasgos básicos de la regulación española en materia

Sin embargo, esta aplicación del veto al pacto comisorio no debe llevarnos a concluir la nulidad del entero negocio fiduciario, puesto que, y en esto existe acuerdo doctrinal, la nulidad del pacto no se extiende al contrato (163), en virtud del adagio *utile per inutile non vitiatur*. El problema es que la imposibilidad del comiso en la fiducia deja bastante desgarnecida la posición jurídica del fiduciario, sobre todo si se observa desde el punto de vista tradicional, que predomina en la conciencia de cualquier jurista, consistente en que «el prestamista fiduciario se encuentra con un respaldo de garantía de más enérgica y contundente eficacia que la que puedan proporcionarle la prenda y la hipoteca» (164). ¿En qué queda esta garantía si es nulo el pacto entre los contratantes de apropiación por el fiduciario si el fiduciante incumple?

Por ello, es necesario aplicar la prohibición del pacto comisorio, para no facilitar un cómodo expediente defraudatorio de un límite imperativo, pero conviene conceder al fiduciario mecanismos útiles en el momento de la satisfacción de su garantía, si no se quiere acabar con el recurso a las fiducias de garantía. ¿Cómo se puede conseguir este equilibrio? Por supuesto, a modo de premisa, si no existe pacto de carácter comisorio, el fiduciario nunca podrá apropiarse de la cosa; es decir, no cabe entender implícito el pacto en toda fiducia-garantía. Si dicho pacto existe, las soluciones serán distintas, a mi entender, dependiendo de que exista desproporción o no entre la deuda y el objeto dado en garantía, es decir, dependiendo de que sea un pacto comisorio puro o bien un pacto marciano.

— En el primer caso, ¿cabría la apropiación directa por el fiduciario si el valor de la garantía es desproporcionadamente superior? Dos haces de respuestas han sido ofrecidos:

de negocios de garantía», en AA.VV., *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Civitas, Madrid, 1996, I, pág. 160; DURÁN RIVACOBA, *La prohibición del pacto comisorio...*, cit., pág. 84; *La propiedad en garantía*, cit., pág. 168 y sigs. Sobre todo, en este sentido, pionera y argumentada fue la Res. DGRN 10 junio 1986. En cambio, cfr., en contra, la crítica (REGLERO, *op. cit.*, págs. 421-422; GÓMEZ GÁLLIGO, *op. cit.*, pág. 543), STSJ Cataluña 31 octubre 1991, que afirmó que «no existe en nuestra legislación común una prohibición general del pacto comisorio, pues aunque el artículo 1.859 del Código Civil previene que el acreedor no puede apropiarse de las cosas hipotecadas, otros —verbigracia el 1.504— parecen admitirlos». Según GETE-ALONSO (*Anotaciones a ENNECERUS-NIPPERDEY*, cit., I, 2, 1.º, pág. 137; aunque con posterioridad ha suavizado su postura: *Comentario a la Res. DGRN 5 junio 1991*, cit., pág. 768), «es éste el único punto que puede hacernos pensar en la no admisión del negocio fiduciario con garantía, en nuestro sistema; dado el supuesto de que supondría una violación de la prohibición del pacto comisorio, lo que haría al negocio con causa ilícita».

(163) STS 13 marzo 1995; vid. *infra*.

(164) SOTO NIETO, *op. cit.*, pág. 531, quien insiste (pág. 542) en las ventajas de la satisfacción del crédito y en que, de forma previa, «el *tradens* se ha desprendido de la titularidad de la cosa, bloqueándola de tal modo a favor del *accipiens* que ya no le es posible servirse de ella para garantía de otros acreedores».

1.º) Partiendo de una concepción clásica de la fiducia, tributaria de su diseño romano, se ha sostenido la licitud de esa apropiación o consolidación del dominio del acreedor fiduciario (165). Así parecía permitirse en el Derecho romano clásico (166), así lo admite una importante línea jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo (167), y así, incluso legislativamente, resulta del tenor literal de la Ley 466 del Fuero Nuevo de Navarra (168). Algún autor, con el fin de ofrecer alguna protección al deudor-fiduciante, dotar de publicidad suficiente al definitivo trapaso dominical y evitar el automatismo de la *lex comisoria* pura, ha sugerido la necesidad de un requerimiento (notarial o judicial) de pago, que haga insuficiente la voluntad unilateral del

(165) LADARIA CALDENTEY, *op. cit.*, pág. 58, núm. 59, que estima que el efecto natural de la fiducia es conservar la cosa definitivamente o proceder a su venta y alega en su favor abundante doctrina romanista, en especial, BURDESE, A., *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino, 1949, págs. 9-10.

(166) No existe, sin embargo, acuerdo en la doctrina romanista acerca de que la fiducia llevase aparejada, de suyo, siempre y como efecto natural, una *lex commissoria*, aunque la mayoría se pronuncia, con precauciones, debido a la escasez de fuentes, en sentido negativo (FUENTESECA, P., *Líneas...*, cit, págs. 433-435; FUENTESECA, C., *El negocio...*, cit., págs. 31, 49-52 y 56-58; BISCARDI, A., «La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali», en *Studi Betti*, II, 1962, págs. 575-589; D'ORS, *Epigraffa...*, cit., pág. 444; *Derecho privado...*, 8.ª ed., § 464, pág. 521). Esto no empece a reconocer la validez de establecer en el Derecho romano clásico (hasta Constantino) bien un pacto comisorio o un pacto de vender en caso de incumplimiento, ambos válidos (vid. mismos autores).

(167) SSTs 20 enero 1966, 20 mayo 1986, 6 abril 1987, 7 marzo 1990, 6 julio 1992, 21 julio 1992 y 30 junio 1998. En estas sentencias, el supuesto de hecho, las pretensiones de los recurrentes y el fallo conducen a la admisión del pacto comisorio en la fiducia de garantía. Así, por ejemplo, en la STS 20 enero 1966, ante el incumplimiento del deudor, el acreedor se quedó con la cosa, previa notificación notarial al deudor, aunque el Tribunal calificó la fiducia como una compraventa con condición suspensiva. En el FD 2.º de la STS 21 julio 1992 se señala, *a contrario*, que el fiduciario no necesita acudir a la pública subasta, pues puede, simplemente quedarse con la propiedad si hubo incumplimiento. Las manifestaciones directas, más contundentes sobre este punto, son realizadas en la STS 7 marzo 1990: «si el cumplimiento no llega a producirse dentro del plazo para ello estipulado expresamente, consolidará [el fiduciario] el pleno dominio en su favor, siempre que no existan otros obstáculos, al margen del propio negocio fiduciario, que impidan al contrato, a través del cual aquél fue instrumentado, desplegar la referida virtualidad transmisiva del dominio»; y en la STS 6 julio 1992, en la que se concluye que pasado el plazo de la opción de compra en garantía, el fiduciario adquiere la propiedad pues la transferencia corre «las eventualidades de lo que acontezca sobre la obligación principal garantizada». Por último, la STS 30 junio 1998 declara que la venta en garantía «produce sus efectos de forma limitada durante el tiempo de vigencia de la obligación garantizada, ya que los adquirentes quedaban obligados a retroverder si sus enajenantes cumplían con los pagos acordados y hacían uso del retracto convencional acordado, y de no ser así, como en este caso ha sucedido, es cuando se produce la consolidación del pleno dominio a favor de los recurridos de la vivienda adquirida en la escritura de 4-11-83. Se trata de un negocio plenamente válido y eficaz...»

(168) Ley 466 F.N. *in fine*: «si así se hubiere pactado, podrá el acreedor, en caso de mora del deudor, adquirir irrevocablemente la propiedad de la cosa o la titularidad del derecho, y quedará extinguida la obligación garantizada». Cfr. leyes 477 y 486.

acreedor y propicie la confluencia con la voluntad del deudor, que declare expresa o tácitamente no querer o no poder pagar, o al menos, pruebe su falta de oposición a la transmisión (169). Se trata, en definitiva, de una modulación, atemperada, de la misma tesis.

2.º) Pero esta tesis de la apropiación por el fiduciario encuentra la barrera infranqueable de la vigente prohibición del pacto comisorio, si, como suele entenderse hoy en día, afecta a todo tipo de garantías reales. La apropiación no sería posible, tanto por aplicación directa y analógica de la prohibición a la fiducia, según la mayoría de la doctrina científica y de la Dirección General de los Registros y del Notariado (170) y, asimismo, una corriente jurisprudencial (171), como por aplicación indirecta del veto, a través de las ideas del

(169) SAPENA TOMÁS, *op. cit.*, pág. 199 y sigs. y, sobre todo, págs. 204-206, detallando las formas de ese requerimiento y su apoyo legal y consuetudinario. También se ha sugerido (SOTO NIETO, *op. cit.*, pág. 546 y núm. 54) que si el dominio ha de tornarse irrevocable y encuentra oposición del prestatario incumplidor, tras la interpelación, precisará una declaración judicial definidora, en la cual el juez podrá atender a la nivelación patrimonial justa, de forma que si la cosa vale más que el préstamo, el acreedor podrá quedarse con la cosa abonando la diferencia al fiduciante, según indique la resolución judicial. Esta solución coincide prácticamente con el válido mecanismo del pacto marcialino, examinado *infra*.

(170) La posición de la DGRN es muy firme: Resoluciones de 10 junio 1986, 30 junio 1987, 29 septiembre 1987 y 5 junio 1991. Pese a las importantes declaraciones en el sentido la prohibición del pacto comisorio también para la fiducia que hacen las Res. de 30 junio 1987 y 5 junio 1991, cabe dudar que los negocios que se presentaban a calificación en ellas fuesen auténticos negocios fiduciarios, dado que el complejo negocio, con todos sus pactos, se presentaba en un documento público único, lo que produjo problemas de calificación para el Registrador y la Dirección General en ambos supuestos, y la denegación de acceso al Registro en el primer caso (FD 4.º), por tratarse de una garantía atípica sin naturaleza precisa y no servir para transmitir la propiedad. En la citada Res. de 30 junio 1987, se subraya que «la misma esencia de la garantía le priva de virtualidad suficiente para justificar una transmisión definitiva del dominio pleno; a lo sumo podría fundar una transmisión eventual a consolidar en caso de incumplimiento, pero tal hipótesis choca frontalmente con la prohibición legal del pacto comisorio proclamada, entre otros, en los artículos 1.859 y 1.884 del Código Civil». Ya en la Res. DGRN 10 junio 1986, tras repasar la historia y amplitud de la prohibición, se concluía, en el considerando 4.º, que «no cabe argüir en favor del pacto comisorio la admisión jurisprudencial de supuestos de *fiducia cum creditore pignoris jure*, pues, según la mejor doctrina, si la causa de la transmisión es la garantía, el adquirente, cualquiera que sea la vestidura externa del negocio, tendrá sobre la cosa sólo facultades de garantía entre las que no puede estar (...) la de apropiación por falta de cumplimiento de la obligación». Respecto a la doctrina científica, véase la citada en una nota anterior.

(171) Principalmente, la STS 22 diciembre 1988, que rechazó en su FD 18.ª, la aplicación al caso de la *lex commissoria*, señalando que «este repudio obedece a la consideración de que en aquellos casos en que, como el aquí contemplado, la causa eficiente de la garantía consistente en la transmisión de la propiedad fue el préstamo, la aceptación de estos pactos no es aconsejable: a) Porque si bien es innegable que la doctrina de esta Sala los tiene admitidos para ciertos supuestos, ello no tiene un carácter general en cuanto que en otros los rechaza; b) Porque en el Código Civil existe una

fraude (172), la simulación, la usura, el enriquecimiento injusto, etc. La consecuencia de aplicar la prohibición es que, para satisfacer su crédito, el fiduciario-acreedor debe acudir a los procedimientos propios de la hipoteca o la prenda, es decir, a la venta en pública subasta judicial o notarial (173), en los cuales se garantiza la publicidad y el retorno del dinero sobrante, tras cubrir el débito, al deudor. En definitiva, la garantía del fiduciario, en fase de eje-

concreta prohibición de los mismos para los contratos de garantía a que el artículo 1.859 se refiere (hipoteca y prenda); c) Porque aun cuando algún sector de la doctrina científica no lo admita, lo cierto es que la más generalizada posición acepta que la prohibición contenida en dicho precepto pueda extenderse a otros supuestos, lo cual no rechaza la jurisprudencia de esta Sala», por aplicación analógica. En la STS 13 marzo 1995 se solicitaba la nulidad de un negocio fiduciario por existencia de una «ilícita cláusula comisorio», lo cual no concedió el TS, porque, además de estar admitida la fiducia-garantía, «a lo más que pudiera llegarse, en casos como el presente, si se entiende que lo dispuesto en los artículos 1.859 y 1.984 [sic] es extensible a la fiducia *cum creditore* sería a la anulación del pacto comisorio que, en estos términos, no se ha solicitado, por lo que razones de congruencia imposibilitan declararla». Por su parte, la STS 19 mayo 1982, sin hacer referencia a la prohibición del pacto comisorio, declaró que la fiduciaria «no puede obtener más que la devolución íntegra de la cantidad reconocidamente adeudada, sin que pueda accederse a la solicitada incorporación a su patrimonio, por modo definitivo, del derecho de propiedad sobre la finca objeto de compraventa, ya que no fue este efecto la finalidad perseguida, sino que se quiso sólo el garantizar la efectividad de la devolución de la cantidad (...)». Aunque no se pronuncian en los términos de las tres sentencias anteriores, son de interés: la STS 30 enero 1991, en la cual, aunque a nivel teórico el TS sostenga que el fiduciario sólo puede obtener una devolución de lo garantizado, a nivel práctico, la consecuencia práctica del fallo es la facultad de enajenar del fiduciario para cobrarse (FD 4.º y 6.º); y la STS 10 diciembre 1992, que indica que en el negocio sólo hay un préstamo a devolver y, por lo tanto, no «puede convertirse en un derecho real *quasi* de hipoteca en cuya virtud se sujeten los locales al cumplimiento de la obligación (el préstamo) que garantizan». De sumo interés también, la STS 14 febrero 1996, intermedia (vid. *infra*). Y, por último, estima que la prohibición «es aplicable a toda garantía, dadas las razones de moralidad e interés general en que se asienta», prohibición que incluye la fiducia *cum creditore*, la STS 13 mayo 1998.

(172) V. gr., PUIG BRUTAU, J., en sus anotaciones a G. BOEHMER, *El derecho a través de la jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 1959, págs. 373-375: los acreedores podrán impugnar por fraude la adquisición del *superfluum* por parte del adquirente de la garantía.

(173) Cfr. artículos 1.858 y 1.872 del Código Civil (prenda) y 1.429 y sigs. LEC. Además de los autores citados antes (nota 161) respecto a la extensión de la prohibición del comiso a la fiducia, preconizan también la misma posición que un acreedor prendario o hipotecario para el fiduciario en fase de realización JORDANO BAREA, *Naturaleza, estructura...*, cit., pág. 831; ID., *El negocio fiduciario*, cit., págs. 141 y 144; PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, 2.ª ed., cit., II, 1, pág. 515; LACRUZ-RAMS, *Elementos...*, 3.ª ed., cit., II, 1, pág. 476; GONZÁLEZ MENESES, *op. cit.*, pág. 431; FUENTESECA, C., *El negocio...*, cit., págs. 224-225 (que describe el *iter* procesal); cfr. también REGLERO, *op. cit.*, págs. 449-450. Contra la doctrina dominante, pone objeciones a la existencia de *ius distrahendi* del fiduciario, por suponer creación de créditos preferentes *extra legem* FELIU REY (*op. cit.*, págs. 124-126 y, en especial, núm. 255), que entiende que el derecho de retención es el único contenido de la garantía del fiduciario; con similar orientación, ROCA TRÍAS, *op. cit.*, pág. 161.

cución, se concretaría en su facultad de vender el objeto por los cauces legales para las demás garantías y resarcirse con el precio de la venta hasta el importe de su crédito.

— En cambio, en el caso de que el valor de la garantía sea proporcionado y equivalente a la deuda, el fiduciario podría obtener la propiedad del bien ante el incumplimiento del deudor, si así se pactó y se fijaron plazos, puesto que se trataría de un pacto marciano, generalmente admitido, y también para los negocios fiduciarios (174). El único límite es que debe existir un procedimiento objetivo de valoración de la cosa (175), para evitar la desprotección total del deudor.

Como se ha podido comprobar, en la relación entre pacto comisorio y fiducia, al Tribunal Supremo le corresponde un papel importante en los años venideros, que le urge arrostrar, teniendo en cuenta que no sigue una línea uniforme, más bien inclinada aún a permitir el comiso en la fiducia de garantía, en contra de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (176). Recientemente, es de apreciar la prudencia del juzgador en la STS de 14 de febrero de 1996: ante el incumplimiento del deudor, el acreedor fiduciario solicitó judicialmente «una declaración firme, eficaz, definitiva y vinculante de la propiedad», conforme a los derechos cedidos en escritura pública; la sentencia no reconoció la apropiación definitiva, sino que declaró que se cumpliera (con elevación a escritura pública) lo estipulado en el documento privado que contenía el acuerdo fiduciario, en el cual se prevenía la venta de los apartamentos dados en fiducia en caso de incumplimiento

(174) Expresamente, FELIU REY, *op. cit.*, págs. 90-92; BOUZA VIDAL, N., *Las garantías mobiliarias en el comercio internacional*, Marcial Pons, Madrid, 1991, pág. 75 (el fiduciario debe abonar al fiduciante «una suma igual a la diferencia entre el valor del bien, calculado de forma objetiva, y la cuantía del débito impagado»); CARAMÉS PUENTES, J. C., «Algunas garantías inmobiliarias atípicas o indirectas», en *Estudios de Deusto. Revista de la Universidad de Deusto*, enero-junio 1981, pág. 143; GETE-ALONSO, *Comentarios a la Res. DGRN 5 junio 1991*, cit., pág. 768. También defienden su admisión en general, VIDAL MARTÍNEZ, *op. cit.*, pág. 205; REGLERO CAMPOS, *op. cit.*, págs. 430-432 (válidos los pactos en que exista conmutatividad, justiprecio); cfr. DURÁN RIVACOBÁ, *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*, Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 71-72 y 75-76 y sigs. Para más bibliografía sobre el pacto marciano, consultar las obras citadas.

(175) Sobre las modalidades de procedimientos objetivos y su crítica, vid. GÓMEZ GÁLIGO, *op. cit.*, págs. 544-545; BUSTOS PUECHE, *op. cit.*, págs. 564-566, quienes ponen en duda la viabilidad del pacto. A favor del mismo y de la valoración objetiva, en detalle, FELIU REY, págs. 77-88 y, en especial, pág. 79.

(176) Sobre las posibles causas de esta divergencia entre el TS y la DGRN, GETE-ALONSO, *Comentario a la Res. DGRN 5 junio 1991*, cit., págs. 764-765; FELIU REY, *op. cit.*, págs. 137-138. Para un examen pormenorizado de la jurisprudencia, DURÁN RIVACOBÁ, R., «La prohibición del pacto comisorio en la jurisprudencia», en *Estudios sobre ejecución universal*, Oviedo, 1997, págs. 15-196; *La propiedad en garantía...*, cit., en especial, pág. 168 y sigs.

y se contenían las necesarias previsiones para la aplicación de la cantidad que el fiduciario pudiera obtener con la venta (177).

c) Procedimientos ejecutivos de terceros acreedores contra fiduciario o fiduciante

El análisis realizado hasta ahora, que acaba de contemplar los efectos *inter partes* del incumplimiento del deudor fiduciante, no estaría completo sin tener en cuenta las incidencias que la aparición de otros acreedores del fiduciante o del propio fiduciario puede ocasionar respecto al contrato fiduciario y a los derechos de los contratantes y, en concreto, los derechos preferentes sobre la cosa fiduciada que puedan tener éstos en relación con dichos terceros acreedores. Ha sido éste uno de los temas más conflictivos y, en concreto, la quiebra del fiduciario o del fiduciante, ha sido considerada como «una preciosa piedra de toque para calibrar la eficacia de las diversas fórmulas definidoras de dicha relación» (178). En la actualidad puede considerarse el problema resuelto satisfactoria y concordemente desde la configuración de la moderna titularidad fiduciaria (179).

Los problemas que ocasionaba la teoría del doble efecto en este punto radicaban en el traspaso de la propiedad al fiduciario, pues, en consecuencia, el fiduciante sería un acreedor más del fiduciario quebrado, sin derecho real ni de separación sobre el bien fiduciado, sino sólo con un derecho de crédito tratado igual que el de cualquier otro acreedor (*par conditio credito-*

(177) De interés, en esta línea (aunque con resultados contradictorios) el matiz que resalta la STS 13 mayo 1998, al afirmar que «en la transmisión de la propiedad con fines de garantía, *ante la falta de todo convenio entre las partes sobre la realización de los bienes*, ni el acreedor puede apropiárselos porque incurriría en la prohibición del pacto comisorio (...), ni puede determinar el procedimiento de realización forzosa de su crédito: ha de hacerlo acudiendo a las normas de procedimiento legalmente establecidas, que son de *ius cogens* y de interés público (...)». La Sala del TS imputa al fiduciario-acreedor haber procedido «con notoria precipitación y torpeza, pues no ha convenido con el deudor el modo y manera de proceder contra los bienes, caso de incumplimiento de la obligación garantizada (...). Arrogándose el poder de ejecutar, por sí y ante sí, se ha acogido al artículo 1.872 del Código Civil y ha subastado notarialmente el inmueble y las joyas transmitidas en garantía (...) y es que el precepto citado, en el que trata de amparar su conducta, está dictado sólo y exclusivamente para la realización de un derecho real de prenda» (*cursiva mía*).

(178) NAVARRO MARTORELL, *La propiedad fiduciaria*, cit., pág. 275.

(179) Los estudios más detallados sobre el tema son los de DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 409-414; DE ANGEL, *op. cit.*, en especial, págs. 56-67; y, muy recientemente, LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M., *La reserva de dominio en la quiebra*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 341-458. Desde un punto de vista comparado (italiano, alemán e inglés), es de provecho la clásica monografía de JAEGER, P. G., *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Giuffrè, Milano, 1968.

rum) (180). La cesión de una titularidad fiduciaria, en lugar de un traspaso dominical, invierte las soluciones que, en síntesis, pueden exponerse de la siguiente forma, según se trate de procedimientos de ejecución universal (quiebra, como paradigma; concurso; suspensión de pagos) o de ejecución singular (embargo):

— En la *ejecución universal por deudas del fiduciario*, al fiduciante, como auténtico propietario que es, le asiste el derecho de separación del bien de la masa del quebrado o concursado (181). En consecuencia, podrá recuperar o rescatar el bien objeto de la fiducia-garantía, pero a condición de pagar la deuda debida (o lo que restase) al fiduciario quebrado (182), en definitiva, a la masa de la quiebra, como subrogada suya; pues de lo contrario se dejaría ineficaz el negocio fiduciario, con incumplimiento de la obligación del fiduciante, y se defraudarían los derechos de los acreedores del fiduciario, el cual contaba con ese crédito contra el fiduciante en su activo patrimonial.

El fundamento legal para esta solución se ha encontrado en el artículo 908 del Código de Comercio, que establece que los «bienes que existan en la masa de la quiebra, cuya propiedad no se hubiere transferido al quebrado por un título legal e irrevocable, se considerarán de dominio ajeno y se

(180) ASÍ, NAVARRO MARTORELL, *La propiedad fiduciaria*, cit., pág. 278. Aunque, ante el tenor del artículo 908 del Código de Comercio y buscando la equidad, a costa de romper la lógica de la construcción, se postuló por sus mismos defensores el derecho de separación del fiduciante, con base en el enriquecimiento injusto de la masa de la quiebra o la frustración del fin fiduciario si se incluían los bienes en la masa de la quiebra del fiduciario (cfr., con distintos matices, JORDANO, *El negocio...*, cit., págs. 146-155, sobre todo, pág. 152 y sigs.; GARRIGUES, *Negocios...*, cit., pág. 85; NÚÑEZ LAGOS, R., «Mandatario sin poder», en *RDP* [XXX], 1946, págs. 625-626; cfr. HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pág. 696). En cuanto a la quiebra del fiduciante, según el doble efecto, el fiduciario, como propietario, sí tendría derecho de separación de la *res sub fiducia*, aunque la masa de la quiebra, como subrogado personal del fiduciante, tendría los mismos derechos personales que éste contra el fiduciario por el pacto interno.

(181) DE CASTRO, *op. ult. cit.*, pág. 410 y sigs.; DE ANGEL, *op. cit.*, págs. 57-58; JORDANO, *Mandato...*, cit., págs. 1450-1452 (con examen detenido del Código de Comercio); GÓMEZ GÁLLIGO, *op. cit.*, pág. 546; SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pág. 174; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «El derecho de separación en la quiebra», en AA.VV., *Tratado de las garantías en la contratación mercantil*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 285-286, etc.

(182) VIDAL MARTÍNEZ, *op. cit.*, págs. 232-233, quien trae en apoyo de esta idea la STS 19 mayo 1989 (relativa a otra garantía, la reserva de dominio); también, LOBATO GARCÍA-MUÑOZ, *op. cit.*, págs. 349 y 357. En línea similar, la STS 22 diciembre 1988 en la que, ante la suspensión de pagos del fiduciario, el comité liquidador solicitó la adquisición plena de la propiedad, a lo que el TS contestó afirmando que el fiduciario no tenía titularidad dominical sobre el bien, sino que «ostenta como garantías, además del *ius distrahendi*, un derecho de preferencia para el cobro de su capital, sin olvidar el derecho a ejercitar judicialmente las oportunas acciones para exigir el cumplimiento del débito». Es decir, por el hecho de quedar incurso en un procedimiento concursal, el fiduciario no pierde su crédito de cobro preferente sobre la cosa, aunque el bien, lo mismo que no le pertenecía, no pertenece a la nueva configuración de su patrimonio en quiebra o concurso, en relación con sus propios acreedores.

pondrán a disposición de *sus legítimos dueños*, previo el reconocimiento de su derecho en Junta de acreedores o en sentencia firme; reteniendo la masa los derechos que en dichos bienes pudieren corresponder al quebrado, en cuyo lugar quedará sustituida aquélla» (183).

Por otra parte, en la quiebra del fiduciario serán preferidos, en relación con el bien fiduciado, los acreedores del fiduciante, antes que los acreedores del propio quebrado, pues si el fiduciante puede retirar su bien ante la quiebra del fiduciario, también podrán hacerlo los acreedores de aquél en virtud de una acción subrogatoria (art. 1.111 del Código Civil) (184).

— En la *ejecución universal por deudas del fiduciante*, en cambio, no existe derecho de separación para el fiduciario (que no es propietario) y, por tanto, no podrá reivindicar el bien; pero la doctrina y la jurisprudencia reconocen un derecho preferente de cobro para el fiduciario, es decir, un crédito privilegiado respecto al resto de los acreedores del fiduciante en lo que afecta al objeto de la fiducia (185). El resultado es que en fase de reconocimiento

(183) El artículo 909 enumera una serie de supuestos de aplicación de ese *ius separationis ex iure dominii*, entre los que no figura expresamente la fiducia de garantía, pero cabe incluirla en el principio general; la fiducia-gestión es fácilmente incardinable, dentro de este precepto, entre los bienes que el quebrado tuviese «en depósito o administración» o en «comisión de compra o de venta». Suele citarse como antecedente lejano de estas normas las Ordenanzas de Bilbao de 1737, en las que se disponía (17, 28) la entrega de las cosas «recibidas por el fallido en comisión o depósito confidencial» a quienes «legítimamente pertenecieren» (vid. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 410).

(184) LOBATO GARCÍA-MUÑOZ, *op. cit.*, pág. 350, con mayor argumentación; puede verse ahí también (págs. 350-352) la cuestión de la prevalencia del fiduciante sobre los acreedores del fiduciario quebrado en el caso de una cuenta indistinta a nombre de fiduciario y fiduciante; y la dudosa alegación del fiduciante de subrogación real respecto a los bienes que sustituyeron a los fiduciados en el patrimonio del fiduciario.

(185) Así, sobre todo, las SSTs 19 mayo 1982, 7 mayo 1991 y, también, 10 marzo 1944 (vid. comentario de HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, en especial, pág. 697). En la STS 19 mayo 1982, los síndicos de la quiebra sostuvieron que el fiduciante, quebrado, tenía la propiedad de la cosa, pese a la titularidad registral del fiduciario; el TS reconoció el derecho de los síndicos a recobrar la finca, previo pago de lo adeudado por el fiduciante, pues frente a otros acreedores de éste, la limitada eficacia real de la venta en garantía se revela «a la manera de un crédito privilegiado que gozará de preferencia para hacer efectiva sobre la finca aquella parte del capital del mutuo que restaba por devolver». También la STS 7 mayo 1991 realizó idéntica declaración, en un supuesto de embargo por deudas del fiduciante (vid. *infra*). La STS 10 marzo 1944 permitió el rescate del bien por la masa de acreedores del fiduciante quebrado, que se había reservado ese derecho, de forma que «le sustituye así en el ejercicio de sus derechos de contenido económico, como en el cumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza». Y cfr., la antes citada STS 22 diciembre 1988. En contra del privilegio crediticio se pronuncian las SSTs 10 diciembre 1992 (la fiducia no es una «cuasi-hipoteca») y 5 julio 1982 (cuyo alcance es muy relativizable, porque existía usura en la fiducia, por lo cual el TS decretó, ante la suspensión de pagos del fiduciante, que el bien volviese a su patrimonio y que el fiduciario tuviese un crédito ordinario por el principal, sin los intereses, sin ningún tipo de privilegios). En la doctrina, favorables a la existencia de ese crédito preferente o privi-

y graduación de los créditos en el concurso o quiebra, se reconocerá su derecho preferente (186), y el fiduciario estará obligado a devolver el bien a la masa de la quiebra del fiduciante, siempre que ésta le satisfaga previamente el pago de la deuda de dicho fiduciante (187).

Igual que en el caso de quiebra del fiduciario, así queda salvaguardado el equilibrio de las prestaciones y el respeto a las relaciones internas pactadas por las partes. No es posible conceder a las masas más derechos que el que tenían los quebrados. Pero el problema de la solución en el caso de quiebra del fiduciante, que no ha pasado desapercibido a los autores, estriba en que el privilegio crediticio del fiduciario no se encuentra tipificado legalmente y su admisión presupone reconocer a los particulares la facultad de derogar el principio de la *par conditio creditorum* y la regla de que no existe privilegio sin ley, pues hay un orden legal de prelación de créditos privilegiados (188). Para salvar este escollo, parece que la única vía, aparte de la eventual definición legal del privilegio o un sistema de publicidad *ad hoc*, consiste en la equiparación, a efectos concursales, del fiduciario a un acreedor prendario (cfr. art. 1.922, 2.º del Código Civil) o hipotecario (cfr. art. 1.923, 3.º del Código Civil), si la transmisión fiduciaria se acompañó de publicidad y aviso suficiente hacia terceros, mediante entrega de la cosa, escritura pública o inscripción registral, según los casos (189).

— En los casos de *ejecución singular por deudas del fiduciante*, la solución es similar: será posible la anotación de embargo, pero el fiduciario podrá ejercitar su derecho preferente a través de una tercería de mejor derecho (art. 1.536 LEC), pero no podrá interponer una tercería de dominio, por la simple razón de que no es dueño (190).

legiado, DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 409 y sigs.; DE ANGEL, *op. cit.*, pág. 59 y sigs.; BOUZA VIDAL, *op. cit.*, págs. 76-77; SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pág. 175; LOBATO GARCÍA-MUJÁN, *op. cit.*, pág. 353 y sigs.

(186) Artículos 1.250-1.277 LEC (en especial, art. 1.269), para el concurso, y artículos 1.378-1.380 LEC y 908-919 CCom. para la quiebra; vid. DE ANGEL, *op. cit.*, págs. 57 y 65.

(187) VIDAL MARTÍNEZ, *op. cit.*, págs. 233-234; LOBATO GARCÍA-MUJÁN, *op. cit.*, pág. 356.

(188) Artículos 1.922, 1.923, 1.926, 1.927 del Código Civil; artículos 914 y 918 del Código de Comercio; vid., los mismos autores citados en las tres notas que anteceden.

(189) Vid., argumentación minuciosa en DE ANGEL, *op. cit.*, pág. 60 y sigs.; y apostillas en LOBATO GARCÍA-MUJÁN, *op. cit.*, pág. 353-355, que sugiere también la posibilidad (cfr. STS 7 mayo 1991) de considerarlo como un crédito escriturario, sin constar en escritura pública.

(190) STS 7 mayo 1991 que llega a esta solución y concluye que «si el título que aquí se exhibe es instrumento jurídico apto para concurrir con los de otros acreedores en una eventual prelación de créditos, dado su carácter notarial, es decir, para irrumpir en una tercería de mejor derecho, no lo es en el presente caso de tercería de dominio por carecer de suficiente entidad y eficacia para que haya podido jurídicamente operar el

— Si se trata de un *procedimiento de ejecución singular por deudas del fiduciario*, el embargo por sus acreedores no podrá culminar con éxito, porque el fiduciario carece de la propiedad del bien, y el fiduciante, auténtico propietario, podrá ejercitar una tercería de dominio para recobrar el bien confiado (191).

6.2. *Fiducia-gestión*

a) La limitada eficacia real: consecuencias

Buscando los contrastes con los efectos propios de la moderna titularidad fiduciaria de garantía, podemos dividir los resultados de la limitada eficacia real de la fiducia-gestión en dos bloques: eficacia *inter partes* y frente a terceros. Entre las partes, se manifiesta una superior dependencia del fiduciario respecto al fiduciante, pues mientras éste conserva la propiedad material o económica del bien, con la percepción de todos sus beneficios y la responsabilidad real por las obligaciones que genere, el fiduciario recibe una titularidad formal o fiduciaria que ha de emplear en beneficio del fiduciante o de las personas o fines indicados por éste. La titularidad fiduciaria, ahora, no supone una garantía para el fiduciario, que nada entrega a cambio de ostentarla, sino que es un instrumento en interés y beneficio total del fiduciante. Su carácter temporal y transitorio viene delimitado por la duración de la causa de gestión, custodia o administración del bien. Por ello, la jurisprudencia ha resaltado la similitud de la fiducia-gestión con el mandato (192), hasta el punto de aplicarle en ocasiones la normativa de esta institución.

ingreso de la finca de autos en el patrimonio de la entidad tercerista. También PÉREZ DE ONTIVEROS, *op. cit.*, pág. 66; GÓMEZ GÁLIGO, *op. cit.*, pág. 546; BOUZA VIDAL, *op. cit.*, pág. 76; DE ANGEL, *op. cit.*, pág. 65. El fiduciario cobrará con preferencia al demandante del embargo y después, el resto se asignará a éste.

(191) Cfr., en contra, la STS 12 febrero 1988, en la cual se declaró embargable un bien ostentado formalmente por el fiduciario, a cuyo nombre estaba inscrito en el Registro; el TS se basa para ello en la protección de los terceros que confiaron en la publicidad registral. Comentario de la sentencia y opinión disidente de ella en PÉREZ DE ONTIVEROS, *ibidem*. También contrarios a la embargabilidad por deudas del fiduciario GÓMEZ GÁLIGO, *ibidem*; DE ANGEL, *op. cit.*, pág. 57; LACRUZ, *Elementos...*, 2.^a ed., cit., I, 3, pág. 227; LACRUZ-RAMS, *Elementos...*, 3.^a ed., cit., II, 1, págs. 476-477. Curiosa, la solución de la STS 16 septiembre 1997, que considera improcedente una «tercería de mejor derecho» interpuesta por los fiduciantes (conforme a Derecho navarro) ante el embargo del objeto-garantía del fiduciario, al producirse la consignación (respecto a la deuda con el tercero) y alzamiento del embargo.

(192) Ya desde la temprana Res. DGRN 14 junio 1922 («interiormente las relaciones jurídicas de adjudicante y adjudicatario se aproximan a la comisión y al mandato»). Así las SSTs 4 mayo 1950 («un contrato de mandato en el que la nota de confianza que le

En este orden de ideas, el fiduciante tendrá derecho a recuperar la cosa confiada, con mayor amplitud que en la fiducia-garantía: podrá recobrarla ejercitando la acción reivindicatoria (193) (si el fiduciario se opone) en cualquier momento y sin necesidad de alegar causa alguna, tanto por su libre voluntad (el rasgo de la confianza y el carácter *intuitu personae* del negocio se acentúan; cfr. arts. 1.733 y 1.775 del Código Civil), como por incumplimiento de los fines gestores encomendados al fiduciario; en este último caso, además, podrá obtener de él una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados (194), pues el fiduciario, como en otros negocios típicos de gestión, responde por la realizada (195). Una vez retransmitida la titularidad, generalmente (aunque no de forma necesaria) mediante escritura pública, se procederá a cambiar de nuevo la titularidad registral en favor del fiduciante, cuando se hubiese alterado por la relación fiduciaria, para acomodar la realidad registral a la extrarregistral (196). En definitiva, el fiduciario nunca puede pretender la adjudicación definitiva de la cosa, puesto que carece de

inspira fue elevada en grado superlativo, dando matiz de negocio fiduciario al mandato»), 9 octubre 1987 (fiducia *cum amico* para administrar y crear un supermercado; cuestión sobre la rendición de cuentas y art. 1.709 del Código Civil), 30 abril 1992 (existe mandato, «o más propiamente, una figura tan cercana al mandato como al negocio fiduciario denominada *fiducia cum amico*, ardid o instrumento jurídico —pues tanto da, con tal de que no envuelva fraudulencia— [...]; aplicación del art. 1.731 del Código Civil), 21 marzo 1995 (equiparación de fiduciarios y mandatarios sin representación, art. 1.717 del Código Civil), 5 julio 1995 (fusión de teoría sobre negocios fiduciarios y doctrina de la extralimitación y ratificación en el mandato), 24 marzo 1997 (califica un mandato para adquirir como «relación de fiducia con mandato», y en la Audiencia «negocio de mandato fiduciario», 24 noviembre 1997 («fiduciarios mandatarios», que tienen la obligación de rendir cuentas y devolver el dinero recibido). Sobre las posibles diferencias con el mandato no representativo, vid. luego apartado 11.7.2. La afinidad es también patente con otro negocio de confianza como el depósito, a cuyos fines puede atender la fiducia-gestión.

(193) En este sentido, es ejemplar la STS 2 diciembre 1996, que declaró que «con el objetivo de recuperar el dominio, en realidad nunca perdido en virtud de la *fiducia cum amico*», el fiduciante tenía aptitud legal para ejercitar la acción reivindicatoria, pues le asistían todos «los requisitos jurisprudencialmente exigidos para su éxito, a saber: la titularidad de la propiedad, la reclamación contra quien tenía la cosa en su poder, la inexistencia de derecho en la otra parte contra el dueño para retener el bien, y la debida identificación de la cosa». En cambio, con argumentos confusos, la STS 5 julio 1996, en contra de lo estimado en la instancia, califica como acción personal la encaminada a destruir la titularidad formal conducente a integrar los inmuebles en el patrimonio del fiduciante (FD 2.º y 5.º). Sobre la obligación de devolver el bien por el fiduciario-gestor al fiduciante, vid. la abundante jurisprudencia citada *supra* (al inicio de este apartado 6.º).

(194) STS 2 diciembre 1996. Cfr. artículos 1.096 y 1.101 del Código Civil («si incurre en dolo, negligencia o morosidad»).

(195) Artículos 1.718, 1.726, 1.766, 1.767, 2.º, 1.778 del Código Civil. Vid. GETE-ALONSO, *Anotaciones* ENNECERUS-NIPPERDEY, *Tratado...*, cit., I, 2.1.º, págs. 137-138.

(196) STS 18 marzo 1997; cfr. también STS 2 diciembre 1996. Cfr. artículo 38, § 2 L.H.

causa para ello e incurriría en fraude y mala fe (197); tanto él, como sus causahabientes deben devolver el bien a su legítimo dueño (198).

Abundando en estas reflexiones, al derecho de recuperación del fiduciante no corresponde, como ocurre, en cambio, en la fiducia de garantía, un derecho de retención del fiduciario (199), puesto que éste no tiene un crédito antecedente contra aquél; salvo, claro está, que el crédito se haya generado con las gestiones del fiduciario, el cual tiene derecho al reembolso de todos los gastos efectuados por cuenta e interés del fiduciante (200).

Las causas de extinción de la fiducia también son distintas en la constituida para garantía o para gestión, pues en la primera, la causa principal es el cumplimiento de la obligación garantizada, con la consiguiente retransmisión, mientras que en la fiducia-gestión, además del cumplimiento de los fines establecidos, también extingue el negocio la revocación, renuncia, muerte, incapacitación, declaración de prodigalidad, quiebra o insolvencia de cualquiera de las partes (201).

En cuanto a la *eficacia de la fiducia-gestión frente a terceros*, la titularidad formal del fiduciario le legitima para realizar todo tipo de operaciones y gestiones en interés del fiduciante, pero actuando en el tráfico por cuenta propia, a modo de dueño del bien confiado (202). Cabe distinguir una terna

(197) STS 5 junio 1996. En este sentido, vid. artículo 11.3.d. del Convenio de La Haya de 1985 sobre *trusts*.

(198) STS 27 noviembre 1995. Cfr. también STS 19 junio 1997. No tiene ningún sentido pensar en aplicaciones analógicas del pacto marciano, como también es absurdo, y esta es otra diferencia resaltable, alegar la prohibición del pacto comisorio para la fiducia-gestión, por razones tan evidentes que hacen peregrina e innecesaria la afirmación misma.

(199) Lo pone de manifiesto también la STSJ Navarra 3 marzo 1994.

(200) STS 24 marzo 1997: el fiduciario-mandatario «ha de ser reintegrado de todo lo adelantado en el cumplimiento del encargo de confianza y demás cantidades pactadas en las relaciones internas» (precio de compra, gastos y comisión pactada. Cfr. artículos 1.728-1.730, y 1.779-1.780 del Código Civil. También tendrá derecho (art. 1.729 del Código Civil) a la indemnización por todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento de las gestiones, sin culpa ni imprudencia del fiduciario. No tiene éste, en cambio, derecho a vender los bienes (*ius distrahendi*) para apropiarse del producto de la venta, ni total, ni parcialmente, ni para satisfacerse de dichos desembolsos. Como garantía de cobro de los gastos sólo posee el *ius retentionis* (art. 1.730 del Código Civil). Por lo demás, estará obligado a rendir cuentas al fiduciante (cfr. art. 1.720 del Código Civil y la citada STS 24 marzo 1997, FD 6.º).

(201) Cfr. artículos 1.732, 1.733-1.739, 1.766, 1.776 del Código Civil.

(202) Según la STSJ Navarra 20 febrero 1997, el fiduciario está legitimado para ejercitar frente a terceros las acciones derivadas de su titularidad fiduciaria o formal; esto se ponía en duda por los demandados, una entidad gestora de carteras de valores, con la cual había contratado unas inversiones una persona, el titular fiduciario, en calidad de persona interpuesta de su padre, a quien iban a parar los beneficios de esas operaciones; ante los malos resultados de éstas en una época, el fiduciario demandó a los gestores rendición de cuentas e indemnización, a lo cual se opusieron los demandados alegando

de posibles terceros relacionados con esta fiducia *cum amico*: 1.º) Pueden existir terceros beneficiarios de la fiducia —cosa que no acaece en la fiducia de garantía—, que serán las personas en cuyo favor el constituyente establezca la administración fiduciaria y sus productos, o aquéllos en quienes revertirá la titularidad una vez extinguido el negocio fiduciario. No existen acciones específicas para la protección de su posición jurídica, a diferencia de lo que ocurre en el *trust* anglosajón. Sin embargo, si consiguen probar la calidad fiduciaria del titular y el contenido del acuerdo fiduciario en su favor (para lo cual el fiduciante puede haberles facilitado pruebas documentales suficientes), les asistirá los mismos derechos y acciones que al propio fiduciante. 2.º) El régimen de los terceros de buena fe que adquieren confiados en el poder de disposición del fiduciario recibe idéntica protección que en el supuesto de fiducia-garantía, de la forma desglosada anteriormente (203). 3.º) Los terceros contratantes con el fiduciario no tienen acción directa contra el fiduciante oculto, auténtico propietario y beneficiario de las gestiones, salvo que, apurando la analogía con el mandato no representativo, «se trate de cosas propias del mandante» o fiduciante (art. 1.717, 2.º del Código Civil *in fine*), es decir, que la apariencia y la propiedad *secundum tabulas* indiquen que la cosa es en realidad del fiduciante, pese a las actividades del fiduciario obrando sobre ella como su titular (204).

falta de legitimación del fiduciario. El TS atendió las pretensiones del fiduciario (cfr. la STS 11 julio 1998, RA 6601, donde similar contrato se asimila al mandato).

(203) La STS 5 diciembre 1959, ante la enajenación del fiduciario *cum amico* a terceros, resolvió que la titularidad fiduciaria no incluía poder de disposición por lo que procedía la devolución de las fincas, sin perjuicio de las oportunas acciones de resarcimiento por la infidelidad. Según la STS 5 julio 1989, «el negocio de puesta a nombre de otro (*nomen commodat*), dada su validez, no cabe extenderse más allá de lo prevenido, conforme al acuerdo de voluntades de los contratantes, por lo que una de las partes incurre en vicio de simulación y nulidad por falta de consentimiento del verdadero titular, salvo que esté protegido por la buena fe el tercero adquirente, en aras de la seguridad jurídica» (cursiva mía). Por su parte, la STSJ Cataluña 9 marzo 1995 afirmó que el negocio fiduciario *cum amico* «no priva de la propiedad al fiduciante, ni siquiera en el caso de que el fiduciario —mero titular formal— enajene a tercero, salvo que éste desconociera la realidad de la fiducia contractual». Importante en cuanto a esta limitada eficacia real de la titularidad frente a terceros de buena fe la STSJ Navarra 23 mayo 1997. Insiste en la inoponibilidad de la fiducia a tercero de buena fe, especialmente al tercero hipotecario, GÓMEZ GALLIGO, *op. cit.*, págs. 547-548. GETE-ALONSO (Anotaciones ENNECERUS-NIPPERDEY, *Tratado...*, cit., I, 2.1, pág. 138) estima que existe diferencia con los terceros adquirentes de la fiducia *cum creditore*, y para la fiducia *cum amico* opina que resultan protegidos todos los terceros adquirentes, civiles o hipotecarios, siempre que sean de buena fe, con independencia de que el bien sea mueble o inmueble; el fiduciante, según ella, sólo tendrá acciones personales contra el fiduciario infiel.

(204) Así lo sancionó la STS 21 marzo 1995 que concedió acción directa al contratista de unas obras en una finca de propiedad de la Compañía de Jesús, que figuraba como tal dueña en el Registro, contra ésta, pese a que ella no había concertado las obras por sí, sino mediante «mandatarios, fiduciarios o testaferros de la recurrida, propietaria frente a terce-

b) Procedimientos ejecutivos de terceros acreedores contra fiduciario o fiduciante

La solución de estos problemas presenta importantes matices diferenciales en relación con la fiducia de garantía. En síntesis, en la fiducia-gestión:

- Si se produce la *quiebra del fiduciario*, no cabe duda de que compete al fiduciante el derecho de separación de la masa de la quiebra (205), por múltiples razones: la principal, porque es el verdadero propietario (cfr. expresamente, art. 909, 3.º), pero además, porque la fiducia se habría extinguido debido a la quiebra o insolvencia del fiduciario (cfr. art. 1.732, 3.º del Código Civil) y a la imposibilidad de continuar con su misión por inhabilitación (art. 878 del Código de Comercio) y pérdida de la confianza en sus cualidades gestoras, en las que no podría subrogarse la masa de la quiebra por ser un negocio *intuitu personae* (206). Por lo tanto, procederá la restitución al fiduciante, y la masa de la quiebra carecerá de derecho de retención similar a los casos de fiducia-garantía, salvo que se adeude al fiduciario el importe de gastos, etc. (207). Asimismo, el fiduciante podrá ejercitar tercería de dominio en caso de embargo por los acreedores del fiduciario (208).
- Si quien *quiebra es el fiduciante*, es evidente la obligación del fiduciario de devolver el bien fiduciado a la masa de la quiebra (209), puesto que incluso puede existir complicidad del amigo y gestor para defraudar los derechos de los acreedores, lo que le haría perder todo eventual derecho contra la masa de la quiebra (210).

ros del bien»; previamente, la Compañía de Jesús había concluido un contrato de compra-venta con reserva de dominio con dichos testaferros, a los que concedió poder general para realizar operaciones de promoción inmobiliaria, aunque no hicieron valer dicho poder.

(205) En la STS 2 diciembre 1996 una compañía mercantil (fiduciante) y la intervención judicial designada en el expediente de suspensión de pagos de la misma, consiguieron recuperar la finca que estaba en poder de los fiduciarios *cum amico*.

(206) JORDANO, *El negocio fiduciario*, cit., pág. 153. Cfr., en similar entendimiento, GETE-ALONSO, *Anotaciones...*, cit., pág. 137.

(207) LOBATO GARCÍA MIJÁN, *op. cit.*, pág. 357.

(208) JORDANO, *Mandato...*, cit., pág. 1450.

(209) Así lo reconoce la STS 3 julio 1992, en la que la sindicatura de la quiebra del fiduciante reclamó al fiduciario unas letras de cambio que aquél había endosado a éste plenamente para cobro (no en garantía, como se alegó). El TS declaró (FD 6.º) que el fiduciante nunca dejó de ser propietario de los créditos representados en las letras y que, por tanto, procedía su restitución a la masa de la quiebra. Acerca del problema del ensoso de letras para cobro y la quiebra, vid. artículo 909, 4.º y 5.º del Código de Comercio y, desde distintos planteamientos, GARRIGUES, *Negocios fiduciarios...*, cit., págs. 85-86; NAVARRO MARTORELL, *La propiedad...*, cit., pág. 323; DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 414.

(210) En la STSJ Navarra 9 febrero 1994, el quebrado había donados sus bienes a sus hijos con reserva de usufructo y el tribunal calificó el negocio como una simulación

7. DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES

7.1. Simulación

Ha sido concepción dominante, que perdura hasta el presente en la jurisprudencia (211), distinguir entre el negocio fiduciario y el negocio simulado, como categorías perfectamente deslindables. Sin embargo, en los últimos años se aprecia una tendencia doctrinal, cada vez más pujante y extendida, de considerar que, *en el plano de los efectos*, el negocio fiduciario se identifica con la simulación relativa.

La doctrina tradicional establece las diferencias entre fiducia y simulación en los asertos siguientes; parafraseando a la STS de 28 de octubre de 1988 (212): 1.º El simulado es un negocio ficticio, no real, aunque, en algún caso, puede ocultar uno verdadero; el fiduciario es un negocio serio, querido con todas sus consecuencias jurídicas, aun sirviendo a finalidad económica distinta de lo normal. Este rasgo voluntarista es el más reiterado por los tribunales. 2.º El simulado es un negocio simple, mientras que el otro es complejo, al resultar de la combinación de dos negocios distintos. 3.º El simulado es absolutamente nulo, sin llevar consigo transferencia alguna de derecho, y el fiduciario es válido (213).

absoluta, aunque expone las diferencias entre simulación absoluta y fiducia *cum amico* y niega que la donación pueda servir de base para la fiducia (sic). Vid. LOBATO GARCÍA-MUÑOZ, *op. cit.*, pág. 356.

(211) En un plano general de distinción, SSTs 25 mayo 1944, 19 mayo 1982 («sin que pueda motejarse de contrato ficticio, aparente o simulado o disimulado, sino real y existente y querido por las partes contratantes», expresión esta muy reiterada en la jurisprudencia), 8 marzo 1988, 28 octubre 1988, 7 marzo 1990, 30 enero 1991, 14 julio 1994, 5 julio 1996, 18 marzo 1997 (en ésta, de forma implícita). También en general, las SSTs 23 febrero 1951 y 9 diciembre 1981, aunque luego fundan el negocio fiduciario en el artículo 1.276 del Código Civil. En especial, resaltan la diferencia de la fiducia con la simulación absoluta, las SSTs 10 marzo 1944, 14 marzo 1964, 18 febrero 1965 (como tema principal), 6 julio 1992. Insisten de forma expresa en la disparidad del negocio fiduciario tanto con la simulación absoluta como con la relativa las SSTs 28 enero 1946, 3 mayo 1955 (pese a la diferencia con la simulación relativa, alude a que ésta tiene «contornos muy similares a los del negocio fiduciario»), 8 marzo 1963, 4 abril 1972, 2 junio 1982, 6 abril 1987; estas sentencias, no obstante, no argumentan pormenorizadamente las diferencias, más allá del argumento de la querencia real del negocio; así, también STS 19 junio 1997 (declara la diferencia y la inaplicabilidad del art. 1.276, aunque llega al mismo resultado) y STSJ Navarra 23 mayo 1997. De manera más tangencial, cfr. también SSTs 22 mayo 1956 y 3 abril 1995.

(212) Sentencia que, prácticamente, asume y transcribe los rasgos distintivos tal como los esboza FERRARA. Vid. también STSJ Navarra 9 febrero 1994.

(213) Otra elaboración de un catálogo de diferencias puede verse en SOTO NIETO, *op. cit.*, págs. 74-75; LACRUZ-RAMS, *Elementos...*, 3.ª ed., cit., II, 1, pág. 475. En la doctrina, mantienen esta diferenciación entre negocio fiduciario y simulado CARCABA FERNÁNDEZ, M., *La simulación en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1986,

Pero estos rasgos distintivos, que, sin duda, son ciertos respecto a la simulación absoluta, son más cuestionables respecto a la simulación relativa (214). En efecto, en el negocio simulado absolutamente, no existe voluntad de las partes de crear efecto jurídico real de ningún tipo, sino que tan sólo se busca una apariencia; pero ni siquiera los efectos del negocio aparente son queridos en verdad, por lo que falta el consentimiento contractual (art. 1.261, 1.º del Código Civil) y, a diferencia de la fiducia, que se basa en la *causa fiduciae*, es un negocio carente por completo de causa (arts. 1.275 y 1.276 del Código Civil); en consecuencia, es un negocio nulo por entero y la acción para declararlo así es imprescriptible. En cambio, en la simulación relativa se expresa una causa falsa, de forma que se manifiesta celebrar un negocio que sirve, en realidad, para encubrir otro efectivamente concluido y querido. El resultado es que si se prueba la existencia y validez del acto disimulado, éste será válido y sólo se anulará el acto simulado (art. 1.276 del Código Civil). De igual manera, estima la tendencia doctrinal apuntada, en el negocio fiduciario, lo que se declara en el negocio externo (querer la transmisión real) no responde a la voluntad verdadera, que es sólo la que recoge el negocio interno (garantizar, gestionar, etc.); por lo tanto, la fiducia es un caso de simulación relativa (215), que se regirá por las normas de ésta, es decir, el artículo 1.276 del Código Civil: el acto externo, simulado, es nulo y mantiene su eficacia jurídica el acto interno, disimulado, que contiene la causa verdadera del negocio fiduciario (mandato o garantía).

De llevar hasta sus últimas consecuencias esta recalificación del negocio fiduciario, esta categoría negocial habría de desaparecer como tal, por quedar

págs. 53-58; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho...*, 9.ª ed., cit., I, 2, págs. 515-516; HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, págs. 697 y 699-700; GAYA SICILIA, R., «Comentario a la STS 11 febrero 1989», en *CCJC* (19), 1989, pág. 213; GETE-ALONSO, M. C., «Comentario a la STS 7 marzo 1990», en *CCJC*, núm. 22, 1990, pág. 340; GÓMEZ GÁLLIGO, *op. cit.*, págs. 535-536; LADARIA, *op. cit.*, págs. 59-60; NAVARRO MARTORELL, *La propiedad...*, cit., pág. 140 y sigs.; PANTALEÓN PRIETO, F., *Negocio fiduciario*, voz en «Enciclopedia Jurídica Básica», Civitas, Madrid, 1995, III, págs. 4408-4409; entre otros.

(214) Una crítica puntual de cada uno de los argumentos puede verse en FELIU REY, *op. cit.*, págs. 111-113.

(215) Quien, con mayor claridad e insistencia ha sostenido esta idea, ha sido, recientemente, ALBALADEJO, *El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente*, cit., *passim*; a quien sigue FUENTESeca, C., *El negocio fiduciario...*, cit., págs. 77 y sigs. y 195 y sigs. Ya antes de ambos, DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 408-409 y 423-424; JORDANO, *El negocio fiduciario*, cit., págs. 159 y sigs. y 196; LACAL, *op. cit.*, pág. 783 y sigs.; DE LOS MOZOS, *op. cit.*, págs. 471-472; también FELIU REY, *op. cit.*, págs. 107 y sigs. y 123; DURÁN RIVACOBIA, *La propiedad en garantía...*, cit., pág. 150 y sigs., en especial, págs. 162-163; VALLET DE GOYTISOLO (*Negocios en fraude...*, pág. 231) afirma que no son fácilmente separables y pone ejemplos de negocios que combinan simulación y fiducia (pág. 208 y sigs.). Resueltamente en contra de esta corriente argumenta en detalle RODRÍGUEZ ROSADO, *Fiducia y pacto de retro...*, cit., págs. 124 y sigs. y 136 y sigs.

sin autonomía, debido a su equiparación total con el negocio simulado relativamente. Por el momento, un semejante cambio de actitud no parece haber calado seriamente en el Tribunal Supremo (216).

El parangón con el negocio simulado sirve tanto de cara a la eficacia de la fiducia de garantía como de la fiducia de gestión. De hecho, esta última puede calificarse como una interposición de personas. Pero, dado que se encuentra arraigada la distinción entre interposición real e interposición ficticia de personas, para la cual se han esbozado diversos criterios (beneficio o no del interpuesto, su papel activo o pasivo, los fines fraudulentos, la forma, etc.) (217), si se defiende el carácter simulado del negocio fiduciario, en el caso de fiducia *cum amico* se hablará de interposición ficticia (218), mien-

(216) La actitud de la jurisprudencia, equívoca en muchos casos, puede clasificarse así: 1.º) La equiparación total entre fiducia y simulación relativa apenas se ha producido; como sentencias más notoria en sentido positivo, a mi entender, puede citarse la STS 21 marzo 1969 en la cual, tras aludir a la titularidad fiduciaria y sus consecuencias, estima probada la existencia de una «voluntad simulatoria»; la STS 25 septiembre 1956, que habla de «relación compleja del negocio fiduciario *inter partes*, o más bien, y sobre todo respecto de terceros, un negocio relativamente simulado con secuela de que el vínculo obligatorio objeto de la *fiducia*, o el encubierto por simulación, sería el único eficaz ante el derecho»; y, aparentemente, la STS 2 diciembre 1983: «la simulación alegada y apreciada (...) se revela en apreciar que las invocadas escrituras responden, en definitiva, a un negocio de mera garantía de tipo fiduciario, cuya validez tiene reconocida esta Sala»; pero, cfr. DELGADO ECHEVERRÍA [«Comentario a la STS 2 diciembre 1983», en *CCJC* (4), 1984, págs. 1179-1180], que, tras un detenido examen del complejo supuesto de hecho y de los argumentos del TS llega a la conclusión de que éste no equipara ambos negocios ni incurre en contradicción, sino que existe en el caso un negocio simulado (nulo) que encubre otro fiduciario con persona distinta. 2.º) El TS ha declarado la existencia de simulación (relativa o absoluta) en algunos casos concretos, pero, implícita o expresamente, distingue como negocios diversos el simulado y el fiduciario: SSTs 23 mayo 1980, 28 octubre 1988, 5 abril 1993 y 10 julio 1995; esta última afirma que no es fiducia, sino simulación, aunque no ofrece criterios para la discriminación, y concluye la validez del contrato disimulado, que vincula a las partes. 3.º) Un último bloque de fallos, sin incidir en diferencias o similitudes, emplea una terminología ambigua, mezclada, que impide obtener conclusiones firmes; así, por ejemplo, SSTs 5 diciembre 1959 («simula y encubre un negocio fiduciario»), 18 abril 1988 («encubría un negocio fiduciario bajo apariencia de una compraventa»; sentencia en la que ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 671, entiende reflejada claramente su tesis), 22 febrero 1995 («compraventa ficticia» y negocio fiduciario), 2 diciembre 1996, 3 diciembre 1996 («un negocio fiduciario por el que se transmitía la propiedad [...] por el cauce de la compraventa simulada»; sobre esta sentencia, vid. el comentario de M. RIVERA FERNÁNDEZ en *CCJC*, núm. 43, enero-marzo 1997, págs. 353-363), 22 enero 1998 («compraventa en garantía y opción de compra posterior en favor del vendedor, integrando todo ello un contrato fiduciario, de naturaleza compleja, pero en modo alguno un contrato que simulase un préstamo. Más bien nos hallamos ante un negocio jurídico disimulado...»).

(217) Un repaso de la dicotomía interposición real-ficticia, con referencias bibliográficas, en CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria...*, cit., págs. 498-508.

(218) Así, DE LOS MOZOS, *op. cit.*, págs. 471-472. Con perspectiva comparatista, vid. MORELLO, U., «Fiducia e trust: due esperienze a confronto», en AA.VV., *Fiducia, trust,*

tras que, de abogar por la diferencia con la simulación, la interposición será real, lo cual aproxima la fiducia-gestión a la representación indirecta o mandato *proprio nomine* (219).

7.2. *Fiducia-gestión y representación indirecta*

El mandato no representativo o representación indirecta (*undisclosed agency*, art. 1.717 del Código Civil) y la comisión mercantil *proprio nomine* (arts. 245, 246 y sigs. del Código de Comercio) consisten en que el mandatario o agente contrata con terceros en su propio nombre y sin darles a conocer que el acto jurídico realizado se produce por cuenta o en interés de otra persona. Varias diferencias teóricas respecto a la fiducia han sido ensayadas. La más sencilla y evidente estriba en el carácter regulado, típico, de la representación indirecta, en la que existe protección legal del comitente (cfr. arts. 256 y 258 del Código de Comercio), en contraste con el carácter atípico y sus consecuencias del negocio fiduciario (220). Desde el prisma de la teoría del doble efecto, las diferencias parecen multiplicarse por razón de la investidura del derecho del fiduciario en relación con el del mandatario, sobre todo si se entiende que el mandatario no hace suya la cosa (221), que pasa directamente del dominio del mandante a los terceros o viceversa, aunque este es un punto muy controvertido y admite matices diversos en el mandato para enajenar y en el mandato para

mandato ad agency, Giuffrè, Milano, 1991, págs. 71-73 y 77-81. La STSJ Navarra 20 febrero 1997 realiza la siguiente identificación terminológica: «persona interpuesta o «testaferro» o «titular fiduciario», y, más adelante señala sobre el «testaferro o persona interpuesta (...)» incidendo en lo que sería un negocio simulado, que puede ser anulado o impugnado según los casos». Emplea el rótulo de «testaferros» la STS 19 junio 1997, niega que se trate de una simulación, aunque su distinción no es nítida en diversas afirmaciones del fallo.

(219) En este sentido, por ejemplo, CÁRCABA FERNÁNDEZ, *La simulación...*, cit., pág. 91; GARRIGUES, *Negocios...*, cit., págs. 51-52; NAVARRO MARTORELL, *La propiedad...*, cit., pág. 156 y sigs. NÚÑEZ LAGOS, *op. cit.*, pág. 611 y sigs. Cfr. la STS 5 julio 1989, que señala que el «negocio jurídico de puesta a nombre de otro» es semejante a los «negocios fiduciarios» y presenta «concomitancias con figuras afines como la de interposición de personas» y la clásica STS 1 febrero 1941, la cual equipara interposición válida de personas y mandato no representativo.

(220) NAVARRO MARTORELL, *La propiedad...*, cit., pág. 167 y sigs.; CLARET Y MARTÍ, *op. cit.*, pág. 17 y sigs.

(221) Vid. GARRIGUES, *Negocios...*, cit., págs. 52-53; con diversas precisiones y abundante cita doctrinal, NAVARRO MARTORELL, *La propiedad...*, cit., pág. 158 y sigs. GARRIGUES (*ibidem*), partiendo de su concepción de la estructura del negocio fiduciario, señala que en él hay dos negocios distintos (el real y el obligatorio) y en la comisión no hay más que un negocio regulado en todos sus aspectos por la ley.

adquirir (222). Otras tentativas de diferenciación resaltan, precisamente, que la representación indirecta suele darse para comprar o vender, y no para administrar, como ocurre frecuentemente en la fiducia (223). O también que, frente al mandato o comisión de compra en forma de representación indirecta, el fiduciario no se limita a adquirir, sino que debe conservar la titularidad adquirida durante algún tiempo en su poder, de manera que queda afectada a una finalidad fiduciaria (gestión) (224).

Sin desdoro del mérito de este esfuerzo teórico, lo cierto es que los criterios no resultan concluyentes en la práctica para calificar una concreta relación jurídica como representación indirecta o como fiducia (225) y, de hecho, es habitual encontrar en la jurisprudencia el empleo indistinto, ante supuestos similares, de la fiducia en un caso o del mandato no representativo en otro, cuando no efectúan los tribunales una refundición de ambas instituciones (226).

(222) Consúltense los completos trabajos de JORDANO BAREA, «Mandato para enajenar», en *ADC* (IV, 4), 1951, pág. 1458 y sigs. (desde la perspectiva del doble efecto y diferenciando la *causa fiduciae* y la *causa mandati*), y *Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria*, cit., pág. 1439 y sigs. (desde la perspectiva de la moderna titularidad fiduciaria). Una exposición de las diversas tesis en LEÓN ALONSO, J. R., «Comentarios al artículo 1.717 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, EDESA, Madrid, 1986, t. XXI, 2.º, pág. 180 y sigs.; vid. también LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., «La gestión típica derivada del mandato», en DE ANGEL YAGÜEZ, R. (dir.), *Contratos de gestión*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, págs. 65-85, en especial, pág. 72 y sigs.

(223) GARRIGUES, *ibidem*.

(224) Díez-PICAZO, *Operaciones fiduciarias...*, cit., pág. 34; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, 8.ª ed., cit. I, pág. 542. En estas obras puede leerse otra diferencia que, propiamente, sólo sirve para demarcar la fiducia-garantía: el representante actúa siempre por cuenta del representado y en su interés, mientras que el fiduciario actúa no sólo por cuenta e interés del fiduciante, sino también por cuenta e interés propios.

(225) Por ello no es de extrañar que algunos hayan configurado el mandato para adquirir *proprio nomine* como un negocio fiduciario: LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., *Retención y mandato*, Bolonia, 1976, pág. 105 y sigs.; también parece equiparlos JORDANO, *Mandato para adquirir...*, cit., págs. 1440-1441. Por lo demás, la utilidad de aplicar normas del mandato a la fiducia-gestión, que carece de regulación, ya se apreció *supra*.

(226) Una constatación de ese uso inopinado en la jurisprudencia puede verse en DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 425-429. En la jurisprudencia más reciente cabe destacar las SSTs, citadas anteriormente, de 30 abril 1992, 21 marzo 1995 y 24 marzo 1997; en esta última se califica como «relación de fiducia con mandato» y se aplican los principios de la fiducia a un caso de mandato para licitar en un subasta, que tradicionalmente se ha considerado como supuesto típico de representación indirecta. En la STS 24 noviembre 1997, donde se parte de la existencia incontrovertida de un negocio fiduciario y el objeto del recurso es tan sólo fijar la cantidad que debe ser devuelta a los fiduciantes, el tribunal se refiere a los «fiduciarios mandatarios» y su obligación de rendir cuentas. Presenta interés la STS 4 julio 1998, en la que el Alto Tribunal no duda en calificar como negocio fiduciario una compraventa de acciones con los fines de un mandato de ulterior venta de las mismas, que los intervinientes concertaron para sustituir un anterior poder, por entender más ventajosa a sus fines la fórmula fiduciaria.

7.3. *Fiducia-garantía y compraventa con pacto de retro*

En el Código Civil español aparece regulada la compraventa con pacto de retroventa o «retracto convencional» en el artículo 1.507, que consiste en el derecho que se reserva el vendedor a recuperar la cosa vendida pagando su precio, gastos y demás cuantías convenidas. Es un pacto típico y puede servir de cauce a una operación de garantía (227), aunque no toda venta con dicho pacto persigue ese fin ni encubre un préstamo. Cuando una venta con pacto de retro se emplea con funciones de garantía adquiere cierto parecido con un negocio fiduciario, lo cual ha movido a algún autor a identificar ambos institutos (228). Sin embargo, acertadamente, suele distinguirse entre fiducia de garantía y venta a retro con ese fin, a través de varios argumentos: en primer lugar, está muy extendida la idea de que en el pacto de retro compete al vendedor una acción real para la readquisición de la cosa vendida (art. 1.510 del Código Civil), mientras que la fiducia sólo crea en favor del deudor fiduciante una pretensión personal para obtener la retransmisión desde el fiduciario (así la STS de 14 de marzo de

(227) Los artículos 1.507-1.520 del Código Civil español establecen un régimen pensando en la compraventa con pacto de retro sin función de garantía, aunque esta finalidad es posible y lícita en el marco del Código, en virtud del artículo 1.255, y, desde luego, es muy frecuente en la práctica. En cambio, en el Derecho civil privativo de Navarra se distingue entre «la venta con pacto de retro como garantía» o «a carta de gracia» (Leyes 475-480 F.N.), la «venta a retro» simple (Leyes 576-586 F.N.) y la «fiducia de garantía» (Ley 466 F.N.). La Compilación catalana regula, por su parte, la «venta a carta de gracia». Sobre la diferencia entre fiducia y pacto de retro en Navarra, vid. RUBIO TORRANO, E., «La venta a carta de gracia en el Derecho navarro», en *R. J. Navarra* (2), julio-diciembre 1986, págs. 13-30, en especial, págs. 27-29. Para Cataluña, vid. STS 7 marzo 1990 y STSJ Cataluña 29 mayo 1991, y el comentario a la última de YSAS SOLANES, M., «El negocio fiduciario, la compraventa a carta de gracia y la venta con pacto de retro», en *La llei de Catalunya i Balears. Revista jurídica general i de jurisprudència*, año 1, octubre 1991, pág. 1 y sigs.

(228) V. gr., cfr. SAPENA TOMÁS, *op. cit.*, pág. 127 y sigs.

(229) Respaldan esta diferencia, con cita de jurisprudencia no tan clara, PUIG BRUTAU, *Negocio fiduciario*, cit., pág. 206; LACRUZ-RAMS, *Elementos...*, cit. 3.^a ed., II, 1, págs. 475-476; GAYA SICILIA, *op. cit.*, págs. 213-214. Así expuesta, la idea no acaba de casar del todo bien con la moderna titularidad fiduciaria, pues si el fiduciante deudor sigue siendo propietario (material) y tiene a su disposición la acción reivindicatoria o la declarativa (vid. *supra*), no parece posible sostener que tenga sólo una acción personal para recobrar la cosa. Quizá esa tesis pueda tener una cabal explicación relacionándola con los terceros y su protección, por comparación del artículo 1.510 del Código Civil y el acceso al Registro del derecho real generado por el pacto de retro, con el concreto amparo de terceros que genera la falta de inscripción del pacto fiduciario en el Registro de la Propiedad. La diferencia entre ambas figuras, también es preconizada por VIDAL MARTÍNEZ, *op. cit.*, pág. 186 y sigs.; GONZÁLEZ MENESES, *op. cit.*, pág. 423 y 429 y sigs., quien cree que en la venta a retro nada queda a la buena fe del acreedor, que no puede defraudar. Últimamente, también, DE LA IGLESIA MONJE, M. I., «El pacto de retroventa.

1964) (229). En segundo lugar, también ha servido de criterio para discernir la existencia de verdadero precio (retro) o no (fiducia) (cfr. Res. DGRN de 5 de junio de 1991) (230) y también, en tercer lugar, la voluntad de vender realmente, característica de la compraventa con pacto de retro y ausente en la fiducia de garantía (231).

Pero, a mi entender, el criterio distintivo más fiable, que, de forma explícita o implícita ha guiado al Tribunal Supremo, radica en que el pacto de retro figura inserto en la escritura de compraventa, formando un todo con ella, de forma que es público; en cambio, en la fiducia, dada su genuina estructura, el pacto que limita la transferencia real y, en definitiva, causaliza el negocio, es siempre oculto, y se encuentra instrumentado en documento privado aparte (o verbalmente) (232), como se explicó antes. No existe, por tanto, dicotomía

Sus relaciones con el negocio fiduciario y con el negocio simulado (Estudio de la jurisprudencia del TS y de las Res. DGRN», en *RCDI*, núm. 644, 1998, págs. 57-115; y RODRÍGUEZ ROSADO, *Fiducia y pacto de retro en garantía*, cit., pág. 158 y sigs., quien las distingue por los efectos y califica la retroventa como un negocio indirecto, no fiduciario (pág. 159).

(230) REGLERO CAMPOS, *op. cit.*, pág. 439.

(231) DE ANGEL, *op. cit.*, pág. 51, núm. 7; SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pág. 161. Aunque, como reconocen estos autores, este criterio subjetivo plantea importantes problemas de prueba.

(232) Vid. STS 20 mayo 1986. Entre la jurisprudencia del Supremo que ha calificado el negocio como compraventa con pacto de retro y no como fiducia cuando todo el negocio, incluido el pacto de retro se encuentra plasmado en un solo documento, descollan los siguientes fallos: SSTs 8 marzo 1957, 23 marzo 1957, 14 diciembre 1966, 3 mayo 1976, 24 enero 1983, 14 mayo 1990 (todo en un solo documento privado, en las dos últimas sentencias). Cuando, en cambio, la posibilidad de readquisición no aparece en la escritura de venta, sino que se expresa en documento privado aparte, en el que se desvela el fin de garantía de la venta, el TS apenas ha dudado en calificar el negocio como fiduciario y no como venta a retro: por ejemplo, STS 5 julio 1982 (y las abundantes SSTs citadas *supra* acerca de la estructura de la fiducia). Ha mostrado, empero, alguna vacilación en este planteamiento en la STS 21 marzo 1969, en la que habla de titularidad fiduciaria, pese a que se consignó un pacto de retro en garantía en un solo documento público; aunque la narración de los hechos permite poner en duda que el fin de garantía se desprendiese de la escritura, sino más bien de una manifestación posterior ante testigos. También la STS 19 mayo 1989, en la que existe un único documento público, y el tribunal *a quo* califica el negocio como fiduciario, aunque el TS, implícitamente, parece no estar conforme con esa calificación y preferir la de venta a retro. Por último, también en contra de la tesis expuesta en texto, la STS 7 mayo 1991 (y la Res. DGRN 30 junio 1987, que versó sobre el mismo documento), en la que existía una venta en garantía, calificada como fiducia, en la que todo se expresaba públicamente. En igual sentido que el que defiendo, RUBIO TORRANO, E., *El pacto de retroventa*, Tecnos, Madrid, 1990, págs. 162 y 175 donde puede verse un examen más detenido de parte de la jurisprudencia citada; según él, «todos los supuestos sobre los que se ha elaborado la doctrina jurisprudencial relativa al carácter fiduciario de la venta en garantía han operado no sobre la base de un retracto convencional, tal como lo define el artículo 1.507 del Código Civil, sino más bien sobre la existencia de una primera compraventa a la que

entre un plano interno y otro externo en el pacto de retro en garantía. De esta diferencia estructural derivan, propiamente, los diferentes efectos de cada figura, especialmente frente a terceros.

8. LA PROFESIONALIZACIÓN DE LA FIDUCIA (BANKING TRUST)

Para concluir este recuento de los problemas que plantean los negocios fiduciarios en Derecho español y dar paso a la enumeración de modalidades posibles en la práctica civil y mercantil, conviene hacer notar un dato digno de atención. Desde hace algunos decenios se ha detectado en España el interés de sociedades e instituciones bancarias por ofrecer a sus clientes «servicios fiduciarios», a imagen de lo que acontece en los Estados Unidos y bajo el influjo del prestigio que tienen en Europa algunas sociedades (bancarias o no) consagradas a estos menesteres (llamadas «sociedades fiduciarias») (233). A tal efecto, han sido solicitados informes y dictámenes a asesorías jurídicas y a destacados jurisconsultos para determinar la viabilidad legal de crear departamentos fiduciarios que ofreciesen servicios del tipo de fideicomisos de inversión, garantía, seguro de vida, ejecución testamentaria, representación de accionistas, pensiones, gestiones bursátiles o de cualquier otro tipo, etc. (234). Aunque no se ha producido una implantación generalizada, ni mucho menos

posteriormente se le ha añadido un nuevo documento que trata de fijar el alcance y significado del primer negocio; y «en todos los supuestos de hecho en que la compraventa ha sido cumplimentada en documento aparte al que inicialmente contiene el contrato, el TS ha visto una operación de garantía plasmada en negocio complejo, que ha calificado de fiduciario (...). Por el contrario, en los pocos casos en que el TS se ha encontrado con un solo documento, incluso privado, en el que aparece incorporado el pacto de retro, no ha dudado en ver un retracto convencional». Por su parte, ARECHEDERRA ARANZADI («Compraventa con pacto de retro. Equilibrio de las prestaciones», en *ADC*, 1978, págs. 447 y 451) señala que cuando el pacto de retro se use con fines de garantía no convierte al contrato en un negocio fiduciario, porque no hay duplicidad de planos, sino negocio unitario, la recuperación de la cosa sigue un proceso de eficacia real, incorporado al mecanismo transmisor y la confianza no integra la base negocial de la venta a retro. Por último, cabe indicar que también las SSTs 19 mayo 1989 y 24 mayo 1997 (¡fiducia *cum amico*!) diferencian fiducia y venta con pacto de retro en garantía, aun sin aportar argumentos. En el diseño legislativo de la fiducia navarra, la distinción que apunto puede ser más discutible.

(233) Las, a juicio de GARRIGUES (*Negocios...*, cit., pág. 54 y sigs.), mal llamadas «sociedades fiduciarias» nacieron en Inglaterra y se expandieron por Norteamérica y diversos países como Alemania, primero, Suiza, después e Italia. Cfr. PUTTI, P. M., *I fondi comuni di investimento*, LIPARI, N. (dir.), «Diritto privato europeo», Cedam, Milano, 1997, I, págs. 362-370 (con abundante bibliografía).

(234) Como botón de muestra de este fenómeno es el dictamen que la sociedad GEFISACO encargó a LUIS DIEZ-PICAZO, publicado por éste con el título «Operaciones fiduciarias y servicios fiduciarios» en sus *Dictámenes jurídicos*, ya citados (págs. 25-65);

un reconocimiento legislativo específico, la conclusión de estos estudios parece decantarse en favor de la licitud de esas prestaciones y, si bien muchas de ellas pueden alcanzarse mediante las figuras tradicionales del Derecho español como el mandato (revocable o irrevocable), la comisión, el depósito o la representación, lo cierto es que el recurso a los negocios fiduciarios puede aportar interesantes ventajas (235).

En el horizonte legislativo sí figura actualmente normativa concreta sobre dos tipos de estos «servicios fiduciarios», hace tiempo operativos dentro del «fideicomiso bancario» de los países latinoamericanos y en el entorno europeo, como los fondos de inversión (Ley de 26 de diciembre de 1984 y Reglamento de 2 de noviembre de 1990) y los fondos de pensiones (Ley 8 de junio de 1987) (236). Desde una perspectiva *de lege ferenda*, se aboga desde hace tiempo por los beneficios que podría reportar una regulación española de los fideicomisos o *trusts* bancarios, a ejemplo del régimen mexicano o de otros países (237), limitando la calidad de fiduciarios a instituciones de crédito, de forma que el Estado pudiese controlar el cumplimiento de sus deberes.

el dictamen está fechado en 1971 y su lectura es altamente recomendable, pues pormenoriza cada uno de estos servicios y su ajustabilidad al ordenamiento español, cuyas ideas sería excesivo reproducir aquí. Otro importante ejemplo de la tendencia reseñada son las «Jornadas de estudio organizadas por el Banco Nacional de México y el Banco de Bilbao», que tuvieron lugar en Madrid el 20 y 21 de noviembre de 1979, cuyas ponencias se publicaron en el libro *El fideicomiso en México y su viabilidad en España*, Somex, Madrid, 1980. También GARRIGUES (*Negocios...*, cit., págs. 56-58) da noticia del contenido de algunos informes del Banco Español de Crédito. El interés de los bancos en servicios de ejecución sucesoria puede constatare en el premio convocado por el Banco de España para monografías sobre cuestiones económicas y jurídico-mercantiles en la especialidad bancaria, cuya edición de 1962 ganó la obra *La ejecución sucesoria como actividad mercantil de la empresa bancaria*, un resumen del cual es el artículo de su autor PÉREZ ESCOLAR, R., «El albaceazgo y la empresa bancaria», en *R. D. Mercantil*, 1963, pág. 251 y sigs. Cfr. también D'ORS, *Sobre el fideicomiso bancario*, cit., pág. 403 y sigs.

(235) Así, Díez-Picazo, *Operaciones fiduciarias...*, cit., págs. 39-40; también GARRIGUES (*Negocios...*, cit., págs. 57-59), quien, sin embargo, minimiza el papel de la fiducia en estos servicios, y resalta su efectividad simplemente a través de las figuras tradicionales.

(236) Acerca de la posibilidad, controvertida, de configurar su naturaleza como negocios fiduciarios, véase lo que se dice luego (apartado III.2.2).

(237) GARRIGUES, *Law of trusts*, cit., pág. 35; Id., *Negocios...*, cit., pág. 97; Id., en «El fideicomiso en México y su viabilidad en España», cit., pág. 234; ARROYO MARTÍNEZ, *Trust and the civil law*, cit., pág. 1711 y núm. 3; SÁNCHEZ CALERO, F., «Hacia un reconocimiento legislativo en España del fideicomiso bancario», en *El fideicomiso en México...*, cit., págs. 193-221, en especial, págs. 195-197 y 220-221; en ese estudio puede verse pormenorizadamente la eventual adaptación del fideicomiso mexicano en el ordenamiento español. En Europa, el ejemplo reciente en esta línea puede ser el luxemburgués, desde 1983.

III. OPERACIONES FIDUCIARIAS *INTER VIVOS*

1. OBSTÁCULOS Y LÍMITES. RECAPITULACIÓN

Antes de desgarnar las modalidades lícitas de la fiducia en negocios *inter vivos*, conviene tener a la vista, a modo de repaso de lo ya dicho, los obstáculos oponibles al negocio fiduciario y, cabe decir, también a la admisibilidad del *trust* foráneo, así como los límites que afectan a ambas figuras.

- a) La primera objeción estriba en el sistema español traslativo del dominio, fundado en la concurrencia de título y modo (art. 609 del Código Civil; no basta el nudo consentimiento ni la mera entrega, como en otros sistemas) y, sobre todo, en la existencia de *causa* lícita y verdadera «que justifique el reconocimiento jurídico del fin práctico querido por los contratantes» (238). Por tanto, ni se admiten los negocios abstractos para fundamentar el negocio fiduciario, ni es posible admitir una causa verdadera que fundamente el negocio fiduciario en su aspecto exterior, siendo éste inválido. El problema de la causa nos conduce, por ende, a la *simulación*, habiendo de destacarse que ésta (relativa) no anula todo el negocio fiduciario, sino que hace prevalecer la voluntad real de las partes (el plano interno), preservando siempre los derechos de los terceros que confiaron en la operación aparente. En último término, el reparo de la causa no ha constituido en España un veto infranqueable a la fiducia, puesto que se ha admitido la existencia de una causa atípica, la *causa fiduciae*, que no produce la traslación del dominio, sino que tiene una limitada eficacia real, y se identifica con los fines de garantía o mandato perseguidos (239).
- b) El concepto de *propiedad* única e indivisible que figura en el Código Civil español (art. 348), tributario del francés (art. 544) en este punto, ha podido esgrimirse en contra de la división en una propiedad material y otra formal para cada uno de los partícipes en la fiducia. La elusión de esta crítica, en España, se ha conseguido a través del

(238) Res. DGRN 30 junio 1987, que opone ese obstáculo a la fiducia. Cfr. también Res. 5 junio 1991.

(239) Esta concepción de la causa está consolidada en la última jurisprudencia: por ejemplo, SSTs 22 diciembre 1988, 6 julio 1992, 5 julio 1993, 22 febrero 1995, 13 marzo 1995, 5 julio 1996; SSTSJ Cataluña 2 julio 1990 y SSTSJ Navarra 22 enero 1994; y Resolución DGRN 10 junio 1986. También admiten que el fiduciario es un negocio causal, cuya *causa fiduciae* es lícita, como matices varios, las SSTs 25 mayo 1944, 3 mayo 1955, 8 marzo 1963, 15 octubre 1964, 20 noviembre 1965, 20 enero 1966, 3 mayo 1976, 19 mayo 1982, 6 abril 1987, 8 marzo 1988, 7 marzo 1990, 30 enero 1991.

ingenioso (240) recurso la noción de «titularidad fiduciaria» y la delimitación de su ámbito, inasimilable al contenido de una auténtica propiedad en el sentido del Código. Además, cabe alegar el declive del concepto clásico o «napoleónico» de la propiedad, no sólo debido a las atemperaciones constitucionales (art. 33, 2 CE), sino por la introducción de algunas figuras que lo ponen en entredicho como, por ejemplo, dejando aparte los censos enfitéuticos (241), la moderna «multipropiedad» (*time sharing*) (242). Esto ha llevado a concluir a los estudiosos de los principios del *Civil Law* en relación con el *trust*, que tal obstáculo es meramente conceptual (243) y lo mismo cabe predicar de la fiducia.

- c) Relacionado con lo anterior está la regla del *numerus clausus* en la creación de derechos reales por la voluntad de los particulares, propia de los sistemas de tradición romanista. En España se ha producido un gran debate, aún no clausurado, para definir si el sistema del Código Civil es de *numerus clausus* o *apertus*. Aun partiendo de la tipicidad como principio general, lo cierto es que la doctrina jurisprudencial y registral muestra un criterio flexible y favorable a la apertura (244) y la argumentación en favor del *numerus apertus* parece más conso-

(240) Aunque, quizá, en el fondo claudicante, pese a su extendido reconocimiento doctrinal y jurisprudencial.

(241) Figura incorporada al Código Civil español por razones históricas, que admite una división del dominio en útil y directo (cfr. arts. 1.605 y 1.628-1.654). En Cataluña, cfr. Ley 6/1990, de 16 de marzo, del Parlamento de Cataluña, de los censos (arts. 2 y 13-27).

(242) Cfr. Res. DGRN 4 abril 1993 sobre su régimen y requisitos de acceso al Registro. La alegación de la multipropiedad como ejemplo del declive del concepto de propiedad clásica es usual entre quienes comparan el *trust* anglosajón y los principios del *Civil Law*; como ejemplo, vid. BUSATO, *op. cit.*, págs. 342-3; MAZZONI, A., «Les opérations fiduciaires en droit italien», en AA.VV., *Les opérations fiduciaires*, cit., pág. 341; SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pág. 165, núm. 20. Sin embargo, la actual definición legal de esta institución como generadora de un posible derecho real limitado, típico (art. 1 de la Ley 42/1998, de 15 diciembre), relativiza bastante el argumento.

(243) LYONS, *Double Taxation of Estates, Inheritances and Gifts in the EU and the Anglo-American Trust*, cit. (1997), pág. 81 y bibliografía allí citada. Como dice este autor, no es fácil calificar como propiedad la del fiduciario, si no puede usarla como le plazca, escapa del poder de sus acreedores y cae fuera de cualquier régimen económico matrimonial.

(244) El papel de la DGRN es crucial en este punto, puesto que cuando se crea un derecho real distinto de los legales y se pretende su inscripción registral, el Centro Directivo se muestra favorable al *numerus apertus*, aunque establezca una serie de límites; son ya clásicas las Resoluciones de 20 septiembre 1966, 14 mayo 1984, 23 y 26 octubre 1987. Para un examen de la abundante jurisprudencia registral sobre el tema, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil*, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 1995, III, págs. 118-126.

lidad (245), con fundamento en el mismo Derecho positivo (arts. 1.255 del Código Civil, 2.2.º de la Ley Hipotecaria y art. 7 del Reglamento Hipotecario). La conclusión es la validez de los negocios que creen situaciones reales no previstas por el ordenamiento, siempre que se den unos requisitos y se respeten unos límites: existencia de causa justa, interés serio y legítimo, no contravención de la Ley y el orden público, etc. (246). El negocio fiduciario respeta esas coordenadas y, por ello, no es de extrañar el reconocimiento jurisprudencial de figuras como la venta en garantía, con todos los caracteres de un *ius in rem* o garantía real atípica. Al margen de pronunciamientos teóricos, de hecho, en la práctica, es incuestionable la admisión consuetudinaria de una serie de instituciones que suponen derechos reales atípicos, como el *leasing*, la compraventa con pacto de retro en garantía, la reserva de dominio al margen de la tipificada en la Ley de venta a plazos (247), la opción en garantía, etc.

- d) El *sistema registral* no es óbice para la admisión del negocio fiduciario, como tampoco lo sería respecto a un *trust* angloamericano o internacional, puesto que no se exige la inscripción de los derechos reales con carácter constitutivo, sino declarativo; es decir, el derecho real, como regla general, nace con independencia de la inscripción. Además, el negocio fiduciario es inscribible en el Registro de la Propiedad, al menos en su aspecto externo, según la normativa general (art. 2.1.º de la Ley Hipotecaria), o expresamente, según la mayoría de los autores, por la norma contenida en el art. 2.3.º LH. El problema puede plantearse, tanto en el *trust* como en la fiducia, cuando la realidad fiduciaria no aflore en la inscripción registral, como normalmente sucederá, y los terceros no conozcan la calidad fiduciaria del titular. Por otra parte, la falta de tutela legal de los derechos de los beneficiarios de la fiducia (248) (fiduciante o terceros favorecidos) no puede convertirse en un obstáculo infranqueable a estas

(245) Por todos, ver las obras de Díez-PICAZO, L., «Autonomía privada y derechos reales», en *RCDI*, 1976, pág. 273 y sigs.; *Fundamentos...*, cit., III, págs. 107-137; también Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, 5.ª ed., 4.ª reimpr., Tecnos, Madrid, 1995, III, págs. 56-58; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Universidad Complutense, Madrid, 1982, pág. 22; ALBALADEJO, *Derecho civil*, 8.ª ed., Bosch, Barcelona, 1994, III, 1, págs. 29-34; BOUZA VIDAL, *op. cit.*, págs. 17 y sigs., y 68 y sigs.; SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, págs. 36-38 y 164-165.

(246) Un compendio de los límites en Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, cit., III, págs. 57-58.

(247) Algunos sí regulados en Derecho navarro: cfr. Leyes 463, 475 y sigs., y 483 y sigs. FNN.

(248) Cfr. LYONS, *op. cit.*, pág. 82. Me refiero a la ausencia de marco procesal similar a la división anglosajona de Tribunales de *Common Law* y de *Equity*.

figuras, pues dicha protección se va consolidando por vía jurisprudencial, pese a un dificultoso trámite probatorio.

- e) La *vulneración de normas imperativas* no es argumento suficiente para declarar la interdicción del negocio fiduciario, porque ningún precepto prohíbe éste directamente; pero sí a través de la fiducia se pretendiese eludir preceptos de *ius cogens*, el negocio será declarado nulo; con lo cual, esas normas, civiles o mercantiles, constituyen límites insoslayables para él. En un plano civil, además de la Ley de Usura, la prohibición del fraude de acreedores o las cláusulas de inalienabilidad prolongada (aplicables a la fiducia-gestión, pero, sobre todo, a la fiducia-liberalidad, donde serán tratadas), destaca la prohibición del pacto comisorio, que, sin embargo no anula como regla general la fiducia de garantía, sino que, en su caso, obliga al fiduciario a satisfacerse mediante la venta por procedimientos legales, amén de resultar válido el pacto marciano. En un plano mercantil o comercial, también será inválido el negocio fiduciario que tenga por objeto eludir la normativa que limita las operaciones sobre acciones (249) o sobre el derecho de voto de los accionistas, o sobre cualquier otro extremo.

2. MODALIDADES Y SUS VENTAJAS

2.1. *Fiducia-garantía*

Serán posibles tantos negocios de fiducia-garantía cuantos revestimientos puedan crearse por la autonomía de la voluntad para constituir eficazmente el negocio externo transmisivo, creador de la apariencia o titularidad formal o fiduciaria. Así se desprende también de la única regulación positiva de la institución en España, en concreto, en la Ley 466 del Fuero Nuevo de Navarra, a cuyo tenor, «por la fiducia de garantía se transmite al acreedor la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho *mediante una forma eficaz frente a terceros*». El instrumento más empleado es la compraventa; la venta en garantía, admitida jurisprudencialmente (250), ha sido habitualmente considerada como el negocio fiduciario por excelencia. Pero son igualmente factibles y lícitos cualesquiera otros actos negociales adecuados a la naturaleza de cada objeto, cualquier forma normalmente apta para transmitir la propiedad, o también un derecho real limitado, pero que ahora, debido a la

(249) Cfr. artículo 88 de la Ley de Sociedades Anónimas y artículo 34 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

(250) Un examen pormenorizado de las sentencias, en VIDAL MARTÍNEZ, *La venta en garantía...*, cit., págs. 1-169.

peculiar estructura de la fiducia y a su causa de garantía, sólo genera una titularidad limitada, formal, fiduciaria. Por ejemplo, pueden ser empleadas fiduciariamente, con fin de garantía, la opción de compra o venta (251), la cesión (de créditos o derechos de crédito), el endoso (de títulos, acciones u obligaciones), la adjudicación, etc. (252).

La fiducia de garantía cubre las funciones para las que se encuentran tipificadas las garantías legales: la hipoteca y la prenda (253). Y en la mayoría de los casos, con mayor eficacia que éstas. De esta forma, cuando la garantía fiduciaria recaiga sobre inmuebles, sustituirá a la hipoteca; mientras que si la fiducia se emplea como garantía mobiliaria, la figura relegada será la prenda. No resulta ajeno a esta permutación de instrumentos jurídicos el origen histórico de todos ellos, pues en Derecho romano, recuérdese, la *fiducia cum creditore* constituyó el germen rudimentario del *pignus* y la *hypoteca*, que la acabaron sustituyendo. Hoy, con nuevas circunstancias, la fiducia vuelve a demostrar su utilidad y vigencia, y recupera su puesto de privilegio en el tráfico jurídico. En general, puede decirse que la fiducia reúne mayores ventajas sobre la prenda y la hipoteca, no sólo por la huida del formalismo que representa toda garantía atípica, sino especialmente por la mayor sencillez de su proceso de constitución (que también puede ser más económico), la atenuación de los costes fiscales —mucho más gravosos para la prenda y, sobre todo, para la hipoteca, y más generosa o eludible para la transmisión en general (254)—, y, por último, la mayor comodidad, agilidad y beneficio que reportan al acreedor los procedimientos de satisfacción de su crédito cuando

(251) Son muy frecuentes dos tipos: la concesión de un préstamo garantizado con una opción de compra que concede el prestatario al prestamista sobre un objeto de su propiedad, sin que en la opción aparezca el negocio subyacente; y un préstamo que se garantiza por contrato de compraventa, equivaliendo el precio de venta al importe del empréstito y figurando en la escritura una opción de compra para el vendedor-deudor en un plazo, pero sin aludir a la causa real de la venta, la garantía. Cfr., a modo de ejemplo, la STS 6 julio 1992. Sobre estas modalidades, vid., FELIU REY, *op. cit.*, en especial, págs. 21-32 y 141 y sigs. (con análisis jurisprudencial). También TALMA CHARLES, J., *El contrato de opción*, Bosch, Barcelona, 1996, págs. 341-353.

(252) También se han equiparado funcionalmente otras figuras al negocio fiduciario, hasta el punto de preconizar su inclusión en éste. Así ha ocurrido con el *leasing* y la reserva de dominio. Pueden consultarse referencias bibliográficas, respectivamente, en CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «La naturaleza del “leasing” o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales», en *ADC*, 1982, págs. 56 y sigs.; LOBATO GARCÍA-MUÑOZ, *La reserva de dominio...*, cit., págs. 63-65 y núm. 76.

(253) Tanto es así, que incluso la Ley 466 del Fuero Nuevo de Navarra establece que «el fiduciario, en su caso, deberá restituir y responder con arreglo a lo establecido para el acreedor pignoraticio en la Ley 470».

(254) DE ANGEL YÁGÜEZ, *op. cit.*, pág. 54. Esta afirmación es absolutamente cierta respecto a los valores y títulos-valores, pero debe ser muy relativizada en cuanto a otros bienes, puesto que la aparente transmisión resultará gravada como tal por los diversos impuestos.

están garantizados con una fiducia, siempre que no se incurra en la prohibición del pacto comisorio (v. gr., mediante un pacto marciano).

Si ahora nos atenemos a la relación funcional entre prenda y fiducia, podemos subrayar que en la práctica, ésta ha ganado terreno a aquélla, como ya ocurrió en otros países, como Alemania, donde la fiducia de garantía desplazó tanto a la prenda de créditos (255) como, en parte, a la prenda de valores (256). Esta afirmación cobra su auténtica importancia si se tiene presente la amplia gama de objetos sobre los que puede recaer la prenda y, por ende, la fiducia, en el tráfico mobiliario moderno; no sólo son posibles respecto a cosas muebles materiales, sino también respecto a créditos y valores negociables, tanto los clásicos títulos-valores (letra de cambio, cheque y pagaré), como acciones, valores representados mediante anotaciones en cuenta y otro tipo de derechos (257).

Con el soporte de estas ideas, relacionar las ventajas concretas de la fiducia respecto a la prenda (258) resulta esclarecedor: 1.º) La constitución es más sencilla que la prenda, que requiere entrega de la posesión y otorgamien-

(255) Cfr., en detalle, ARANDA RODRÍGUEZ, R., *La prenda de créditos*, Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 53-58, y, en especial, pág. 54. Como señala esta autora, la cesión fiduciaria de créditos reporta incuestionables ventajas respecto a la prenda de créditos en los países en que ésta se encuentra regulada legalmente, pues no sólo es una garantía ágil y adaptable a las nuevas necesidades (cesiones de créditos futuros en garantía y cesiones globales), sino que evita los inconvenientes de la necesidad de notificar la prenda al deudor para que el contrato tenga eficacia real (§ 1280 BGB y art. 900 del Código Civil suizo). En España, la prenda de créditos no está regulada, aunque es válida, pese a la polémica sobre su naturaleza. La fiducia cumple idénticas funciones a la prenda de créditos y, como señala ARANDA (*op. cit.*, págs. 138 y sigs. y, sobre todo, 147 y 149), si se asimila la fiducia a una simulación relativa, los efectos son los del negocio disimulado, que en el caso de muebles será siempre una prenda, con lo que, de cara a la fase de realización, el fiduciario tiene una posición similar al acreedor pignoraticio (art. 1.922, 2.º).

(256) GUTIÉRREZ SALINAS ADELANTADO, C., *El régimen jurídico de la prenda de valores negociables*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 145 y sigs., la venta en garantía ha sustituido en Alemania a la prenda, salvo en el caso de valores mobiliarios.

(257) Por ejemplo, y sin ningún imposible ánimo exhaustivo, participaciones en fondos de inversión, derechos dimanantes de un seguro de vida, títulos representativos de mercancías depositadas en almacenes generales, participaciones de sociedades limitadas, etc. Sobre la garantía prendaria de estos y otros objetos, es recomendable la lectura de AA.VV., *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Civitas, Madrid, 1996, tomo II («Garantías reales»), vol. 1 («Garantías mobiliarias»). En relación con el dinero como objeto de la fiducia de garantía, cabe razonablemente dudar de su viabilidad y autonomía institucional, a diferencia de la posibilidad evidente de la prenda irregular, por múltiples razones, pero principalmente por la moderna concepción de la titularidad fiduciaria, que implica transmisión limitada y no plena, en tanto que en la prenda irregular la transferencia de propiedad es plena e irrevocable, con facultad de enajenar y consumir libremente los bienes, y obligación de restituir otro tanto de la misma especie y calidad; sobre estas ideas, vid. CRUZ MORENO, M., *La prenda irregular*, Colegio de Registradores-Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995, págs. 143-145.

to de escritura pública (arts. 1.863 y 1.865 del Código Civil). 2.º) No es necesario el traspaso posesorio del objeto dado en garantía (259), lo cual puede ser muy importante en las empresas que necesitan los bienes para seguir con su actividad. 3.º) La forma de ejecución, dejando al margen el problema del comiso prohibido, es más fácil para el acreedor fiduciario (cfr. art. 1.872 del Código Civil), pues adquiere definitivamente el dominio del objeto o, en su caso, puede enajenarlo según lo pactado, al margen de los procedimientos legales. 4.º) Fiscalmente es provechosa la fiducia en algunos casos, puesto que las transmisiones de valores están exentas del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y del Impuesto sobre el Valor Añadido (según el art. 108 de la Ley de Mercado de Valores de 1988), mientras que las constituciones de prenda y otras garantías no lo están del primer impuesto (260). Por supuesto, estas ventajas no pueden ocultar los riesgos que entraña el negocio fiduciario en sí, derivados de la posibilidad de abuso del fiduciario o de la falta de publicidad de la relación interna, pero, ponderados unas y otros, sin duda, el resultado es la existencia de una garantía alternativa a las legales, recomendable en ocasiones, según las circunstancias de cada caso.

De entre los bienes susceptibles de constituir una garantía mobiliaria conviene destacar la letra de cambio, dado que en la práctica diaria el endoso en garantía fiduciario o encubierto ha rebasado con creces el recurso al endoso expreso en garantía, regulado en nuestro Derecho (261). Este último contiene la mención «valor en garantía», «valor en prenda» o cualquier otra que implique una garantía y «confiere al tenedor un derecho de prenda sobre el crédito cambiario, que incorpora la facultad de cobrarse con el importe de la letra y entregar la diferencia al deudor» (262). En cambio, en el endoso fiduciario se omite cualquier mención a esas cláusulas y el endosatario aparece formal y documentalente como acreedor cambiario, aun cuando *inter partes*, entre endosante y endosatario, el endoso se ha realizado con la sola finalidad de garantizar un crédito. De forma unánime, la doctrina considera

(258) Cfr. SALINAS ADELANTADO, *op. cit.*, pág. 155 y sigs.

(259) Este problema fue parcialmente solucionado por la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, aunque aún quedan supuestos en los que la fiducia se revela útil para salvar los inconvenientes y lagunas de esa ley, sobre todo por la enumeración exhaustiva de bienes pignoraables sin desplazamiento y la exigencia de requisitos formales de constitución (cfr. DE ANGEL, *op. cit.*, pág. 54).

(260) Si están exentas del IVA estas garantías reales, según el artículo 20.1.18.f) de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre. Sobre esta materia, vid. CISNEROS GUILLÉN, L., «La tributación de las garantías en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados», en AA.VV., *Tratado de las garantías en la contratación mercantil*, cit., I, págs. 335-363.

(261) Artículo 22 de la Ley Cambiaria y del Cheque de 16 de julio de 1985.

(262) STS 3 julio 1992, Fundamento de Derecho 5.º

este endoso pleno como un supuesto de fiducia *cum creditore* (263), y le aplica la teoría del negocio fiduciario.

Sin entrar en las múltiples cuestiones que plantea el endoso pleno fiduciario (264), me limitaré a compendiar sus ventajas (265): 1.º Imposibilita al deudor oponer al endosatario (fiduciario-acreedor pignoraticio de buena fe) las excepciones personales que pudiera oponer al endosante (fiduciante-pignorante) (266). 2.º No se menoscaba así el crédito del endosante-pignorante, porque no aparece en el cuerpo de la letra ninguna mención de la constitución de la garantía (267). 3.º Para el endosatario representa la más segura garantía, dado que él, acreedor pignoraticio en el fondo, aparece como titular de la cosa pignorada (268) y si el fiduciante no cumple podrá verse inmediatamente resarcido en su derecho. 4.º Precisamente, el crédito quedará extinguido mediante el cobro del importe de la letra por el endosatario que, en cuanto tenedor legítimo aparente del título podrá endosarla a su vez plenamente a un tercero cuando hubiese vencido la obligación principal garantizada y el endosante no la hubiera satisfecho, pendiente aún el vencimiento de la cambial (269).

(263) PARICIO SERRANO, L., «Endosos limitados encubiertos», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil (RDBB)* (27), 1987, pág. 559 y sigs.; PAZ-ARES, C., *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley cambiaria y del cheque*, dirigidos por A. Menéndez, Madrid, 1986, págs. 272 y 379; GARRIGUES, *Negocios...*, cit., pág. 75 y sigs.; SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, 19.ª ed., Eds. de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, II, pág. 79; VERGEZ SÁNCHEZ, M., en *Derecho cambiario. Estudios...*, cit., pág. 496 y sigs.; VIGUERA RUBIO, J. M., *La prenda cambiaria: el endoso en garantía*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1994, págs. 61-79; NAVARRO CHINCHILLA, J. J., «La pignoración de la letra de cambio», en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, cit., II, 1, págs. 515-518.

(264) El problema específico más importante de esta figura estriba en las excepciones oponibles por el deudor (en concreto, la excepción de tráfico y la *exceptio doli*), que es polémico; para un tratamiento del tema, NAVARRO CHINCHILLA, *op. cit.*, pág. 518 y, con más detalle, PARICIO SERRANO, *Endosos limitados encubiertos*, cit., págs. 558-564. También presenta matices la situación de quiebra de endosante y endosatario, aunque las soluciones son parejas a las de cualquier fiducia, pues si quiebra el fiduciante, el fiduciario está protegido, así como los terceros de buena fe (art. 19, 2 LCCH) y si quiebra el fiduciario se aplican los artículos 908-909 del Código de Comercio (además de los autores citados, puede verse el problema desde la perspectiva de la teoría del doble efecto en GARRIGUES, *Negocios...*, cit., págs. 86-87; NAVARRO MARTORELL, *La propiedad fiduciaria*, cit., pág. 319 y sigs.). Por último, la prohibición del pacto comisorio en relación con el endoso fiduciario debe resolverse igual que en cualquier otra fiducia de garantía (sobre el tema, VIGUERA RUBIO, *op. cit.*, págs. 70-79).

(265) Cfr. NAVARRO CHINCHILLA, *op. cit.*, págs. 515-516.

(266) PARICIO SERRANO, *Endosos limitados encubiertos*, cit., págs. 563-564.

(267) VIGUERA RUBIO, *op. cit.*, pág. 62.

(268) PARICIO SERRANO, *Endosos limitados encubiertos*, cit., pág. 564.

(269) VIGUERA RUBIO, *op. cit.*, págs. 62-63. O incluso, como dice PARICIO SERRANO (*ibidem*), abusando de su derecho, el endosatario podrá, antes de tiempo, endosar de nuevo plenamente la letra, evitando los problemas del endoso en garantía expreso.

Por todo ello, no causa extrañeza que el endoso en garantía, encubierto o fiduciario, se use con asiduidad cuando el importe de la deuda garantizada y de la cantidad pignorada son semejantes o cuando, no siéndolo, el endosante-pignorante no tema que el endosatario abuse de su posición aparente; y, por el contrario, se suele preferir el endoso en garantía expreso si el importe de la letra pignorada es muy superior al de la obligación garantizada o se tenga poca confianza en el acreedor pignoraticio (270).

Una precisión final sobre todas estas modalidades de fiducia de garantía: no parece que existan impedimentos para que una sociedad o banco actúe como intermediario de confianza entre un acreedor y un deudor, y se erija en el depositario del bien constituido en garantía del cumplimiento, para conservarlo, restituirlo o venderlo según las vicisitudes de la obligación garantizada (271).

2.2. *Fiducia-gestión*

Las posibilidades son múltiples en el ámbito civil y algunas ya han sido colacionadas: por ejemplo, puede servir para la descentralización y agilidad en los negocios; para encomendar la gestión de bienes para fines políticos, caritativos o religiosos; para mantener el crédito o la clientela (de forma que el negocio sigue a nombre de quien lo traspasa, ocultándose el nuevo dueño) (272); para eludir leyes injustas de carácter expoliatorio; asegurar una mejor administración de los bienes (v. gr., en favor de un hijo despilfarrador o disminuido); obtener una negociación más ventajosa (273), y un extenso etcétera (274). Puede decirse, en general, que la fiducia abarca también todos

(270) PARICIO SERRANO, L., «La circulación de los títulos cambiarios», en *RDBB* (49), 1992, pág. 251; VIGUERA RUBIO, *op. cit.*, pág. 63; NAVARRO CHINCHILLA, *op. cit.*, págs. 515-516.

(271) Sobre ello, agudamente, DÍEZ-PICAZO, *Operaciones fiduciarias...*, cit., págs. 46-49, quien distingue el «fideicomiso de garantía» sobre muebles, posible en virtud del artículo 1.683 del Código Civil (posesión de la cosa pignorada por un tercero designado de común acuerdo), y sobre bienes inmuebles, más problemática.

(272) Aplicaciones citadas por DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 388-389.

(273) VALLET DE GOYTISOLO, *Negocios en fraude...*, cit., págs. 208-209, quien aporta el ejemplo usual de poner a nombre del fiduciario una propiedad para que éste la transmita o la adquiera y la sanee, mejore, parcele, liquide carga, divida horizontalmente, etc., con el objeto de venderla después, a menudo por parcelas, chalets, locales, pisos o departamentos, todo por cuenta del fiduciante.

(274) V. gr., como ya se dijo, para evitar ciertas normas administrativas o fiscales (STS 5 julio 1989, 9 diciembre 1981, etc.) o para beneficiarse de ellas (STS 30 abril 1992, para obtener un préstamo oficial ventajoso para pequeñas empresas; STS 5 julio 1996, para conseguir facilidades en la construcción de viviendas de protección oficial); para establecer un supermercado en beneficio del fiduciante (STS 9 octubre 1987); donación fiduciaria para ayudar a construir un edificio para el fiduciante (STS 14 julio 1994), etc.

los supuestos imaginables de representación indirecta, con la que sólo le separa una fina y ecléctica línea, y en especial, que cubre con regularidad las funciones del mandato para adquirir (275) o para enajenar. Asimismo, la adjudicación de bienes para pago de deudas (tanto *inter vivos*, como, sobre todo, *mortis causa*) es considerada como negocio fiduciario (276), de manera que el adjudicatario es «más bien un propietario formal, legalmente autorizado para disponer de los mismos, que un dueño material que los disfrute económicamente» (vid. art. 45 LH) (277).

En el entorno mercantil la fiducia-gestión ha tenido un auge, si cabe, aún mayor en una serie de prácticas como la cesión de acciones para diversos fines, entre los que destaca el ejercicio del derecho de voto en interés del fiduciante; la designación de un síndico que recibe fiduciariamente las acciones para votar según el acuerdo de un sindicato de accionistas; la transmisión en garantía de una empresa mercantil al acreedor, que aparece de cara a terceros como dueño único (278), de forma similar a la mencionada venta en garantía; el endoso fiduciario de letras de cambio con simples fines de cobro o apoderamiento; el fundador fiduciario de una Sociedad Anónima; el empleo de sociedades fiduciarias, a modo de intermediarios; los fondos de inversión y de pensiones, etc. Examinemos con mayor detenimiento algunas de estas modalidades y su viabilidad en Derecho español.

Es frecuente, en primer lugar, *la puesta de acciones a nombre de una persona de confianza* para sortear dificultades administrativas, financieras o impositivas; puede ir combinada con una comisión mercantil de adquisición o enajenación de esas acciones (279) que revista forma oculta, esto es, que

(275) Vid. SSTs 4 mayo 1950, 16 mayo 1983 y 24 marzo 1997, entre otras.

(276) Así lo entiende prácticamente toda la doctrina española, excepción hecha de GONZÁLEZ PALOMINO («La adjudicación para pago de deudas», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, I, 1945, pág. 207 y sigs.), que considera al adjudicatario como un mandatario. Vid., en la opinión dominante, v. gr., LACAL, *op. cit.*, pág. 786; JORDANO BAREA, *Dictamen...*, cit., págs. 623-624 (vid. más bibliografía allí citada); GÓMEZ GALLIGO, *op. cit.*, págs. 550-551; SOLÍS VILLA, L., «Negocio fiduciario y fideicomiso en España», en VV.AA., *El fideicomiso en México y su viabilidad en España*, Somex, Madrid, 1980, págs. 110-112.

(277) Resoluciones DGRN 14 junio 1922 y 26 diciembre 1946; SSTs 23 mayo 1935 y 30 octubre 1965; todas las cuales subrayan, además, su carácter de negocio fiduciario. Según la Resolución de 14 junio 1922, el adjudicatario «está dotado de una posición de titularidad real frente a terceros, que le permite la enajenación independiente o reglamentada de los bienes inmuebles bajo protección de los artículos 20 y 34 LH». Facultades de enajenación, señala LACRUZ BERDEJO (*Elementos de Derecho civil*, 5.ª ed., Bosch, Barcelona, 1993, págs. 106-107), limitadas a actos que se dirigen a cumplir los fines de la adjudicación.

(278) GARRIGUES, *Law of Trusts*, cit., pág. 29.

(279) Cfr. SSTs 14 octubre 1994, 24 septiembre 1987 y el supuesto de hecho de la Sentencia de 4 diciembre 1976. En la STS 4 julio 1998 los mandantes (para enajenar) op-

la comisión no sea conocida por los terceros, quienes confíen en que el titular es propietario y no mero comisionista (280).

Pero el uso más corriente de la cesión fiduciaria de acciones acaso sea la transmisión con la finalidad de obtener representación, de forma encubierta, en la junta general de accionistas; de esta forma, el fiduciario ejercita el derecho de voto del fiduciante según las instrucciones de éste, que sigue siendo el propietario material de la acción, pese a que, externamente, frente a los terceros y, en especial, frente a la sociedad, el fiduciario aparece como titular que obra en nombre propio. Esta fórmula fiduciaria guarda clara correspondencia con el *voting trust* anglosajón, a pesar de que existen algunas disparidades, como la emisión por el *trustee*, a petición del fiduciante, de un certificado representativo de las acciones recibidas, certificado que constituye un título negociable (281); esto no sucede en Derecho español. La Ley de Sociedades Anónimas reconoce que todo accionista que tenga derecho de asistencia podrá hacerse representar en la junta general por medio de otra persona (art. 106 LSA) (282). Para conseguir ese efecto puede recurrirse a la forma «desproporcionada» de la transferencia fiduciaria tanto de acciones nominativas, como al portador (283) o registradas mediante anotaciones en cuenta, cumpliendo los requisitos específicos que la Ley establece para la transmisión de cada tipo de valores. Este negocio es válido y distinto de la denominada «cesión de la legitimación» (*legitimationsübertragung*), que se considera nula en nuestro Derecho (284). Respecto al representante nor-

taron por revestir un antiguo poder de la forma de una compraventa para que el fiduciario apareciese como propietario ante el futuro comprador y para sortear los inconvenientes en la negociación sobre los derechos de adquisición preferente de otros accionistas.

(280) Insiste en la diferencia entre comisión mercantil (similar al mandato civil) y fiducia, conceptuando al primero como mero «negocio de confianza», PEINADO GRACIA, J. L., *El contrato de comisión: cooperación y conflicto*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 28-32; ID., «La comisión de garantía en el ordenamiento español (cooperación y conflicto en el contrato de comisión)», en AA.VV., *Tratado de las garantías en la contratación mercantil*, Civitas, Madrid, 1996, I, págs. 983-986.

(281) Sobre los *voting trusts* y figuras conexas en Derecho norteamericano e inglés, PEDROL RÍUS, A., *La anónima actual y la sindicación de acciones*, Edit. Revista de Derecho privado, 1969, págs. 213-222.

(282) Según la redacción dada al artículo por el Texto Refundido de la Ley por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 diciembre, similar en el principio general al antiguo artículo 60 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 julio 1951.

(283) Sobre la problemática dispar que presenta la transmisión fiduciaria de las acciones, según sean nominativas o al portador, BÉRGAMO LLABRÉS, A., *Sociedades Anónimas (Las acciones)*, Madrid, 1970, II, pág. 529 y sigs.; GARRIGUES, *Negocios...*, cit., pág. 63 y sigs.

(284) Así, expresamente, la Resolución DGRN 9 diciembre 1997; esta decisión, añade que «de ser un negocio fiduciario (...), la cesión frente a terceros, incluida la propia sociedad, lo sería de la titularidad de las acciones con todos sus derechos»; y niega la validez de la cesión de titularidad aparente sólo para el ejercicio del derecho de voto.

mal, el accionista fiduciario presenta indudables ventajas, como son, aparte de mantener el anonimato del auténtico titular (285), evitar la necesidad de reiterar el poder cada vez que se reúna la Junta (requisito establecido por el art. 106, 2 LSA de 1989) y eliminar la posibilidad de revocarlo (cfr. art. 106, 3 LSA), lo cual se muestra particularmente provechoso en los sindicatos de acciones, en especial, de bloqueo con cesión fiduciaria de las acciones al síndico (286). Pero cuando se utilice la figura del accionista fiduciario para eludir la aplicación de una norma coactiva del Derecho de sociedades anónimas (287), y sólo en ese caso, podrá declararse ilícita su interven-

Sobre la nulidad de la «cesión de la legitimación» hay unanimidad doctrinal, tanto antes como después de la nueva redacción de la LSA de 1989 (cfr. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *La representación de los accionistas en la Junta General de la Sociedad Anónima*, Civitas, Madrid, 1990, pág. 42). Los autores españoles consideran la «cesión de la legitimación» (válida en Alemania tras las AktG. 1937 y 1965) al margen de la representación, pues el accionista de legitimación actúa no sólo en nombre propio, sino también *en interés propio* en cuanto al ejercicio del derecho de voto (URÍA, R., en GARRIGUES, J., URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, 3.ª ed., revisada por A. MENÉNDEZ y M. OLIVENCIA, Madrid, 1976, I, págs. 685-686; GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho mercantil*, Madrid, 1947, I, 2.º, pág. 965; ID., *Nuevos hechos, nuevo Derecho de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1933, pág. 99 y sigs.; RUBIO GARCÍA-MINA, J., *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1974, pág. 350; PEDROL RÍUS, *La anónima actual...*, cit., pág. 179). Su empleo ha partido de una práctica bancaria internacional, en virtud de la cual los bancos ejercitan el derecho de voto de las acciones que tienen en depósito (o en prenda); para ello insertan en las condiciones generales una cláusula por la que quedan autorizados a usar en interés y por cuenta propios los derechos de voto que el accionista, propietario de los demás derechos del título, no usa por sí. La diferencia con el negocio fiduciario se ha querido ver en que éste transmite plenamente la propiedad, mientras que la pura legitimación no lo hace (PEDROL RÍUS, A., *La sindicación de acciones*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951, pág. 110; BÉRGAMO, *op. cit.*, I, pág. 572; GARRIGUES, *Tratado...*, cit., I, 2.º, pág. 965). Pero, como se puede apreciar, esta afirmación parte de la abandonada teoría del doble efecto. La auténtica diferencia se encuentra en que el fiduciario, pese a actuar en nombre propio, lo hace en interés de su fiduciante, mientras que el accionista de legitimación obra en interés propio. Sin embargo, recientemente, algún autor (RONCERO SÁNCHEZ, A., *Representación del accionista en la Junta General de la Sociedad Anónima*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. 81 y sigs. y bibliografía allí citada) ha sostenido que la cesión de la legitimación es, en realidad, un supuesto de representación indirecta (el legitimado debe actuar en interés del accionista y no en el suyo propio) y, en definitiva, un caso de titularidad fiduciaria, y afirma que se encuentra igualmente prohibida en Derecho español debido a que la LSA (art. 106) consagra el principio implícito de publicidad de las relaciones de representación. En cualquier caso, cabe añadir, el problema de la cesión legitimadora tradicional empleada por los bancos se ha paliado casi por completo con el mecanismo del nuevo artículo 107 LSA (vid. RODRÍGUEZ ARTIGAS, *op. cit.*, pág. 72 y sigs.)

(285) Lo cual constituiría causa de nulidad de la figura, según la opinión minoritaria de RONCERO SÁNCHEZ, *op. cit.*, págs. 84-86.

(286) Cfr. BÉRGAMO, *op. cit.*, II, pág. 528.

(287) Por ejemplo, cuando se recurra a la fiducia para burlar la prohibición de votar en asuntos en los que el fiduciante tenga intereses contradictorios con los intereses sociales; o para eludir las disposiciones estatutarias que limiten el número de votos frente a

ción (288); con la consecuencia de que el *fraus legis* viciará de nulidad el acuerdo de la junta si el voto del accionista fiduciario ha sido decisivo para que se formase la necesaria mayoría (289).

Presenta similares ventajas a las ahora vistas (irrevocabilidad, perdurabilidad, plena legitimación del fiduciario) el supuesto de un *sindicato de voto* en el que las acciones sindicadas se transmiten fiduciariamente al síndico para que actúe en interés de sus fiduciantes. De esta forma se evitan los inconvenientes de la sindicación de voto basada en el simple compromiso personal acerca del ejercicio del derecho de voto. Por todo ello, un importante sector de la doctrina abogó por la vía fiduciaria (290). Pero los problemas característicos de la teoría del doble efecto, la excesiva confianza en el síndico, imprescindible para la operación, y el difícil control en caso de incumplimiento llevaron a algunos autores a rechazar este mecanismo (291). Sin embargo,

los tenedores de determinado número de acciones; o las que prohíban computar el voto de los administradores para la aprobación del balance, etc. (vid. GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1952, págs. 294-295; URÍA, en URÍA-GARRIGUES, *Comentario...*, cit., I, pág. 690; URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; MUÑOZ PLANAS, J. M., en URÍA-MENÉNDEZ-OLIVENCIA, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, V, *La Junta General de Accionistas (arts. 93-122 LSA)*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 217). En realidad, las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones pueden ser de origen legal (por ejemplo, los límites a la participación de extranjeros en algunas sociedades anónimas), estatutarias (derechos de adquisición preferente de la sociedad, autorización de la transmisión por los órganos sociales, etc.) o convencionales. Sobre ello, VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, 9.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 217 y sigs.; y, en especial, RAMOS GASCÓN, F. J., *Régimen jurídico de los valores*, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 1997, págs. 570-592. Constituye un supuesto común la transmisión fiduciaria para burlar la cláusula del estatuto social que limite el número máximo de votos que puede emitir un mismo accionista o sociedades pertenecientes a un mismo grupo (art. 105,2 LSA), que será nula, pero presenta un problema probatorio distinto, según el tipo de acciones que sea, más fácil cuando sean títulos al portador (sobre este punto, BUFETE RAMÓN HERMOSILLA, *Apuntes sobre las sociedades de capital no cotizadas*, Mactaw-Hill, Madrid, 1996, págs. 119-120).

(288) GARRIGUES, *Negocios...*, cit. pág. 65; GIRÓN TENA, *ibidem*; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *op. cit.*, págs. 42-43; URÍA, en URÍA-GARRIGUES, *Comentario...*, cit., I, pág. 690; URÍA-MENÉNDEZ-MUÑOZ PLANAS, *op. cit.*, págs. 217-218.

(289) URÍA, *ibidem*; URÍA-MENÉNDEZ-MUÑOZ PLANAS, *ibidem*. Esta nulidad también se producirá cuando el titular formal de unas acciones y socio mayoritario pretenda arrogarse el derecho de voto que, según los pactos internos, correspondía al otro socio como legítimo propietario (STS 24 septiembre 1987).

(290) BÉRGAMO, *op. cit.*, II, pág. 525 y sigs.; GARRIGUES, J., *Dictámenes de Derecho mercantil*, Imprenta Aguirre, Madrid, 1976, III, dictamen 190, pág. 407 y sigs., en especial, pág. 412 y sigs.; ID., «Sindicatos de accionistas», en *R. D. Mercantil*, 1955, pág. 103 y sigs.; *Negocios...*, cit., págs. 62 y sigs.; URÍA, en GARRIGUES-URÍA, *op. cit.*, I, pág. 667; URÍA-MENÉNDEZ-MUÑOZ PLANAS, *op. cit.*, V, pág. 104; últimamente, también BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, 10.ª ed., Tecnos, Madrid, 1994, pág. 281; VICENT CHULIÁ, *Introducción...*, 9.ª ed., cit., pág. 251.

(291) Señaladamente, PEDROL RIUS, *La anónima actual...*, cit., págs. 351-357, en especial, esta última.

en la actualidad, tras la revisión de la teoría sobre la fiducia y el surgimiento de la moderna configuración de la titularidad fiduciaria, que ataja bastantes de esos problemas, existe una orientación doctrinal que, certeramente, vuelve a ponderar los beneficios de la fiducia en la sindicación de acciones, amén de sus ventajas fiscales (recuérdense las exenciones del art. 108 de la Ley del Mercado de Valores) (292).

Otra modalidad de fiducia-gestión *inter vivos* es el *endoso fiduciario*, que es un endoso pleno con fines de apoderamiento o cobranza encubiertos, en el cual el endosatario aparece formalmente como propietario de la letra de cambio, igual que vimos que ocurría en los endosos en garantía encubierto. Su carácter de negocios fiduciarios y su extraordinaria difusión en la práctica son notorios (293). Entre sus ventajas más relevantes respecto al endoso de apoderamiento expreso regulado por la Ley cambiaria (art. 21), cabe destacar que al endosatario, propietario externo (pero mero mandatario en las relaciones internas), no se le podrían oponer las excepciones personales que el deudor tuviese frente al endosante (auténtico propietario y comitente) (294).

La licitud de la figura de los *fundadores fiduciarios de una sociedad* también ha sido reconocida en nuestro Derecho (295). Tanto la Ley de So-

(292) En este sentido, el completo análisis de PÉREZ MORIONES, A., *Los sindicatos de voto para la Junta General de Sociedad Anónima*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 493-503, y en especial, pág. 501 y sigs. Allí puede verse la evolución descrita con mayor detalle.

(293) Ambos extremos son puestos de relieve por la STS 3 julio 1992 según la cual es «frecuente en la práctica mercantil que el endoso de apoderamiento o comisión de cobranza se haga en forma encubierta, apareciendo externamente el endoso como pleno, pero continuando el endosante como verdadero propietario de la letra y titular de los derechos cambiarios en orden a las relaciones internas entre endosante y endosatario, al obrar este último en nombre propio, aunque por cuenta de su comitente» (FD 4.º) y «el «endoso para cobranza», no manifiesto o encubierto como negocio fiduciario bajo la forma de endoso pleno, sólo faculta para obrar por cuenta del endosante». Igualmente, la doctrina citada antes respecto al endoso fiduciario de garantía (GARRIGUES, SÁNCHEZ CALERO, PAZ-ARES, VERGEZ, PARICIO SERRANO, *op. cit.*, pág. 551), además de VICENT CHULIÁ, *Introducción...*, 9.ª ed., cit., pág. 702. También insisten en su frecuencia y efectos especiales URÍA, R., *Derecho mercantil*, 22.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 944; RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE, A., *Manual de Derecho mercantil*, Eds. Deusto, S.A., Bilbao, 1996, pág. 529.

(294) Vid. los autores citados en la nota anterior y, en especial, una exposición pormenorizada del tema de las excepciones alegables por el deudor cambiario frente a la pretensión del tenedor en PARICIO SERRANO, *op. cit.*, págs. 552-559, quien concluye la posibilidad de alegar la excepción de tráfico cambiario y, sobre todo, la excepción de falta de titularidad, pero no la *exceptio doli*. Este mismo autor recoge, entre las razones para acudir a este medio, el encubrir mejor al mandatario o comisionista por los anticipos hechos al endosante, y el hecho de denotar el endoso de apoderamiento expreso cierta desconfianza por el uso que pueda hacer el endosatario del título recibido.

(295) Expresamente la admite la STS 19 junio 1992 [: «la actuación de los señores (...) no respondía sino a una figura reconocida doctrinalmente como “fundadores fiducia-

ciudades Anónimas (LSA) como la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL) fijan (y fijaban, en sus antiguas versiones) (296) un número mínimo de personas, físicas o jurídicas, para la constitución de entidades de este género. Pero puede suceder que concurren como fundadores personas que suscriban un número mínimo de acciones (muchas veces una sola), obrando en realidad por cuenta del único interesado real en la constitución de la sociedad, el fiduciante, de forma que las formalidades legales respecto al número de socios iniciales queden cumplidas. Se considera que esta operación es un negocio fiduciario válido (salvo que persiga un fin fraudulento de otras normas), y no simulado, y que no afrenta la normativa sobre la estructura de la sociedad como grupo de personas, desde el momento en que no es causa de disolución la reunión de todas las acciones en una sola mano; ni vulnera las normas sobre responsabilidad de los fundadores, pues la Ley prescribe que la responsabilidad de los fundadores alcanza también a las personas por cuya cuenta actuaron (297). No obstante lo dicho, cabe augurar un menor empleo de este recurso fiduciario desde el momento en que las sociedades unipersonales de responsabilidad limitada han sido explícitamente reguladas en nuestro ordenamiento (298).

Con frecuencia se relaciona la figura de la *interconexión de sociedades*, más o menos solapada, con la fiducia. La *fiducia cum amico* se articula muchas veces entre personas jurídicas que, aunque formalmente son distintas,

rios"...»; su complejo supuesto de hecho consistió en la creación de una sociedad anónima por la persona que había pagado todas las deudas de una línea de transportes operativa por concesión administrativa. Para conseguir este negocio, intransmisible abiertamente sin perder la concesión, sus dueños actuaron conjuntamente con su acreedor como fundadores fiduciarios de la sociedad anónima, que incluía la línea de autobuses en el objeto social, de forma que las acciones pertenecían realmente al acreedor, pese a la titularidad formal del negocio segua radicada en los concesionarios originales]. Recientemente, también la STS 24 febrero 1998 (FD 5.º), que rechaza la alegación del recurrente de que «la sala de instancia ha confundido la figura del fundador fiduciario con la del clandestino, que utiliza a tres hombres de paja para simular pluralidad de sujetos en el contrato de sociedad, sin que concorra la existencia de *affectio societatis*, sino simple ánimo de servir a un amigo o subordinado». Y, asimismo, la STSJ Navarra 28 noviembre 1997 (FD 4.º). Quien, con mayor detalle se ha ocupado de esta figura es GARRIGUES, *Negocios...*, cit., págs. 67-75; vid. pág. 67 sobre los múltiples motivos que inducen a este proceder; vid. también DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 416-417; y BUFETE RAMÓN HERMOSILLA, *Apuntes...*, cit., págs. 120-121 (con crítica de la sentencia citada, págs. 121-123).

(296) Artículos 14 y 34 LSA, según su texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre; y artículos 16,1.b) y 16,2 LSRL, aprobada por Ley 2/1995, de 23 de marzo.

(297) Artículo 18 LSA de 1989 (antiguo art. 13), de manera que el verdadero fundador no puede ocultarse tras la persona de un fiduciario insolvente; vid. GARRIGUES, *Negocios...*, cit., págs. 74-75.

(298) Artículos 125-129 y 16,1.d) de la LSRL de 1995; y artículo 34,1.d) de la LSA (reformado por la Disposición Adicional segunda de la LSRL de 1995).

encubren unos mismos intereses. O dicho con otras palabras, no es raro que la persona jurídica fiduciaria encuentre su razón de ser (o explicación de su constitución) en el previo propósito de utilizarla en la vida jurídica como instrumento de actuación de la persona jurídica fiduciante. Y éste puede ser el punto de partida para aplicar la doctrina del levantamiento del velo para evitar abusos de derecho o actuaciones fraudulentas (299).

Los *fondos de inversión mobiliaria* han experimentado un gran auge en España durante el último decenio, dentro de las denominadas «instituciones de inversión colectiva» (300), debido a su atrayente fórmula para el ahorro y sus beneficios fiscales (301). Los fondos de inversión son fruto de una adaptación del *investment trust* anglosajón al Derecho continental europeo. Este *trust* se basa en la reunión de capitales depositados en un banco o entidad financiera, el *trustee*, que custodia y administra la inversión según las directrices dadas por el gestor especializado (302). Dos formas adopta el *investment trust*, según su constitución sea societaria (*statutory investment trust*) o contractual (*contractual investment trust*); la primera inspiró el surgimiento de las «sociedades de

(299) Así lo explica, casi literalmente, DE ANGEL YÁGÜEZ, R., *La doctrina del «levantamiento del velo» de la persona jurídica en la jurisprudencia*, 3.ª ed., Civitas (1.ª ed., 1990), Madrid, 1995, págs. 209-210; y cfr. la STS 13 julio 1987.

(300) Las Instituciones de Inversión Colectiva están reguladas por la Ley 46/1984, de 26 diciembre, desarrollada por su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1393/1990, de 2 noviembre (parcialmente reformado por el Real Decreto 686/1993, de 7 mayo) y por bastantes normas de rango reglamentario inferior (órdenes ministeriales y circulares de la Comisión Nacional del Mercado de Valores). Aparte de las modificaciones fiscales, numerosos preceptos de la Ley 46/1984 fueron reformados por la Ley 24/1988, de 28 julio, del Mercado de Valores (Disposición Adicional 6.ª). Un cuadro completo de estas instituciones podría realizarse distinguiendo dos grupos, según la naturaleza financiera o no financiera de los bienes. Si son de carácter financiero (dinero y valores), pueden ser Sociedades de Inversión Mobiliaria (de capital fijo o variable), Fondos de Inversión Mobiliaria, Fondos de Inversión en activos del mercado monetario y Fondos de Inversión en Deuda del Estado (Fondtesoro; Orden Ministerial de 7 junio 1990). Si se trata de bienes que no tengan carácter financiero, las instituciones pueden ser (según Ley 19/1992, de 7 julio, y Reglamento citado 686/1993) Sociedades de Inversión Inmobiliaria y Fondos de Inversión Inmobiliaria. Finalmente, también están reguladas las Sociedades Gestoras de Carteras de Valores. Una visión general de todas estas instituciones puede verse en SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, 19.ª ed., cit., págs. 662-670. La bibliografía sobre estas instituciones y, en concreto, sobre los Fondos de Inversión Mobiliaria, es muy extensa; pueden consultarse catálogos bibliográficos bastante completos en FARRANDO MIGUEL, I., «La inversión a través de instituciones de Inversión Colectiva», en *RDBB* (51), 1993, pág. 681 y sigs., en especial, págs. 737-741; y, sobre todo, PALÁ LAGUNA, R., «Algunas cuestiones en torno a la responsabilidad de las sociedades gestoras de fondos de inversión», en *RDBB* (65), 1997, pág. 75 y sigs., en especial, págs. 119-124.

(301) Vid. GENEROSO HERMOSO y cols., *Fondos de inversión mobiliarios e inmobiliarios*, Ed. Edigener, Madrid, 1992, págs. 55-70 para un resumen de su régimen fiscal y ventajas.

(302) En especial, en la modalidad británica de los *unit trusts*.

inversión mobiliaria» (SIM) españolas, que son sociedades anónimas, y la segunda originó nuestros «fondos de inversión mobiliaria» (FIM) (303). El régimen legal de estos fondos, tras una primera regulación en 1964, se halla sustancialmente (con algunos retoques posteriores), en la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva (LIIC) de 26 diciembre 1984 y en su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1393/1990, de 2 de noviembre (304). El problema de su incorporación y calificación jurídica no es de fácil resolución, al no existir en Derecho español la institución del *trust* o alguna plenamente equiparable. Esto ha obligado a desnaturalizar un poco el modelo anglosajón y a buscarle acomodo entre las instituciones tradicionales del *civil law* (305).

La Ley (art. 2,2 LIIC) define los fondos de inversión mobiliaria como «patrimonios pertenecientes a una pluralidad de inversores, cuyo derecho de propiedad se representa mediante un certificado de participación, administrados por una Sociedad Gestora a quien se atribuyen las facultades del dominio sin ser propietaria del Fondo, con el concurso de un Depositario, y constituidos con el exclusivo objeto de (...) la adquisición, tenencia, disfrute, administración en general y enajenación de valores mobiliarios y otros activos financieros para compensar (...) los riesgos y los tipos de rendimiento» (306). Además, los fondos carecen de personalidad jurídica. Ante esta concepción legal, se han ensayado diversas explicaciones de la naturaleza jurídica del fondo (comunidad de bienes, propiedad temporal, etc.), primando en la actua-

(303) TAPIA HERMIDA, A. J., «La gestión de los fondos de pensiones (un análisis jurídico)», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil (RDBB)* (30), 1988, pág. 396 (con citas bibliográficas). Aunque debe tenerse presente, como subraya SÁNCHEZ CALERO (*Hacia un reconocimiento legislativo en España del fideicomiso bancario...*, cit., pág. 195), que esta institución se transplantó a nuestro Derecho, no directamente del Derecho americano, sino de las adaptaciones producidas en los países europeos. Sobre la comparación con el *investment trust*, vid. VERDERA Y TUELLS, E., «La constitución de los Fondos de Inversión Inmobiliaria», en AA.VV., *Coloquio sobre el régimen de los Fondos de Inversión Inmobiliaria*, Bilbao, 1974, pág. 31 y sigs.

(304) Las fases de la regulación española, en esquema, son las siguientes: primero se regularon las SIM, por Ley 15 julio 1952, al ser más fácilmente adaptables al Derecho español debido a su estructura societaria; después, al reordenarlas, fueron regulados por primera vez los FIM, por Decreto-ley 30 abril 1964; y, finalmente, con retoques anteriores y posteriores (citados en una nota anterior) tanto las SIM como los FIM están regulados por la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva de 26 diciembre 1984. Recientemente, cambios en el régimen de las IIC sobre inmuebles, en la Ley 20/1998, de 1 de julio.

(305) Cfr. PALÁ LAGUNA, *op. cit.*, pág. 86 y sigs.

(306) Entre las notas características de estos fondos de inversión cabe citar la captación pública de recursos económicos a través de emisión de títulos propios, la formación de un fondo común para gestionarlo y la gestión especificada por la limitación del riesgo a través de la diversificación de inversiones. Cumple destacar también la configuración tripartita del negocio: existen los inversores (partícipes o beneficiarios), la entidad gestora (constituida por expertos en inversión financiera) y la entidad depositaria (que custodia los valores, ejecuta las instrucciones del gestor y controla su actividad).

lidad dos explicaciones: la primera, que sigue el tenor legal, estima que existe una copropiedad de los partícipes y un mandato para la gestión de esa cotitularidad, combinados con la idea del patrimonio afectado a un fin que el fondo constituye (307). La segunda explicación, mayoritaria, reputa errados los términos legales y estima que no existe una propiedad de los partícipes, sino que sus derechos se asemejan a las participaciones de los socios en una Sociedad Anónima, por lo que concluyen que el fondo de inversión tiene naturaleza de sociedad o asociación (308). La tesis de la propiedad fiduciaria del fondo, pese al origen de la institución en el *trust*, apenas ha tenido eco, salvo, a lo sumo, para indicar la relación de confianza entre las partes; es decir, para resaltar su carácter de «relación fiduciaria» o «negocio de confianza», pero sin calificarlo como un «negocio fiduciario» en sentido estricto (309).

En claro paralelismo con los fondos de inversión están los *fondos de pensiones*, regulados por la Ley de 8 de junio de 1987 y su Reglamento, aprobado por Real Decreto de 30 de septiembre de 1988 (310). También los fondos de pensiones suponen una adaptación del *trust* angloamericano a nuestro Derecho

(307) Diversos preceptos avalan claramente esta concepción (cfr., v. gr., art. 28 LIIIC). La sostienen, por ejemplo, muy argumentadamente PALÁ LAGUNA, *op. cit.*, págs. 82 y sigs., 87 y sigs., 95, *passim* (vid. en notas 17 y 32 cita de otros autores en el mismo sentido); antes, VERDERA Y TUELLS, *op. cit.*, págs. 27 y sigs., 100 y 162-164.

(308) Cada autor matiza particularmente el carácter de esa sociedad y su normativa supletoria. Vid. especialmente, DUQUE DOMÍNGUEZ, J., «Participaciones y certificados en los Fondos de Inversión Mobiliaria», en AA.VV., *Coloquio sobre el régimen jurídico de los fondos de inversión mobiliaria*, Bilbao, 1974, pág. 359 y sigs.; BROSETA PONT, M., «La sociedad gestora en los fondos de inversión mobiliaria», en AA.VV., *Coloquio...*, cit., págs. 232-233; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «Instituciones de Inversión Colectiva (Sociedades y Fondos de Inversión)», en AA.VV., *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid, 1990, págs. 173-174. Para mayor desarrollo de esta posición doctrinal, VILLARINO HERRERA, J., *La naturaleza jurídica de los Fondos de Inversión en el Derecho español*, tesis doctoral inédita, Universidad de Navarra, Pamplona, 1993.

(309) Alude a esta relación fiduciaria entre propietarios y sociedad gestora VICENT CHULIÀ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, 3.^a ed., Bosch, Barcelona, 1991, I, 2, pág. 991. Antes de la legislación vigente, acogía esta tesis SÁNCHEZ CALERO (*Instituciones de Derecho Mercantil*, 3.^a ed., Valladolid, 1973, pág. 293); y «Deberes de información y balances en los Fondos de Inversión Mobiliaria», en AA.VV., *Coloquio sobre el régimen jurídico...*, cit., pág. 446) que señalaba que «entre los partícipes y la sociedad gestora hay una relación de confianza (de *fiducia*), que da lugar a un negocio fiduciario que responde a la concepción anglosajona de la institución jurídica del *trust*». Sin embargo, parece haber abandonado en escritos posteriores esa idea, para adscribirse al carácter asociativo del fondo.

(310) Deben tenerse presentes también las modificaciones introducidas en el capítulo I de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones introducidas por la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, de 8 noviembre 1995. Sobre su beneficioso régimen fiscal, vid. ALONSO MURILLO, F., *Tributación de los Planes y Fondos de Pensiones*, MacGraw-Hill, Madrid, 1996.

y su antecedente legislativo inmediato son precisamente los fondos de inversión, con los cuales, no obstante, presentan alguna diferencia por razón de las finalidades (de previsión social). La Ley distingue entre los «planes de pensiones», que son el esquema contractual en el que debe desarrollarse la gestión (pues definen los fines y los medios), y los «fondos de pensiones», que son el objeto de la administración (311). Estos son definidos legalmente como «patrimonios creados al exclusivo efecto de dar cumplimiento a los planes de pensiones, cuya gestión, custodia y control se realizarán de acuerdo con la presente Ley» (art. 2 Ley) y «carecerán de personalidad jurídica» (312). La similitud con los FIM ha hecho que se reproduzca el debate en torno a su naturaleza jurídica, principalmente dividido entre su consideración como una forma de copropiedad unida a un mandato de gestión (313), con especial hincapié en su carácter de patrimonio de destinación (314), y la similitud de los fondos de pensiones con la estructura de una sociedad (315). Junto a estas dos explicaciones, tiene bastante respaldo la idea del patrimonio fundacional, que, por tanto, acerca la figura más a las *universitas rerum* (fundaciones) que a las *universitas personarum* (asociaciones o corporaciones) (316). Y también ha tenido éxito, desde luego mucho mayor que para los FIM, sin llegar a ser preponderante, la descripción del fondo de inversión a través de la noción del negocio

(311) Cfr. TAPIA HERMIDA, A. J., *La gestión de los fondos de pensiones...*, cit., pág. 381 y sigs.

(312) Artículo 11,1 *in fine* de la Ley y artículo 25 del Reglamento. La Exposición de Motivos de la Ley insiste en su carácter de patrimonio-afectación en los siguientes términos: «adoptarán la naturaleza de patrimonios separados carentes de personalidad jurídica e integrados por los recursos afectos a las finalidades predeterminadas en los Planes de Pensiones adscritos». También aquí concurren tres partes en el negocio: los partícipes, la entidad gestora (sociedades anónimas especializadas, con autorización o entidades aseguradoras) y la entidad depositaria (entidad de crédito o depósito domiciliada en España); y, además, a diferencia de los FIM, existe una Comisión de Control del Plan de Pensiones.

(313) Cfr. TAPIA HERMIDA, *La gestión...*, cit., pág. 402 (copropiedad, depósito y mandato).

(314) BOLÁS ALFONSO, J., «Constitución de los fondos de pensiones: especial referencia a la escritura de constitución», en MARTÍNEZ LAFUENTE, A. (dir.), *Estudios sobre Planes y Fondos de Pensiones*, Ariel Derecho, Barcelona, 1989, págs. 102-103; MICHAVILA NÚÑEZ, J. M., «Naturaleza y tipología de los planes de pensiones», en los mismos *Estudios...*, cit., pág. 67.

(315) DUQUE DOMÍNGUEZ, J., «Notas delimitadoras y naturaleza jurídica de los fondos de pensiones», en AA.VV., *Régimen jurídico de los planes y fondos de pensiones*, 2.ª ed., Editorial Española de Seguros, Madrid, 1989, pág. 92; MICHAVILA, *op. cit.*, pág. 66; SÁNCHEZ CALERO, F., «Delimitación y notas características de los Planes de Pensiones», en AA.VV., *Régimen jurídico...*, cit., pág. 25; VERGEZ, M., «Los contratos de gestión y depósito de Fondos de Pensiones», en AA.VV., *Régimen jurídico...*, cit., pág. 116.

(316) BOLÁS ALFONSO, *op. cit.*, pág. 102. Otras tesis, menos consistentes, que han sido sugeridas: propiedad de la entidad gestora, la asignación de personalidad jurídica al fondo (contra el tenor legal), contrato de seguro, etc.

fiduciario (317). La entidad gestora tendría las facultades de un auténtico fiduciario. En contra de esta última tesis se ha alegado, principalmente, que, según el régimen legal, no hay transmisión de la propiedad al gestor (318); pero esta objeción se desvanece, como ha sucedido con otras instituciones antes vistas, si se concibe la fiducia, tras su moderna revisión, como el traspaso de una mera «titularidad fiduciaria», que hace que el partícipe del fondo siga siendo el auténtico propietario.

Por último, se detecta en la práctica jurídica española un uso recurrente, frecuentísimo, del *trust* anglosajón, en sus líneas más puras, como pieza básica del negocio de «multipropiedad» (sic) o derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. Se trata de la modalidad del *Club-Trustee*, que, dentro de su variante más usual, consiste en la constitución de una sociedad en la que participan como fundadores los promotores y los gestores de los servicios (en su caso, meros contratistas), en la que se permite el ingreso como partícipes a los sucesivos adquirentes del derecho de multipropiedad. La titularidad formal de la sociedad y de los diversos ingresos corresponde un *trustee*, que administra el conjunto en beneficio del club y sus miembros (319). La adopción transfronteriza de esta institución en España tiene su explicación en la afluencia turística británica a nuestro país y en las ventajas fiscales que lleva aparejada, según el foro del fiduciario. Queda en duda la incidencia que la nueva Ley 42/1998, de 15 de diciembre, pueda tener sobre esta variante de «multipropiedad» con elemento extranjero.

(317) Expresamente, antes de la ley vigente, FERNÁNDEZ RADAÑA, F., «Los Fondos de Pensiones. Problemas de su tratamiento legal», en AA.VV., *Los Fondos de Pensiones*, Documentos de la Bolsa de Madrid, Servicio de Estudios, Madrid, 1984. Con posterioridad a la Ley, GÓMEZ GÁLLIGO, *op. cit.*, pág. 555; y, en un sentido más amplio de fiducia, cfr. DUQUE DOMÍNGUEZ, *op. ult. cit.*, págs. 90-91; y, especialmente, USTARROZ UGALDE, J. R., «La naturaleza jurídica de los fondos de pensiones», en *RDBB* (27), 1987, pág. 592 (y 589 y sigs.) quien acaba concluyendo que «sustancialmente entre los partícipes y la sociedad gestora hay una relación de confianza que da lugar a un negocio fiduciario que responde a la concepción anglosajona de la institución jurídica del *trusts*».

(318) ALONSO MURILLO, *op. cit.*, pág. 40. Reveladoras de la idea que subyace en esta orientación son las palabras de TAPIA HERMIDA (*La gestión...*, cit., pág. 401): los efectos reales y obligacionales del *trust* anglosajón explican el fondo de pensiones «sin los riesgos que implica la explicación de nuestro negocio fiduciario de acuerdo con la teoría del doble efecto y que hacen inaplicable tal figura a los fondos de pensiones». Cfr. TAPIA HERMIDA, *La gestión...*, cit., pág. 401.

(319) Sobre el desarrollo del Club-Trustee en España y su comparación con categorías españolas, por todos, LETE ACHIRICA, J., *El contrato de multipropiedad y la protección de los consumidores*, Cedecs, Barcelona, 1997, pág. 67 y sigs. Sus rasgos en el Derecho británico, también en MUNAR BERNAT, P. A., *Regímenes jurídicos de multipropiedad en el Derecho comparado*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 187 y sigs.; BAKER, K., «La multipropiedad en el Reino Unido», en AA.VV., *El aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en Europa*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, pág. 173 y sigs.

IV. OPERACIONES FIDUCIARIAS *MORTIS CAUSA*

1. LÍMITES Y OBSTÁCULOS

Al hablar de operaciones fiduciarias *mortis causa* nos referimos a la antes denominada «fiducia-liberalidad», que, entre la doctrina española recibe la denominación de «fiducia sucesoria». Esta tiene su origen remoto en el *fideicommissum* y no en la *fiducia* romana, y consiste en una categoría que engloba una serie de instituciones en las que los testadores o disponentes *mortis causa* encomiendan a personas de su confianza encargos sobre la aplicación de los bienes de la herencia a un destino; para su ejecución les conceden facultades más o menos amplias, con un mayor o menor grado de arbitrio sobre la forma de conseguir ese fin. En esta materia es imprescindible distinguir entre el Código Civil español y la legislación de los territorios con Derecho civil especial. En éstos se permiten y regulan muy diversas modalidades de fiducia sucesoria, debido a una libertad de testar más amplia y a un mayor respeto a la tradición histórica; mientras que en el Código Civil estas instituciones se encuentran muy restringidas, cuando no abiertamente prohibidas. Los límites que el Código impone, tanto a la fiducia sucesoria como a cualquier supuesto fundado en el *trust* que pretendiese ser lícito en España, son los siguientes (320):

- a) Existe prohibición expresa de delegar en otra persona la facultad de hacer testamento o de encomendar al arbitrio de un mandatario (*commissarius*) las concretas disposiciones testamentarias (art. 670 del Código Civil). El así llamado «testamento por comisario» (similar al *power of appointment* anglosajón) no es válido en Derecho común español (321). Tampoco es posible cualquier disposición que deje en absoluta incertidumbre la identidad del beneficiario (art. 750 del Código Civil).
- b) También prohíbe el Código Civil las disposiciones «que tengan por objeto dejar a una persona el todo o parte de los bienes hereditarios para que los aplique o invierta según instrucciones reservadas que le hubiese comunicado el testador» (art. 785, 4.º y Disposición Transitoria 2.ª). Por lo tanto, no surtirán efecto todas las manifestaciones de la fiducia sucesoria secreta, derivadas del *tacitum fideicom-*

(320) Cfr. ARROYO FERNÁNDEZ, *Trust...*, cit., págs. 1716-1717; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «La fiducia sucesoria. Ensayo de construcción dogmática», en *RCDI* (LX, 2), 1987, pág. 1751; GARRIGUES, *Law of trusts*, cit., págs. 33-34; SÁNCHEZ CALERO, *Hacia un reconocimiento legislativo...*, cit., págs. 197-198.

(321) Las causas de esta prohibición radican en una rigurosa concepción clásica del testamento y, sobre todo, en sus notas de estrictamente personal y sujeto a formalidades insoslayables.

missum romano: desde la más compleja, conocida con el nombre de «herencia de confianza», hasta el simple *nuntius*, es decir, el encargado de transmitir la última voluntad del testador que éste le transmitió verbalmente. Los llamados *secret* y *half-secret trusts* anglosajones son ilícitos para el Código Civil español (322).

- c) Las sustituciones fideicomisarias son permitidas por el Código (arts. 781-787), aunque están sometidas a una serie de límites temporales para evitar las vinculaciones perpetuas de la propiedad y favorecer su libre circulación (323). La sustitución fideicomisaria se caracteriza por la existencia de una múltiple liberalidad en favor de varias personas llamadas a ser herederos del testador según el orden sucesivo establecido por éste. Los sucesivos beneficiarios (fideicomisarios) no podrán superar dos llamamientos, si se trata de personas que no vivan al fallecer el testador (arts. 781 y 786 del Código Civil) (324).
- d) También supone un límite infranqueable en nuestro sistema sucesorio la «legítima», que consiste en «la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos» (art. 806) (325). Esa parte de la herencia indisponible para el testador consiste en una cuota variable según quiénes sean los herederos forzosos (descendientes, ascendientes y viudo o viuda, según el art. 807 y sigs.) y según cómo concurren unos con otros. En consecuencia, cualquier disposición del testador que vulnere las reglas de la sucesión forzosa será nula (326).

(322) Sobre la extensión de la prohibición del artículo 785,4.º del Código Civil y el análisis comparativo de los *secret trusts* anglosajones con las modalidades de la fiducia sucesoria absoluta y relativamente secreta, vid. CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria secreta*, cit., págs. 1224-1256 y 1391-1425, respectivamente. Acerca del alcance del artículo 670 del Código Civil, *ibidem*, págs. 1190-1205, con abundante bibliografía.

(323) Para una comparación de estas normas contrarias a la inalienabilidad y la vinculación con la correspondiente «*rule against perpetuities*» que afecta a los *trusts* anglosajones, vid. PUIG BRUTAU, J., *Estudios de Derecho comparado*, Ed. Ariel, Barcelona, 1951, pág. 62 y sigs., y sobre todo pág. 71 y sigs.

(324) El artículo 785, en sus párrafos 2.º y 3.º contiene, además, prohibiciones más generales sobre disposiciones que persigan la vinculación.

(325) La legítima afecta a todas las disposiciones del testador; vid. artículos 636, 782 y 813.

(326) Resultan de sumo interés las reflexiones de DIEZ-PICAZO (*Operaciones fiduciarias...*, cit., págs. 55-56) acerca de las legítimas como límite para el testador que quiera imponer una administración permanente o temporal similar al *trust* sobre bienes que corresponden por ley a los herederos forzosos; puesto que se produciría una lesión de la intangibilidad cualitativa de la legítima; al menos, respecto a la legítima estricta, y, con más dudas, respecto a la mejora.

- e) Los pactos sobre la herencia futura (art. 1.271,2.º del Código Civil), así como todo tipo de contratos sucesorios están prohibidos, puesto que sólo se admite el testamento como cauce único de distribución voluntaria de la herencia (art. 658 del Código Civil). Se trata de un obstáculo más a cualquier transacción fiduciaria *mortis causa*.

En los Derechos civiles, propios de ciertos territorios españoles, también existen algunos de los límites señalados, formulados con distintas peculiaridades (327), pero ello no ha impedido el reconocimiento legislativo de variadas manifestaciones de la fiducia sucesoria, como vamos a comprobar ahora.

2. MODALIDADES: LA FIDUCIA SUCESORIA

Dejando aparte los múltiples matices que presenta cada figura concreta, según la regulación establecida por cada uno de estos Derechos territoriales (328), es posible reconducirlas todas a dos grupos, según se trate de una «fiducia sucesoria» en sentido estricto o en sentido lato. Dentro de la estricta fiducia sucesoria pueden fijarse dos conjuntos de instituciones:

- El primer conjunto tiene como denominador común la concesión de arbitrio o margen de intervención con su propia voluntad al fiduciario que recibe el encargo de ordenar total o parcialmente la sucesión del *de cuius*. El fiduciario se subroga en todas o en algunas de las facultades dispositivas y ordenadoras de la sucesión que tenía del causante y le sustituye estableciendo con su propia voluntad (del fiduciario) el destino de bienes ajenos (del fallecido). Supone una suerte de «repre-

(327) Existen, por ejemplo, las legítimas en la mayoría de estos derechos especiales, si bien no siempre con idénticas proporciones al Código Civil (cfr. Cataluña); y en algún caso, como Navarra, la sucesión forzosa es puramente formal, puesto que puede dejarse sin contenido económico (cfr. el caso de Aragón, donde la legítima es colectiva). La sustitución fideicomisaria está regulada con muchísimo detalle en Cataluña, aunque con parecidos límites a los del Código Civil (cfr. arts. 180-249 del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña de 30 diciembre 1991); también en Navarra, aunque el límite se extiende hasta el cuarto llamamiento (Ley 224,2 del Fuero Nuevo de Navarra).

(328) Una visión de conjunto, con detalladas referencias normativas a cada figura puede verse, sobre todo en ASÚA GONZALEZ, C. I., *Designación de sucesor a través de tercero*, Tecnos, Madrid, 1992; CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria secreta*, cit., págs. 13-20 y 597 y sigs.; FERNÁNDEZ DEL POZO, *op. cit.*, *passim*; MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *La fiducia sucesoria en Aragón*, Col. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1994, págs. 25-63. Totalmente superada por la renovación legislativa, pero de alguna utilidad como panorama general, HIERNEIS, O., *Das besondere Erbrecht der sogenannten Foralrechtsgebiete Spaniens*, Berlin-Tübingen, 1966. Es fundamental en la materia la exposición de la STS 30 octubre 1944 (ponente CASTÁN TOBEÑAS).

sentación *post mortem*». Cuando las facultades conferidas al fiduciario mediante poder son totales, hasta el punto de que prácticamente otorga testamento en lugar del testador y elige al heredero, según sus propios criterios, estaremos ante un «testamento por comisario», prohibido por el Código Civil y permitido en el territorio aforado de Vizcaya (329). Si, en cambio, la libertad dispositiva del fiduciario está limitada de alguna manera por el *de cuius*, de forma que tiene la facultad de elegir al heredero o distribuir la herencia, pero entre las personas designadas por el testador o disponente, o bajo pautas más o menos amplias consignadas en el instrumento sucesorio, nos encontraremos con un «fiduciario-comisario»; éste, admitido en Baleares, Cataluña, Navarra, Aragón, País Vasco y Galicia, suele ser el cónyuge sobreviviente o algún pariente del finado (330) y, habitualmente, la finalidad de esta figura es de eminente carácter familiar, en el sentido de elegir el sucesor más apto para regir la explotación familiar, agrícola, industrial o mercantil. Precisamente, la gran ventaja que procura es diferir la elección del sucesor (puede que, por ejemplo, a la muerte del testador, sus hijos sean aún muy pequeños) y encomendarla a una persona de la absoluta confianza del causante. En el ámbito del Código Civil, no existen instituciones parangonables en amplitud a éstas, debido a los principios señalados, salvo la distribución de la mejora encomendable al cónyuge (art. 831) y, hasta cierto punto, los mandatarios para la distribución de bienes en favor de clases determinadas o del alma del testador (arts. 671, 747, 749 y 751) (331).

(329) Artículos 32-48 de la Ley 3/1992, de 1 julio, del Derecho civil foral del País Vasco. Sobre esta figura y su evolución histórica en toda Europa, vid. la minuciosa obra de NÚÑEZ IGLESIAS, A., *El testamento por comisario*, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1991.

(330) Sólo en Navarra se admite que el fiduciario pueda ser cualquier persona, incluso sin parentesco con el causante de la sucesión. Por otra parte, este tipo de fiduciario elector o distribuidor puede combinarse en algunas legislaciones (Cataluña, arts. 201 y 202; Navarra, Ley 235) con una sustitución fideicomisaria, de manera que el fiduciario, que primero es heredero con disfrute de la herencia, está habilitado para elegir a sus sustitutos fideicomisarios. Para Baleares, cfr. artículos 18-23 y 71 de su Ley 8/1990, de 28 junio; para Cataluña, artículos 148-149 de su Código de 1991; para Navarra, Leyes 281-288 de su Compilación de 1973; para Aragón, artículos 110-118 de su Compilación, modificada por Ley 3/1985, de 21 mayo; para el País Vasco, artículo 33 de su ley de 1992; para Galicia, artículos 141-143 de su Ley 4/1995, de 14 mayo.

(331) Desde 1981 hasta 1995 existió una institución similar a los fiduciarios-comisarios en el ámbito del Derecho estatal, sólo en relación con las explotaciones agrarias, regulada por la Ley 49/1981, de 24 diciembre, derogada por la Ley 19/1995, de 4 julio. Vid. NÚÑEZ IGLESIAS, A., «El testamento por comisario del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1615, 25 octubre 1991, págs. 5230-5280.

- El segundo conjunto institucional se caracteriza por el limitado o nulo arbitrio del fiduciario, a quien también encomienda el disponente la facultad de disponer u ordenar su herencia, pero sin remitirse a la voluntad de aquél, sino de acuerdo con las instrucciones secretas que le confía el causante al margen del testamento o instrumento sucesorio. Se trata de los llamados «herederos de confianza» (*half-secret trustees*), que son instituidos herederos con el único objetivo de que, en su momento, revelen la auténtica voluntad del *de cuius*, o la mantengan reservada y la ejecuten. La identidad del auténtico heredero o beneficiario permanece oculta, mientras el fiduciario sigue gestionando el patrimonio, sin disfrutarlo para sí, dada su condición de heredero meramente formal y, en último lugar, de especial executor testamentario con retribución. Esta figura está admitida y regulada en Cataluña y en Navarra (332). También es posible ahí que la titularidad del fiduciario con instrucciones secretas sea en concepto de legatario o de albacea. En el Derecho de Navarra existen además, dos variantes especiales: la «fiducia continuada» y la «donación fiduciaria». La primera, que es una institución novedosa e híbrida de fundación, *trust* anglosajón y fideicomiso bancario hispanoamericano, consiste en una forma de liberalidad *mortis causa*, por la que el disponente establece el destino permanente de su herencia en favor de beneficiarios indeterminados, a través de una serie de herederos fiduciarios sucesivos que, dotados con las más amplias facultades para la gestión del patrimonio afectado, recibieron confidencialmente las instrucciones a tal fin (333). Por otra parte, la donación fiduciaria persigue idénticos fines mediante un negocio *inter vivos*: el donante impone a los sucesivos donatarios una carga que requiere un cumplimiento continuado o periódico (334).

Por último, dentro de la fiducia sucesoria en sentido lato o amplio, equiparable a los denominados «negocios de confianza», pueden in-

(332) Artículos 150-153 del Código de Sucesiones catalán; Leyes 289-295 de la Compilación navarra. La designación de los fiduciarios puede realizarse no sólo en testamento sino en otros tipos de instrumentos sucesorios lícitos en esos Derechos, como los contratos sucesorios, donaciones *mortis causa*, etc. Además de otras disparidades, merece la pena resaltar que en Navarra los fiduciarios pueden ser personas jurídicas, mientras que en Cataluña no. Sobre el régimen y problemática (actual e histórica) de las herencias de confianza, CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria secreta*, cit., *passim*. A mi entender, estas figuras no son «negocios fiduciarios» *stricto sensu* (*op. cit.*, págs. 529-549).

(333) Cfr. Ley 293 de la Compilación navarra. En detalle, CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria secreta*, cit., págs. 1292-1359.

(334) Cfr. Ley 163. Sobre ello, con especial atención a su caracterización jurídica diversa de la donación modal, CÁMARA LAPUENTE, *Donación fiduciaria...*, cit., pág. 51 y sigs. Con argumentación recusable, estiman imposible la categoría de la donación fiduciaria la STSJ Navarra 9 febrero 1994 y la STSJ Cataluña 2 julio 1990.

cluirse las sustituciones fideicomisarias (335), las designaciones de heredero y legatario *sub modo* (336), el albaceazgo (337), los contadores partidores (338), el mandato *post mortem* (339), etc.

V. FISCALIDAD

Dado el carácter atípico del negocio fiduciario, no existe regulación alguna de su régimen fiscal, de igual forma que tampoco existen normas sustantivas al respecto. Ello plantea un sinnúmero de dificultades teóricas y prácticas respecto a cada impuesto, dependiendo del carácter *inter vivos* o *mortis causa* de la fiducia, de la naturaleza de los bienes y de la finalidad de garantía o de gestión; dificultades que han sido muy poco estudiadas en España (340) y que sería temerario e inoportuno tratar de resolver aquí y ahora. En cualquier caso, debe tenerse presente que a la hora de la reclamación del pago de un impuesto sólo se tendrá presente el aspecto externo del negocio fiduciario, esto es, la apariencia de transmisión de la titularidad sobre el bien o derecho, quedando sin relevancia tributaria el aspecto interno de la fiducia, el auténtico alcance causal del negocio (341); lo cual, sin duda, puede generar algunos inconvenientes, al considerar al fiduciario como

(335) Artículos 781-787 del Código Civil; artículos 180-249 del Código de Sucesiones catalán; Leyes 224-239 de la Compilación navarra.

(336) Artículos 797-798 del Código Civil (cfr. art. 619); artículos 161-166 del Código de Sucesiones catalán.

(337) Artículos 892-911 del Código Civil; artículos 308-321 del Código de Sucesiones catalán; Leyes 296-299 de la Compilación navarra.

(338) Artículo 1.057 del Código Civil; artículos 55-56 del Código de Sucesiones catalán; Leyes 340-344 de la Compilación navarra; artículos 159-163 de la Ley de Derecho civil de Galicia.

(339) Ineficaz según el Código Civil (cfr. art. 1.732, 3.º); válido en Navarra (Leyes 559 y 151.2). Sobre esta figura, ALBIEZ DOHRMAN, K. J., *Negocios atributivos «post mortem»*, Cedecs, Barcelona, 1998, pág. 194 y sigs.

(340) Cfr. GÓMEZ DÉGANO, J. L., «Problemas fiscales que plantea la figura del fideicomiso y sus posibles soluciones», en AA.VV., *El fideicomiso en México y su viabilidad en España*, Somex, Madrid, 1980, págs. 143-177; GOTA LOSADA, A., *Problemas fiscales que plantea...*, *ibidem*, págs. 179-185. Para un análisis comparado con pautas útiles de cara al Derecho español, pueden consultarse las siguientes obras: TRIPET, F., *Trusts patrimoniaux anglo-saxons et droit fiscal français*, Litec, Paris, 1989; LYONS, *Double taxation of estates, inheritances and gifts in the EU and the anglo-american trust*, cit., pág. 75 y sigs.; AA.VV., *Gli aspetti civilistici e fiscali dell'istestazione fiduciaria*, Actas del Coloquio de Venecia de 5 junio 1976, Milano, 1976; KIRSTEN, M., *Treuhand und Treuhänder im Steuerrecht*, 2.ª ed., Berlin, 1978; en Luxemburgo, ELVINGER, A., «Taxation of fiduciary relationships (and related structures)», en *European Taxation* (37, 4.º), abril 1997, págs. 118-125.

(341) En este sentido, GÓMEZ DÉGANO, *op. cit.*, pág. 148.

propietario, y, por tanto, sometida esa primera transmisión a gravamen (342).

Esa es la situación respecto a los negocios fiduciarios en general. Pero hemos visto cómo algunas instituciones de signo fiduciario tienen una regulación positiva, que se traduce, asimismo, en un régimen fiscal propio. En este sentido, el trato de favor existente para los fondos de inversión y de pensiones en la legislación tributaria (343); o las normas fiscales, no siempre del todo beneficiosas, que existen para las manifestaciones de la fiducia sucesoria (344).

VI. CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Una breve ojeada al Derecho internacional privado de carácter convencional obliga a recalcar, necesariamente, en dos convenios con previsiones sobre la materia del *trust*: el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de decisiones en materia

(342) Cfr., sin embargo, las ventajas apuntadas respecto a transmisión de valores, a raíz del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores. Resulta cuando menos curiosa la argumentación que efectúa la STS 3 abril 1995 (Sala 3.ª, sección 2.ª) para evitar que el fiduciario pague el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD). La sentencia se acoge a rajatabla a la «teoría del doble efecto» —empleando incluso esa denominación— y sostiene que en el negocio fiduciario hay transmisión plena de los bienes. En el supuesto en cuestión, señala, no existió esa transmisión, sobre todo porque sólo existía un documento privado en el que constaba el negocio; como su objeto era la cesión (condicionada) de unos puestos de atraque en garantía al Banco Bilbao Vizcaya, y, por tanto, se trataba de bienes inmuebles, el documento privado no generó *traditio ficta* (art. 1.462 del Código Civil); en definitiva, hubo título, pero no modo y, por tanto, no se produjo transmisión de la propiedad, por lo que no procedía el pago del ITPAJD y se condenó a la oficina recaudadora a la devolución de lo pagado por ese concepto por el presunto fiduciario, el BBV.

(343) Vid., por todos, ALONSO MURILLO, *Tributación de los Planes y Fondos de Pensiones*, cit.; GENEROSO HERMOSO y cols., *Fondos de inversión mobiliarios e inmobiliarios*, cit., pág. 55 y sigs.

(344) Principalmente, cfr. el artículo 54 del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, promulgado por Real Decreto 1629/1991, de 8 noviembre (en desarrollo de la Ley 19/1987, de 18 diciembre, sobre dicho impuesto); en especial, su apartado 8.º relativo a los fiduciarios-comisarios en Aragón (pero también en Cataluña, País Vasco, Baleares y Galicia); cfr., MERINO HERNÁNDEZ, *La fiducia sucesoria en Aragón*, cit., págs. 203-214; y ORIA ALMUDÍ, J., «El tratamiento de la fiducia sucesoria aragonesa en el impuesto de sucesiones», en *Revista de Derecho Civil Aragonés* (II, 1), 1996, págs. 73-81. Y los apartados 1.º, 2.º, 3.º y 6.º sobre la herencia de confianza en Cataluña. En Navarra existe un régimen fiscal específico (peor) de estas figuras en los artículos 59 y 60 de las normas para la exacción de los Impuestos sobre Sucesiones y Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobadas por Acuerdo de la Diputación Foral de 10 abril 1970; cfr. CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria secreta*, cit., págs. 976-990.

civil y comercial y el citado Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985, relativo a la ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento.

El Convenio de Bruselas, ratificado por España, incluye una norma de competencia judicial relativa al *trust* en el párrafo sexto de su artículo quinto, párrafo introducido, a instancia del Reino Unido e Irlanda, por el Convenio de adhesión de 9 de octubre de 1978. Según este precepto, cualquiera de los intervinientes en un *trust* (constituyente, fiduciario o beneficiario) pueden ser demandados ante los tribunales del Estado contratante en cuyo territorio estuviese domiciliado el *trust* (345). Por supuesto, el constituyente del *trust* puede fijar un foro exclusivo de competencia, dentro del marco que establece el artículo 17 del convenio (párrafos 3.º y 4.º) (346). Es fundamental para la aplicación del artículo 5,6.º, el concepto de «domicilio» del *trust* (347), tan familiar a la concepción británica; aunque el *trust* carece de personalidad jurídica, tiene su domicilio en el país con el que guarda vínculos más estrechos. En cualquier caso, la normas citadas del Convenio de Bruselas tienen escasa aplicación en los sistemas de *civil law* que desconocen el *trust* como España, puesto que, por una parte, la norma de competencia del artículo 5,6.º sólo se refiere a las relaciones jurídicas internas de un *trust* (348) y, por otra parte, su ámbito material de aplicación es escaso, puesto que quedan fuera muchos supuestos (*trusts* sobre relaciones económico-matrimoniales, *trusts mortis causa* y supuestos de quiebras) (349).

(345) Artículo 5 del Convenio de Bruselas de 1968: «Las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán ser demandadas en otro estado contratante: (...) 6. En su condición de fundador, *trustee* o beneficiario de un *trust* constituido ya en aplicación de la ley, ya por escrito o por un acuerdo verbal confirmado por escrito, ante los tribunales del Estado contratante en cuyo territorio estuviere domiciliado el *trust*».

(346) Cfr. también el artículo 16, puesto que las competencias exclusivas establecidas por este precepto prevalecen sobre la norma de competencia establecida por el artículo 5,6.º del convenio.

(347) El artículo 53, párrafo segundo, establece que «para determinar si un *trust* está domiciliado en el Estado contratante, cuyos tribunales conocen el asunto, el tribunal aplicará las reglas de su Derecho internacional privado».

(348) Por relaciones internas se entiende los pleitos entre diversos *trustees* y entre éstos y los beneficiarios; no los contratos del *trustee* con terceros, puesto que entonces se aplicarán las mismas reglas del convenio que para cualquier otro contrato. Cfr. IRIARTE ANGEL, J. L., «Comentario al artículo 5,6.º del Convenio de Bruselas», en CALVO CARAVACA, A. L. (dir.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Universidad Carlos III, BOE, Madrid, 1994, pág. 153, quien no descarta la aplicación del precepto a las relaciones externas.

(349) En este sentido, el Informe SCHLOSSER, *JOCE*, C. 59 de 5 marzo 1979, pág. 106. Resaltan también esa limitada aplicación ASÍN CABRERA, *La Ley aplicable al Trust en el sistema de Derecho internacional privado español*, cit., pág. 2107; IRIARTE ANGEL, *op. cit.*, págs. 153-154. Los asuntos enunciados en texto pueden consultarse con mayor detalle en estas dos últimas obras.

En cuanto al Convenio de La Haya de 1985, no está de más insistir en que no versa sobre la creación del *trust*, sino sólo sobre qué ley debe aplicarse a la validez y efectos de un *trust* una vez que éste ya existe por constitución voluntaria y documentada por escrito. España fue uno de los 32 países representados en la sesión plenaria de la conferencia, pero no ha firmado el convenio (350). Las principales normas de Derecho internacional privado están en los artículos 6 y 7 (351), que establecen como criterio de conexión principal el principio de autonomía de la voluntad y, en su defecto, unas pautas para determinar la ley con la que el *trust* está más estrechamente vinculado.

Pero dado que este Convenio de La Haya no tiene vigencia en España, cuando un juez español se declare competente para conocer de un litigio internacional relativo a un *trust*, se encontrará con el problema de la *calificación* del acto o negocio jurídico, para poder dictaminar cuál es la ley que rige el caso (352). Y esta calificación se realizará «siempre con arreglo a la ley española» (art. 12,1 del Código Civil). En consecuencia, igual que viene sucediendo en otros países de *civil law*, acudirá al método de la interpretación por analogía respecto a instituciones reguladas en el Derecho español (353). Pese a las diferencias existentes, a estos efectos, el *trust inter vivos* se equiparará primordialmente a los distintos contratos que cubren sus funciones, de manera que se apliquen al supuesto de hecho las normas de conflicto previstas en el ordenamiento para las obligaciones contractuales (cfr. art. 10,5 del Código Civil). Por su parte, las normas de conflicto sobre disposiciones testamentarias servirán para resolver los problemas planteados por un *trust mortis*

(350) El convenio entró en vigor en Australia, Italia y el Reino Unido el 1 de enero de 1992; y en los Países Bajos el 1 de febrero de 1996 (cfr. en LYONS, *op. cit.*, pág. 88, núm. 120).

(351) Puede consultarse el texto del Convenio en castellano en GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., BORRÁS, A., (coord.), *Recopilación de convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (1951-1993). Traducción al castellano*, Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 335-345, con indicación bibliográfica.

(352) Se trata de un problema de «institución desconocida»; cfr. GARDE CASTILLO, J., *La «institución desconocida» en el Derecho internacional privado*, Ed. Reus, Madrid, 1947; BOUZA VIDAL, N., *Problemas de adaptación en Derecho internacional privado e interregional*, Madrid, 1977.

(353) ASÍN CABRERA, *op. cit.*, págs. 2104 y 2095 y sigs. (con abundante bibliografía internacional), quien considera que no es el método óptimo porque desnaturaliza el *trust*. Exploran este método dos obras recientes a las que me remito (para un mayor desarrollo de las cuestiones de Derecho Internacional Privado en este punto): GONZÁLEZ BEILFUSS, *El trust. La institución angloamericana y el Derecho internacional privado español*, cit. (1997), pág. 55 y sigs.; CHECA MARTÍNEZ, *El «trust» angloamericano en el Derecho español*, cit. (1998), quien aboga con énfasis por la incorporación del Convenio de La Haya al Derecho español (vid. págs. 143-144) y propone seguir la experiencia de los Países Bajos en este sentido, con una ley interna que precisase ciertos aspectos del régimen sustantivo del *trust*.

causa (art. 9,8 del Código Civil) (354). Instituciones como el albaceazgo, la sustitución fideicomisaria, la fiducia sucesoria o, *inter vivos*, el negocio fiduciario (355), el mandato, la fundación, etc., servirán a estos fines.

De todas formas, la regla que ha de predominar es la admisión en España de los efectos del *trust* válidamente constituido en su país de origen, siempre que no se infrinjan las normas imperativas del Derecho español (356) expuestas con anterioridad. La ratificación por España del Convenio de La Haya, sin duda, evitaría a los jueces españoles el complejo y no siempre satisfactorio procedimiento de la calificación jurídica de una institución inexistente en Derecho español; y ello no supondría la introducción en el Derecho interno del lejano concepto del *trust* anglo-americano, que el Convenio no adopta, sino, a lo sumo, el reconocimiento a efectos de Derecho internacional privado del concepto de *trust* internacional, que no está tan lejos de la moderna configuración del negocio fiduciario o de las manifestaciones legislativas de la fiducia sucesoria.

VII. EL NEGOCIO FIDUCIARIO ESPAÑOL Y EL *TRUST* INTERNACIONAL. COMPARACION

Precisamente, con esta última idea llegamos a la culminación del presente trabajo, tal como se propuso al inicio. Ahora estamos en condiciones de efectuar una comparación fundamentada y sucinta entre el negocio fiduciario español y el *trust* internacional diseñado por el Convenio de La Haya de 1985. A modo de conclusión puede señalarse que la fiducia española se ajusta bastante bien a las características del *trust* que establecen el artículo 2 del Convenio y otros preceptos concordantes y que tan sólo en algún punto puede faltar esa armonía. Recapitulando, nuestra fiducia cumple los siguientes rasgos establecidos por el Convenio:

- «Los bienes del *trust* constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del *trustee*» (art. 2, a). La tesis de la existencia de un

(354) Sobre la coexistencia de dos normas de conflicto distintas para los *trusts* testamentarios en el caso de que España ratificase el Convenio de La Haya, vid. ASÍN CABRERA, *op. cit.*, págs. 2113-2116; cfr. también pág. 2101 y sigs.

(355) Sobre la problemática de Derecho internacional privado de la venta en garantía, vid., específicamente, SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, págs. 157-176, en especial, pág. 171; BOUZA VIDAL, *op. cit.*, pág. 67 y sigs.

(356) Expresan esta idea PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, 2.^a ed., cit., II, 1, pág. 531; GARRIGUES, *Negocios...*, cit., pág. 95; ASÍN CABRERA, *op. cit.*, pág. 2105 (el juez español podría interponer la excepción de orden público); cfr. el dictamen de F. CLEMENTE DE DIEGO (*Dictámenes jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1958, III, págs. 241-254) sobre un español residente en Nueva York que quería constituir un *trust* en su testamento.

patrimonio autónomo y afectado a un fin no ha sido acogida de forma mayoritaria por la doctrina y la jurisprudencia española, aunque existen algunas instituciones reguladas legalmente que adoptan esta configuración (fondos de inversión y de pensiones, fiducia continuada en Navarra). En cualquier caso, sí existe consenso en que el fiduciario no es propietario de los bienes, objeto de la fiducia, sino mero titular formal.

- «El título sobre los bienes del *trust* se establece en nombre del *trustee*» (art. 2, *b*). El fiduciario en Derecho español ostenta una «titularidad fiduciaria» sobre los bienes que le legitima para actuar como titular frente a cualquier tercero, tanto en juicio como fuera de él o ante notario (cfr. art. 11, pár. 2.º). Como consecuencia de ello, los acreedores personales del fiduciario no pueden ostentar derechos sobre los bienes dados en fiducia, ni forman parte del patrimonio del fiduciario en caso de insolvencia o quiebra de éste (art. 11, § 3, *a* y *b*); ni forman parte del régimen patrimonial del matrimonio ni de la sucesión del fiduciario (art. 11, § 3, *c*), por la sencilla razón de que el auténtico propietario (material) de los bienes sigue siendo el fiduciante. Por esto, también, la jurisprudencia española admite que el fiduciante pueda reivindicar los bienes cuando el fiduciante infringe sus obligaciones o los enajena indebidamente; aunque deben respetarse los derechos adquiridos por terceros de buena fe (cfr. art. 11, § 3, *d*).
- «El *trustee* tiene la facultad y la obligación, de las que debe rendir cuenta, de administrar, gestionar o disponer de los bienes según las condiciones del *trust*» (art. 2, *c*). Lo cual es plenamente aplicable al fiduciario español y alcanza su máximo grado de sintonía en la fiducia-gestión. El abandono de la teoría del doble efecto y su menor protección de la exigibilidad de esas obligaciones, ha fortalecido en parte los derechos del fiduciante a la hora de exigir el cumplimiento de aquéllas. Actualmente, la *causa fiduciae*, con su limitada eficacia real, que acota los poderes del fiduciario.
- El Convenio establece que seguirá existiendo un *trust*, aunque el constituyente conserve ciertas prerrogativas (art. 2, *in fine*). No sólo no hay obstáculo en Derecho español a que el fiduciante retenga ciertos derechos sobre la cosa fiduciada, sino que en la práctica prevalece esa configuración del negocio fiduciario: en la fiducia-garantía es usual que el fiduciante retenga la posesión y disfrute de la cosa (mediante diversos títulos) y en la fiducia-gestión, precisamente, todos los beneficios de la actividad del fiduciario son para el fiduciante.
- También existirá un *trust* aunque el *trustee* posea ciertos derechos como beneficiario (art. 2, *in fine*). Esta regla, contraria al régimen del *trust* anglosajón, encaja perfectamente con la esencia de la fiducia-

garantía (357), en la que el fiduciario es el principal beneficiario de la constitución de la fiducia e incluso, si así se pacta, puede recibir beneficios directos de la cosa (v. gr., imputar los frutos al pago de los intereses del préstamo). En la fiducia-gestión, en cambio, no será lo habitual, aunque el fiduciario puede percibir una retribución por su actividad. Por último, en la fiducia sucesoria, en principio, el fiduciario no puede ser beneficiario de los bienes confiados, ya sea fiduciario-comisario o heredero de confianza; aunque es posible, respecto al segundo, fijar una remuneración (358); y respecto al primero es frecuente yuxtaponer un derecho de disfrute sobre los bienes (v. gr., un usufructo) en su favor (359), especialmente si el fiduciario es el cónyuge.

- La definición del artículo 2 del Convenio señala que el *trust* es «en interés de un beneficiario o con un fin determinado». Debe apuntarse que en la fiducia no siempre existirá un tercer beneficiario; esta persona nunca aparecerá en la fiducia de garantía, dado su esquema negocial bipartito; en cambio, podrá existir en la fiducia-gestión (aunque el uso práctico de esta institución revela que no es lo más habitual) y siempre existirá en los supuestos de fiducia sucesoria. Los derechos del beneficiario y su exigibilidad dependerán en buena medida del título constitutivo, y, en líneas generales, puede decirse que son equiparables a los del fiduciante.
- La citada definición también alude a la posibilidad de que el *trust* se constituya por actos *inter vivos* o *mortis causa*. Y si los rasgos anteriores encajan bastante bien con la fiducia contractual, puede concluirse lo mismo (incluso con mayor precisión, a tenor de su perfil legal) respecto a la fiducia sucesoria (360).

Hasta aquí los puntos de confluencia armónica entre el *trust* internacional y la fiducia española. Existen, no obstante, dos rasgos incluidos en el Con-

(357) Cfr. CLARET Y MARTÍ, *De la fiducia y del trust*, cit., pág. 38.

(358) Artículos 151 y 153,1 del Código de Sucesiones catalán; Ley 294 de la Compilación navarra.

(359) Incluso algunas legislaciones civiles especiales de ciertos territorios españoles establecen derechos reales de disfrute por parte de los fiduciarios encargados de la elección del heredero o de la distribución de la herencia, como sucede en Mallorca y Menorca (arts. 18 y 23 Compilación Baleares) o el llamado «alkar poderoso» del País Vasco (art. 33 y concordantes de la Ley vasca de 1992). También sucede en las sustituciones fideicomisarias en que el fiduciario, auténtico heredero, tiene facultad de elegir al siguiente heredero del fideicomitente (arts. 210-202 Cataluña; Ley 235 Navarra).

(360) Una comparación más detallada entre el *trust* del Convenio y la herencia de confianza puede verse en CÁMARA LAPUENTE, S., *La fiducia sucesoria secreta*, cit., págs. 653-558.

venio de La Haya que no acaban de conjugarse del todo bien con la fiducia, sin que la discrepancia sea tan radical como en apariencia pudiera suponerse.

- En primer lugar, parece que el Convenio sanciona la posibilidad de que el *trustee* delegue sus funciones total o parcialmente (361); en cambio, la titularidad surgida de una operación fiduciaria en España se configura como personalísima, *intuitu personae*, y, en principio, parece indelegable, puesto que el fiduciante confió sólo en las cualidades de esa persona. Desde luego, resulta extraño pensar en una delegación del fiduciario en el supuesto de fiducia de garantía (362). La especial relación de confianza con el fiduciario de una fiducia de gestión parece rechazar la delegación del encargo y las facultades, pero el empleo de la analogía con el mandato podría hacer superar ese escollo (cfr. art. 1.721 del Código Civil). Por último, el cargo del fiduciario en la fiducia sucesoria es declarado por ley personalísimo e intransferible (363).
- En segundo lugar, el Convenio (art. 12) faculta al *trustee* para solicitar la inscripción en el Registro en su calidad de tal «o de cualquier otra forma en la que se ponga de manifiesto la existencia del *trust*, siempre que ello no esté prohibido por la Ley del Estado» o sea incompatible con ella. Como se explicó antes, dada la propia estructura de la fiducia (con una parte oculta) y las características del Derecho registral español (que no admite el acceso de pactos meramente obligacionales) será muy difícil que el carácter fiduciario del título aflore en la inscripción del Registro.

Por lo demás, el Convenio de La Haya de 1985 contiene otras interesantes previsiones, de suma utilidad para el Derecho español sobre esta materia, como el respeto de las normas imperativas, invulnerables mediante la constitución de un *trust* (art. 15), y la consideración de las normas de conflicto interregional establecidas por cada Estado, cuando existen dentro de él terri-

(361) El artículo 2, *b*) del Convenio establece que el título de los bienes se constituye en nombre del *trustee* «o de otra persona por cuenta del *trustee*». Y según el artículo 8, la Ley que rija el *trust* determinará: «*c*) el derecho del *trustee* a delegar total o parcialmente el desempeño de sus obligaciones o el ejercicio de sus facultades».

(362) Salvo que, acaso, se optase por un tipo de fideicomiso bancario en que la titularidad del objeto dado en garantía se atribuyese a un tercero (una entidad de crédito), en lugar de ostentarla el propio acreedor; sobre este supuesto y su posible licitud, vid. DIEZ-PICAZO, *Operaciones fiduciarias...*, cit., págs. 46-49.

(363) Artículo 142 de la Ley gallega de 1995; artículo 39 de la Ley vasca de 1992; artículo 149,3.º (pero cfr. núm. 4.º) del Código de Sucesiones catalán. Aunque, bajo ciertas condiciones y límites es posible delegar la mera ejecución de las decisiones tomadas personalmente por el fiduciario (cfr. Leyes 282 y 291,2 de la Compilación navarra; y art. 19,1 de la Compilación de Baleares).

torios con normativa propia en materia fiduciaria (arts. 23, 24 y 29), como puede ser el caso de España.

VIII. CONCLUSION

El negocio fiduciario español, con sus múltiples ramificaciones, guarda importantes similitudes con el *trust* internacional, según se encuentra regulado en el Convenio de La Haya. Esta afinidad institucional, así como la existencia de otras figuras jurídicas tradicionales en nuestro Derecho, que, aisladas o combinadas, cubren las funciones del *trust* de tipo anglosajón desautorizan la problemática recepción de este instrumento jurídico en nuestro Derecho, por el momento (364). Instituciones clásicas como el mandato, la fundación, las donaciones y legados *sub modo*, el albaceazgo, las sustituciones fideicomisarias y, además, de otras, principalmente, el negocio fiduciario (cuya configuración es jurisprudencial) siguen siendo aptas para desempeñar las funciones que el flexible *trust* abarca. Igualmente, la regulación moderna de los fondos de inversión y de pensiones facilita el empleo de formas jurídicas que hace tiempo resultaban inviables en nuestro sistema jurídico; antes de la vigencia de estas normas, el *trust* anglosajón y su adaptación iberoamericana, el fideicomiso bancario, se aparecían ante el jurista español probablemente como una solución apetecible a la que urgía llegar. En el ámbito sucesorio, si bien el Código Civil español veta a través de sus principios bastantes modalidades fiduciarias, éstas no son desconocidas en todo el territorio español, puesto que tienen una regulación minuciosa en algunas zonas con legislación civil propia.

Pero es el negocio fiduciario, en definitiva, la clave para cualquier aproximación certera hacia el *trust*. En España se ha producido un gran debate doctrinal y jurisprudencial en torno a la fiducia desde la década de 1940, debido, en parte, a la ausencia de regulación en el Código Civil. El principal foco de polémica, durante muchos años, ha consistido en determinar la naturaleza y efectos del negocio fiduciario; en concreto, el problema de si transmite o no la propiedad al fiduciario y las consecuencias que de ello se derivan. Una vez que se ha alcanzado una difusa concordia sobre este punto, centrada en el concepto de «titularidad fiduciaria» como sinónimo de propie-

(364) A similar conclusión llegan la mayoría de los estudios de comparación entre fiducia y *trust* realizados por juristas españoles: GARRIGUES, *Law of trusts*, cit., págs. 34-35; PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, 2.^a ed., cit., II, 1, pág. 529; ASÍN CABRERA, *op. cit.*, pág. 2118; más optimista a su incorporación de *lege ferenda* se muestra ARROYO MARTÍNEZ, *Trust and the civil law*, cit., pág. 1720. En cualquier caso debe tenerse presente, una vez más, que la firma por España del Convenio de La Haya sobre ley aplicable al *trust* no significaría la incorporación del *trust* al Derecho interno material y su regulación.

dad formal del fiduciario, que permite sostener que el fiduciante sigue siendo el auténtico propietario (material) de los bienes, la controversia ha dado un viraje hacia dos cuestiones capitales: en primer lugar, en cuanto a naturaleza y estructura, existe un sector doctrinal que preconiza su asimilación a un negocio relativamente simulado, lo cual podría conducir, llevada la idea a sus últimas consecuencias, a la desaparición del negocio fiduciario como categoría autónoma. En segundo lugar, en cuanto a efectos jurídicos (téngase en cuenta que equiparar fiducia y simulación no altera en realidad la eficacia de aquélla), supone un peligro para la subsistencia de la fiducia de garantía la forma en que se pretenda aplicar la prohibición legal del pacto comisorio; y éste es un tema de discusión muy revitalizado en la actualidad.

Por otra parte, las funciones de garantía y gestión que la fiducia proporciona han sido muy aprovechadas en el ámbito mercantil, donde esta institución goza de numerosas manifestaciones (cesión fiduciaria de acciones para voto, sindicación de acciones, endoso de letras para cobro o en garantía, sociedades fiduciarias, etc.). También parece detectarse en los últimos años una mayor potenciación del empleo de la fiducia con fines de gestión en general.

En definitiva, si los obstáculos y límites que el ordenamiento español erige frente al negocio fiduciario no han sido dique suficiente para contener su clara implantación y su aceptación jurisprudencial, no parece que los mismos límites puedan oponerse frontalmente a una recepción futura del *trust* internacional. Pero esta afirmación debe ser contrapesada con otra idea: más de medio siglo de jurisprudencia sobre los negocios fiduciarios no ha conseguido por ahora fijar con toda la precisión deseable la naturaleza y efectos de esta institución compleja; de donde cabe concluir que el tejido jurídico español aún no está preparado para recibir en toda su magnitud una figura afín, pero con nuevos problemas, como es el *trust* internacional. En aras a dar nuevos pasos hacia este objetivo cumple hacer un doble llamamiento: a la jurisprudencia, para que clarifique y afine aún más el régimen de la fiducia (con la esperanza futura, quizás, de una plasmación legislativa de este régimen); y a los juristas españoles, para que, a través de una intensificación del estudio comparado (en sintonía con el camino emprendido recientemente por diversos juristas para alcanzar un régimen convergente europeo sobre esta institución), consigan dar con las claves para limar asperezas conceptuales entre la fiducia y el *trust*.

SERGIO CÁMARA LAPUENTE
Profesor Titular Interino de Derecho civil
Universidad de La Rioja

ANEXO I

**JURISPRUDENCIA ESPECIFICA SOBRE NEGOCIOS
FIDUCIARIOS (365)****TRIBUNAL SUPREMO**

- 23 de mayo de 1935 JC, págs. 151-161
10 de marzo de 1944 JC, págs. 124-150
25 de mayo de 1944 JC, págs. 788-806
28 de enero de 1946 JC, págs. 167-190
23 de febrero de 1951 JC, págs. 718-729
3 de mayo de 1955 JC, págs. 5-17
7 de junio de 1955 JC, págs. 765-781
31 de octubre de 1955 JC, págs. 844-856
25 de septiembre de 1956 JC, págs. 295-303
10 de julio de 1957 JC, págs. 405-426
10 de noviembre de 1958 JC, págs. 220-249
5 de diciembre de 1959 JC, págs. 308-331
8 de marzo de 1963 JC, págs. 140-153
14 de marzo de 1964 JC, págs. 551-571
11 de junio de 1964 JC, págs. 377-383
15 de octubre de 1964 RA n.º 4451, págs. 2709-2710
18 de febrero de 1965 JC, págs. 598-611
30 de octubre de 1965 JC, págs. 981-999
20 de noviembre de 1965 JC, págs. 639-657
14 de diciembre de 1965 JC, págs. 458-466
20 de enero de 1966 JC, págs. 94-122
21 de marzo de 1969 JC, págs. 420-433
4 de abril de 1972 RA n.º 1576, págs. 1157-1158
3 de mayo de 1976 JC, págs. 5-13
4 de diciembre de 1976 JC, págs. 517-546
30 de abril de 1977 JC, págs. 706-720
8 de mayo de 1979 RA n.º 2837, págs. 2301-2302
27 de junio de 1980 JC, págs. 745-756
23 de mayo de 1980 RA n.º 1958, págs. 1492-1494

(365) JC = *Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo*, publicada por la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, ed. Reus, Madrid; desde 1950, edición oficial del Ministerio de Justicia (Servicio de publicaciones). RA = *Repertorio de Jurisprudencia*, ed. Aranzadi, Pamplona. ADGRN = *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, Ministerio de Justicia, Madrid.

- 9 de diciembre de 1981 JC, págs. 668-684
19 de mayo de 1982 JC, págs. 318-326
2 de junio de 1982 JC, págs. 663-673
5 de julio de 1982 RA n.º 4215, págs. 2738-2740
2 de diciembre de 1983 RA n.º 454, págs. 324-335
20 de mayo de 1986 JC, págs. 816-828
6 de abril de 1987 JC, págs. 81-89
9 de octubre de 1987 JC, págs. 191-197
12 de febrero de 1988 JC, págs. 522-529
25 de febrero de 1988 RA n.º 1305, págs. 1253-1255
8 de marzo de 1988 JC, págs. 992-1000
18 de abril de 1988 JC, págs. 208-215
9 de junio de 1988 RA n.º 4809, págs. 4725-4726
28 de octubre de 1988 JC, págs. 632-637
22 de diciembre de 1988 JC, págs. 1565-1575
19 de mayo de 1989 RA n.º 3780, págs. 4290-4291
5 de julio de 1989 RA n.º 5396, págs. 6180-6184
7 de marzo de 1990 JC, págs. 676-684
30 de enero de 1991 JC, págs. 250-260
5 de marzo de 1991 RA n.º 1717, págs. 2316-2318
7 de mayo de 1991 JC, págs. 453-457
12 de noviembre de 1991 RA n.º 8109, págs. 11112-11113
30 de abril de 1992 RA n.º 4474, págs. 5930-5932
6 de julio de 1992 JC, págs. 113-118
19 de junio de 1992 RA n.º 5362, págs. 7012-7015
21 de julio de 1992 JC, págs. 421-424
10 de diciembre de 1992 JC, págs. 1393-1400
5 de abril de 1993 RA n.º 2791, págs. 3596-3600
5 de julio de 1993 RA n.º 5794, págs. 7335-7337
15 de octubre de 1993 RA n.º 7322, págs. 9324-9326
4 de febrero de 1994 RA n.º 908, págs. 1180-1181
4 de febrero de 1994 RA n.º 911, págs. 1186-1187
14 de julio de 1994 RA n.º 6395, págs. 8187-8189
14 de octubre de 1994 JC, págs. 277-281
22 de febrero de 1995 JC, págs. 664-669
13 de marzo de 1995 RA n.º 2422, págs. 3218-3219
15 de marzo de 1995 JC, págs. 1075-1078
21 de marzo de 1995 JC, págs. 1243-1247
3 de abril de 1995 (Sala 3.ª) RA n.º 3649, págs. 4863-4866
25 de mayo de 1995 JC, págs. 893-897
6 de junio de 1995 RA n.º 5054, págs. 5796-5799
22 de junio de 1995 JC, págs. 1535-1538

10 de julio de 1995 RA n.º 5561, págs. 7502-7504
27 de noviembre de 1995 RA n.º 8741, págs. 11673-11674
14 de febrero de 1996 RA n.º 1253, págs. 1689-1691
5 de julio de 1996 RA n.º 5576, págs. 7381-7387
2 de diciembre de 1996 RA n.º 8784, págs. 12142-12144
18 de marzo de 1997 RA n.º 1982, págs. 3080-3081
24 de marzo de 1997 RA n.º 2477, págs. 3771-3772
19 de junio de 1997 RA n.º 5418, págs. 8284-8286
16 de septiembre de 1997 RA n.º 6454, p. 1047
24 de noviembre de 1997 RA n.º 8395, págs. 13420-13422
31 de diciembre de 1997 RA n.º 9494, págs. 15164-15166
22 de enero de 1998 RA n.º 60, págs. 118-119
24 de febrero de 1998 RA n.º 977, págs. 1546-1549
13 de mayo de 1998 RA n.º 3687, págs. 5319-5321
4 de junio de 1998 RA n.º 4670, págs. 6909-6911
30 de junio de 1998 RA n.º 5294, págs. 7837-7839
4 de julio de 1998 RA n.º 5413, págs. 7988-7992

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

14 de junio de 1922 ADGRN, págs. 165-184
26 de diciembre de 1946 ADGRN, págs. 516-524
30 de junio de 1987 ADGRN, págs. 125-131
5 de junio de 1991 ADGRN, págs. 126-131
9 de diciembre de 1997 RA n.º 9197, págs. 1491-1494

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

2 de julio de 1990 (Cataluña) RA n.º 2578, págs. 3485-3491
29 de mayo de 1991 (Cataluña) RA n.º 3903, págs. 5136-5139
31 de octubre de 1991 (Cataluña) RA n.º 3912, págs. 5159-5160
22 de enero de 1994 (Navarra) RA n.º 578, págs. 739-740
9 de febrero de 1994 (Navarra) RA n.º 1605, págs. 2138-2143
3 de marzo de 1994 (Navarra) RA n.º 2115, págs. 2847-2862
9 de marzo de 1995 (Cataluña) RA n.º 6772, págs. 9038-9039
29 de abril de 1996 (Navarra) RA n.º 2920, págs. 3910-3915
20 de febrero de 1997 (Navarra) RA n.º 834, págs. 1298-1305
23 de mayo de 1997 (Navarra) RA n.º 4469, págs. 6755-6758
28 de noviembre de 1997 (Navarra) RA n.º 8273, págs. 13149-13154

ANEXO II

BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO, M., *El negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958; «El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente», en *Actualidad Civil*, núm. 36, semana del 4 al 10 de octubre de 1993, págs. 663-675; *Derecho civil*, 14.^a ed., Bosch, Barcelona, 1996, I, 2 págs. 277-283.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., «Problemas que suscita la venta en garantía en relación con los procedimientos de ejecución del deudor», en *RCDI*, 1973, págs. 47-67.
- ARECHEDERRA ARANZADI, L. I., «Compraventa con pacto de retro. Equilibrio de las prestaciones», en *ADC*, 1978, págs. 441-451.
- ARROYO MARTÍNEZ, I., «Trust and the civil law», en *Louisiana Law Review*, 42, 1982, págs. 1709-1720; también, «Trust y Ley civil», en *R. J. Cataluña* (LXXXII), 1983, págs. 95-108.
- ASÍN CABRERA, M. A., «La ley aplicable al trust en el sistema de Derecho internacional privado español», en *RGD* (XLVI), abril 1990, págs. 2089-2120.
- BONET RAMÓN, F., «Algunas figuras afines al contrato de mandato», en *RGLJ* (XVI, 2), 1948, págs. 633-673; «Comentarios a las SSTs de 25 de mayo de 1944 y 28 de enero de 1946», en *RDP*, 1944, págs. 856-861, y 1946, págs. 191-196; *Prólogo* al libro de NAVARRO MARTORELL (cfr. *infra*), págs. 13-19.
- CÁMARA LAPUENTE, S., «La fiducia de garantía en Navarra», en *R. J. Navarra* (XIV), julio-diciembre 1992, págs. 163-175; *La fiducia sucesoria secreta*, Dykinson, Madrid, 1996; «Donación fiduciaria. Comentarios a la Ley 163 del Fuero Nuevo de Navarra», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, EDESA, Madrid, 1998, tomo XXXVII, 1.º, págs. 51-75.
- CARIOTA-FERRARA, L., *El negocio jurídico*, traducción, prólogo y notas de M. ALBALADEJO, Aguilar, Madrid, 1956.
- CARRASCO PERERA, A., «Comentario a la Resolución de la DGRN de 30 de junio de 1987», en *CCJC*, núm. 15, 1987, págs. 4933 y sigs.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, 9.^a ed., Inst. Ed. Reus, Madrid, 1955, I, 2, págs. 513-521; 14.^a ed., revisada por J. L. DE LOS MOZOS, Ed. Reus, S.A., Madrid, 1987, I, 2, págs. 725-741.
- CLARET Y MARTÍ, P., *De la fiducia y del trust. Estudio de derecho comparado*, Bosch, Barcelona, 1946.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., «El negocio fiduciario. Estudio crítico de la teoría del doble efecto», en *Revista de Derecho Notarial*, (53-54), 1966, pág. 7 y sigs.; también en *AAMN* (XVII), 1972, pág. 5 y sigs.; *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, reimpresión en Civitas, Madrid, 1991.
- CHECA MARTÍNEZ, M., *El trust angloamericano en el Derecho español*, McGraw Hill, Madrid, 1998.
- DÍEZ-PIZAZO, L., «Operaciones fiduciarias y servicios fiduciarios», en sus *Dictámenes jurídicos*, Civitas, Madrid, 1987 (reimpresión de la primera edición, 1981), págs. 25-65.

- DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, 8.^a ed., Tecnos, Madrid, 1995, I, págs. 536-547.
- DORAL GARCÍA, J. A., y DEL ARCO, M. A., *El negocio jurídico*, Trivium, Madrid, 1982.
- DURÁN RIVACOBRA, R., «La prohibición del pacto comisorio en la jurisprudencia», en *Estudios sobre ejecución universal*, Oviedo, 1997, págs. 3-196; *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- FELIU REY, M. I., *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Civitas, Madrid, 1995.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «La fiducia sucesoria. Ensayo de construcción dogmática», en *RCDI* (LX, 2), 1987, págs. 1730-1752.
- FUENTESECA, CRISTINA, *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, 1997.
- FUENTESECA, PABLO, «Líneas generales de la *fiducia cum creditore*», en PARICIO, J. y cols., *Derecho romano de obligaciones*, ed. Ramón Areces, Madrid, 1994, págs. 387-438.
- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Negocios fiduciarios en Derecho mercantil*, Madrid, 1955, también «Discurso», en *RALI*, 12 de enero de 1955, y 2.^a reed., Cuadernos Civitas, 1981. «Clausura de las jornadas de estudio sobre el fideicomiso», en *El fideicomiso en México y su viabilidad en España*, Somex, Madrid, 1980, págs. 223-235; «Law of trusts», en *The American Journal of Comparative Law* (2), 1953, págs. 25-35.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., *Anotaciones al Tratado de Derecho civil. Parte General*, de ENNECCERUS-NIPPERDEY, 3.^a ed., Bosch, Barcelona, 1981, I-2.^o, vol. 1, págs. 133-138; «Comentario a la Resolución de la DGRN de 5 de junio de 1991», en *CCJC*, núm. 27, 1991, págs. 759-770; «Comentario a la STS de 7 de mayo de 1987», en *CCJC*, núm. 14, 1987, págs. 4621-4630; «Comentario a la STS de 7 de marzo de 1990», en *CCJC*, núm. 22, 1990, págs. 333-347.
- GÓMEZ DEGANO, J. L., «Problemas fiscales que plantea la figura del fideicomiso y sus posibles soluciones», en *El fideicomiso en México y su viabilidad en España*, Somex, Madrid, págs. 143-177.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Titularidades fiduciarias», en *Actualidad Civil*, núm. 33, 1992, págs. 533-557.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *El trust. La institución angloamericana y el Derecho internacional privado español*, Bosch, Barcelona, 1997.
- GONZÁLEZ MARTÍNEZ, JERÓNIMO, «El fiduciario», cap. IV de *El titular*, en *RCDI* (IV), 1928, págs. 272-291 y 365-372, luego en sus *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1948, I, págs. 468-479.
- GONZÁLEZ MENESES, M., «Sobre la llamada *causa fiduciae*», en *Revista Jurídica del Notariado*, 9, 1994, págs. 419-434.
- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, M., «Nota sobre la fiducia de garantía», en *Bocetos jurídicos*, AAMN, III, 1946, pág. 369 y sigs.
- GULLÓN BALLESTEROS, A., *Curso de Derecho civil. El negocio jurídico*, Tecnos, Madrid, 1969, págs. 129-135.
- HERNÁNDEZ GIL, A., «Comentario a las SSTs de 10 de marzo de 1944 y 25 de mayo de 1944», en *RGLJ*, 1945, págs. 690-701.

- DE LA IGLESIA MONJE, M. I., «El pacto de retroventa. Sus relaciones con el negocio fiduciario y con el negocio simulado (Estudio de la jurisprudencia del TS y de las Res. DGRN)», en *RCDI*, núm. 644, 1998, págs. 57-115.
- JORDANO BAREA, J. B., «Origen y vicisitud de la fiducia romana», en *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (XXIV), 1948, págs. 322-358; «Sobre el negocio fiduciario», en *ADC* (III, 1), 1950, pág. 128 y sigs.; «Propiedad fiduciaria y negocio fiduciario», en *ADC* (III, 4), 1950, pág. 1258 y sigs.; «Mandato para enajenar», en *ADC* (IV, 4), 1951, págs. 1458-1498; «El negocio fiduciario», en *RDP* (marzo), pág. 212 y sigs.; «Problemática del negocio fiduciario», en *RDP*, 1958 (junio), pág. 515 y sigs.; «Naturaleza, estructura y efectos del negocio fiduciario», en *RDP*, 1958 (octubre), pág. 827 y sigs.; «Negocio fiduciario, negocio simulado y negocio indirecto», en *RDP*, 1958, pág. 1019 y sigs.; *El negocio fiduciario*, Bosch, Barcelona, 1959; «Dictamen sobre recuperación de bienes transmitidos fiduciariamente», en *ADC*, 1966, págs. 619-628; «Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria», en *ADC*, 1983, págs. 1435-1454.
- LACAL FUENTES, P., «El tema del negocio fiduciario», en *RDP* (XXXIV), 1950, págs. 777-787.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. y cols., *Elementos de Derecho civil*, 3.^a ed., Bosch, Barcelona, 1994, II, 1.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, 2.^a ed., Bosch, Barcelona, 1984, I, 3.
- LADARIA CALDENTEY, J., *Legitimación y apariencia jurídica*, Bosch, Barcelona, 1952.
- MIÑANA, E., «Los "trusts". Breves consideraciones acerca de los medios de su implantación en España», en *RGLJ* (158), 1931, págs. 599-616.
- DE LOS MOZOS, J. L., «Negocio fiduciario», en *La Ley*, 1986; luego en «El negocio jurídico. Estudios de Derecho Civil», Montecorvo, Madrid, 1987, págs. 463-484.
- NAVARRO MARTORELL, M., «Aislamiento de los negocios fiduciarios», en *RGLJ* (187), 1950, pág. 427 y sigs.; «Notas sobre el concepto y la estructura de los negocios fiduciarios», en *RDP*, 1950, pág. 777 y sigs.; *La propiedad fiduciaria. La fiducia histórica. Los modernos negocios fiduciarios. La propiedad fiduciaria*, Bosch, Barcelona, 1950.
- NÚÑEZ LAGOS, R., «Mandatario sin poder», en *RDP* (XXX), 1946, págs. 609.
- D'ORS PEREZ-PEIX, A. «Sobre el fideicomiso bancario», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* (VI), 1982, págs. 403-415.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «Negocio fiduciario», voz en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, III, págs. 4407-4409.
- PARICIO SERRANO, L., «Endosos limitados encubiertos», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* (RDBB) (27), 1987, págs. 541-564.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., «Consideraciones en torno al pacto de fiducia cum creditore», en *R. J. Navarra*, 12, julio-diciembre 1991, págs. 43-67.
- PUG BRUTAU, J., «Negocio fiduciario», voz en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Ed. Francisco Seix, S.A., Barcelona, 1982, XVII, págs. 204-210; «La relación fiduciaria», en *Revista de Derecho Privado*, 1961, págs. 1009-1020; *Fundamentos de Derecho civil*, 2.^a ed., Bosch, Barcelona, 1978, II, 1, págs. 500-532; *Estudios de Derecho comparado*, Eds. Ariel, Barcelona, 1951, pág. 62 y sigs.

- RIVERA FERNÁNDEZ, M., «Comentario a la STS de 3 de diciembre de 1996», en *CCJC*, núm. 43, enero-marzo 1997, págs. 353-363.
- RODRÍGUEZ ROSADO, B., *Fiducia y pacto de retro en garantía*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- RUBIO TORRANO, E., *El pacto de retroventa*, Tecnos, Madrid, 1990.
- SÁNCHEZ LORENZO, S., *Garantías reales en el comercio internacional (reserva de dominio, venta en garantía y «leasing»)*, Civitas, Madrid, 1993.
- SAPENA TOMÁS, J., «Actualidad de la *fiducia cum creditore*», en *R. D. Notarial*, 1957, págs. 125 y sigs.
- SOTO NIETO, F., «La titularidad del fiduciario en la *fiducia cum creditore*», en *Revista Jurídica de Cataluña* (LXIX) 1970, págs. 529-548.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Negocios en fraude de ley, simulados, fiduciarios e indirectos», en *Revista Jurídica del Notariado*, 14, 1995, págs. 199-232.
- VIDAL MARTÍNEZ, J., *La venta en garantía en el Derecho civil común español. Estudio jurisprudencial y ensayo de construcción doctrinal*, Civitas, Madrid, 1990.
- VV.AA., «El fideicomiso en México y su viabilidad en España», en *Jornadas de estudio organizadas por el Banco Nacional de México y el Banco de Bilbao, Madrid, 20 y 21 de noviembre de 1979*, Banco de Bilbao-Banco Nacional de México, S.A., Somex, Madrid, 1980.

El fraude del deudor en la acción pauliana

SUMARIO: 1. EL FRAUDE DEL DEUDOR. CONSIDERACIONES GENERALES.—2. LA TRABAJOSA DELIMITACION DEL CONCEPTO.—3. EL FRAUDE DEL ADQUIRENTE.—4. PRUEBA DEL FRAUDE.—5. PRESUNCIONES DE FRAUDE.

1. EL FRAUDE DEL DEUDOR. CONSIDERACIONES GENERALES

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

En efecto, el hecho de ostentar la condición de deudor no supone que el sujeto jurídico sufra ninguna limitación objetiva en cuanto a sus facultades de disposición; el mismo puede seguir realizando toda suerte de actos jurídicos con indiferencia de cómo incidan los mismos en la esfera jurídica de sus acreedores. El tráfico jurídico se resentiría fuertemente, la fluidez de los negocios sufriría quebranto y los deudores verían mediatizada sin razón su capacidad si, objetivamente, al margen del propósito o estado anímico que acompañare a la enajenación o renuncia efectuada, sus actos dispositivos pudieran impugnarse en base al escueto criterio de que objetivamente resultan perjudiciales para sus acreedores. El elemento subjetivo de la acción pauliana resulta, de esta manera, imprescindible.

Ni siquiera aunque el deudor se encuentre en estado de insolvencia, cabe sin más, abstracta y objetivamente, condenar los actos dispositivos del mis-

mo. Prescindiendo del concurso y de la quiebra, el deudor insolvente no está incapacitado y conserva la plena gestión de su patrimonio; por lo que, en principio, puede seguir realizando cualesquiera actos dispositivos con cargo al mismo sin la amenaza de que tales actos vayan a desmoronarse porque irroguen daño a los acreedores. Como dice GIORGI, el deudor conserva la facultad de enajenar, disponer por acto entre vivos o de última voluntad, tanto a título oneroso como a título gratuito y de contraer hasta nuevas deudas, porque *licet alicui adiicendo sibi creditorem, creditoris sui facere deteriore conditionem*. Por ello, si el deudor al contratar, al disponer, al enajenar, donando, renunciando, contrayendo nuevas deudas, obra de buena fe, ningún derecho adquieren sus acreedores, no sólo de impugnar, pero ni siquiera de censurar estos mismos actos, si bien sean y esté probado que les son perjudiciales (1); aunque, como luego se verá, los Derechos modernos hayan introducido profundas matizaciones en cuanto a los actos dispositivos a título gratuito.

Las circunstancias objetivas, por tanto, de que el deudor haya realizado actos dispositivos y de que éstos sean perjudiciales para el acreedor no son suficientes para justificar la existencia de un instrumento impugnativo de aquéllos al margen de la voluntad del deudor, de un propósito, conocimiento o estado anímico por su parte que introduzca en la disminución de su patrimonio el elemento de malicia que legitime el ataque de los acreedores, porque de otra manera el deudor resultaría *de facto* incapacitado y la conservación de los negocios, de la que tan tributaria es la solidez y seguridad del tráfico jurídico, sufriría serio quebranto. Por lo que, en palabras de MESSINEO, presupuesto necesario de la acción revocatoria es un estado subjetivo que anime al deudor al dar lugar a los actos de disposición (2).

Lo que sucede es que, desde el momento en que se plantea la necesidad de este elemento subjetivo, si ya el juego de la insolvencia del deudor plantea serios y numerosos problemas, según hemos tenido ocasión de ver en el capítulo anterior, no obstante su carácter objetivo, ¿qué no ocurrirá cuando nos adentremos en el campo del ánimo del deudor, de sus propósitos, de su estado subjetivo a la hora de disponer de concretos elementos de su patrimonio? La contemplación que del interés de sus acreedores haga a la hora de plasmar sus actos dispositivos, por más que amerite su toma en consideración, nos introduce, a no deudar, en un mundo especulativo en el que *a priori* resulta muy difícil señalar reglas fijas y factores inobjetables o puntos de referencia intangibles: el mundo del fraude del deudor.

(1) GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, II, Madrid, 1909, pág. 313.

(2) MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, IV, Buenos Aires, 1955, pág. 153.

Y aquí sí que el precedente romano es claro y meridiano, pues sin fraude del deudor nunca las fuentes aceptaron que estuviese expedito el camino de la acción pauliana, ya que, como anunciará el pretor, *quae fraudationes causa gesta erunt*, algo que suponía que los actos dispositivos del deudor sólo podrían ser atacados en vía revocatoria cuando el mismo apareciese configurado como un *fraudator*.

La actuación fraudulenta del deudor aparece, pues, desde siempre como factor inexcusable a la hora de formular la acción revocatoria, ya que de esta manera cobra sentido y justificación la posibilidad jurídica de que los acreedores puedan inmiscuirse en la gestión que de su patrimonio haga el deudor. Como falta la buena fe, como el deudor ha tenido en mente algún propósito dañoso para sus acreedores, como éstos se ven perjudicados en razón de su comportamiento orientado en tal sentido, como, en suma, se da una situación de fraude que no puede quedar impune (porque *fraus omnia corrumpit*), es por lo que el Derecho reacciona y permite a aquéllos interferir en los negocios dispositivos de sus deudores.

La mera circunstancia del perjuicio, el simple dato de que la enajenación o renuncia del deudor, provocando su insolvencia, impida a los acreedores realizar sus créditos, no serían suficientes, al menos en las disposiciones a título oneroso, para promover el empleo de la acción revocatoria, si esa particular referencia al campo de lo subjetivo, que tan característica es siempre de todo lo jurídico, no tuviera lugar. El deudor no puede ser indiferente respecto a las consecuencias que sus actos dispositivos hayan de irrogar a las posibilidades de cobro de sus acreedores, pero este simple dato no es suficiente, hace falta algo más, su participación activa, su implicación subjetiva en relación al daño patrimonial que irroga a sus acreedores, ya que de otro modo, desde siempre, por razón natural y por sentimiento de equidad, se ha considerado que no podría entrar a operar el mecanismo de la acción revocatoria, porque el mismo resultaría en extremo sancionador frente a los deudores. Estamos en el clásico campo del *consilium fraudis*.

2. LA TRABAJOSA DELIMITACION DEL CONCEPTO

Es éste del *consilium fraudis* uno de esos viejos y siempre presentes caballos de batalla, en el que la doctrina y la jurisprudencia, bajo el impulso de las cambiantes necesidades y al compás de los requerimientos prácticos, ha librado y sigue librando constantes peleas, en aras de intentar el acomodo del elemento subjetivo de la acción pauliana a lo que en cada momento rectamente requieran las cosas.

El *consilium fraudis* o concierto fraudulento, como los propios términos anuncian, parece exigir, en palabras de DE CASTRO, un negocio jurídico entre

dos partes, con efectos para un tercero, y con la intención en la conclusión del negocio de perjudicar a dicho tercero (3); o, como dice LACRUZ, el *consilium fraudis* sólo se requiere para los actos a título oneroso y supone, como su nombre indica, un acuerdo fraudatorio, es decir, una connivencia, una intervención en él tanto del deudor como del tercero (4).

Pero con ello no se crea que avanzamos gran cosa, pues no se matiza de manera suficiente cuál es el elemento que caracteriza al fraude del deudor, cuándo podemos significar que éste está actuando fraudulentamente y cómo se puede saber que el estado subjetivo que le anima tiene suficiente trascendencia para permitir la impugnación del acto dispositivo realizado. Aunque la noción del *consilium fraudis* tenga amplias resonancias e implique una cierta caracterización del fenómeno, no por ello queda nítidamente delimitada la idea del fraude del deudor; sin duda, como la historia demuestra, porque ésta es una idea cambiante o, al menos, que admite diversas y variadas interpretaciones.

Una tentación primaria y fácilmente comprensible es la de intentar identificar fraude y dolo, conducta fraudulenta y conducta dolosa del deudor. Sobre la base de ciertos textos romanos que equiparan *dolus malus* y *fraus*, e incluso llegan a contemplar el fraude como genuina manifestación del dolo porque *poena sine fraude esse non potest* (5), no han faltado autores que tiendan a confundir ambas nociones, sin percatarse de la diferencia que media entre la conducta dolosa, en cuanto principio de acción nociva que puede producir diversos resultados y variadas consecuencias, y el fraude, que no pasa de ser más que una concreta manifestación dentro de esa esfera consecuenencial.

Así, entre nosotros, para PLAZA, la noción de dolo se identifica con la de fraude de manera tal que «ni por razón de las personas que son sujetos pasivos del acto doloso o fraudulento, ni mucho menos por el contenido del mismo, cabe establecer distinciones» (6). Como tenemos dicho en otra obra, el equívoco se desvanece con facilidad si se considera que mientras en todo supuesto de fraude nos encontramos en presencia de un comportamiento malicioso, no siempre que opera el acto doloso estamos frente a una situación que quepa catalogar de fraudulenta, ya que ésta sólo se produce cuando tiene lugar el engaño ilícito de alguien (7); por lo que dice bien Cossío cuando

(3) DE CASTRO, «La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los artículos 1.911 y 1.111 del Código Civil», en *Revista de Derecho Privado*, 1932, pág. 219.

(4) LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, II-1, Barcelona, 1985, pág. 339.

(5) D. 13,7,3; D. 50,16, 131, pr.

(6) PLAZA, «Contribución al estudio del dolo procesal y sus formas», en *Revista de Derecho Privado*, 1943, págs. 776 y sigs.

(7) CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1989, pág. 79.

advierte que «el dolo es algo que afecta o se refiere a la voluntad del agente y que, por lo tanto, tiene un carácter eminentemente subjetivo y personal, en tanto que el fraude no es sino el resultado de la acción dolosa, algo de naturaleza objetiva» (8).

A la hora de delimitar qué debe entenderse por fraude del deudor, los Códigos latinos tradicionales no ayudan mucho, pues, por ejemplo, el artículo 1.167 del Código Civil francés se limita a establecer que los acreedores pueden «impugnar los actos hechos por su deudor en fraude de sus derechos», y parecidamente tanto el artículo 1.111 como el artículo 1.291, 3.º del Código Civil español hablan de «actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho» (de los acreedores) y de contratos «celebrados en fraude de acreedores», algo que no aclara demasiado las cosas en orden a determinar qué debe entenderse por *consilium fraudis* o cuál debe ser el concreto contenido del mismo.

Por su parte, el artículo 1.235 del Código Civil italiano de 1865 establecía que podrían impugnarse por los acreedores los actos que el deudor realizó en fraude de sus intereses y que, tratándose de actos a título oneroso, el fraude debía resultar por parte de ambos contratantes, mientras que para los actos a título gratuito bastaba con que en el fraude intervenga el deudor. Y fue a propósito de este precepto cuando se libra en Italia una batalla doctrinal, cuyos ecos llegan todavía hasta nuestros días, en relación al alcance, sentido y caracterización que deben darse al imprescindible elemento del fraude del deudor para que pueda operar con éxito la acción revocatoria.

La doctrina más tradicional consideraba que el *consilium fraudis* exigible suponía en el deudor la necesidad de tener la intención de provocar a través de la enajenación efectuada un daño al acreedor (*animus nocendi*), sustrayendo bienes a la garantía patrimonial debida. Sobre la base de algún autor alemán (REINHART), diversos autores italianos (BREZZO, SATTA, etc.) considerarán que no basta con la conciencia o previsión del daño, sino que hace falta, además, que cuando el deudor realiza el acto dispositivo que perjudica a sus acreedores tenga la intención dolosa de dañar a los mismos. No es suficiente el perjuicio, pues hace falta también que se quiera, que se busque, que se oriente el acto hacia la causación de dicho perjuicio. *Animus nocendi* o intención de dañar al acreedor, en suma.

En tal sentido, SERAFINI advertirá que el hombre tiende siempre a un fin con sus actos y sólo abstractamente puede hablarse de una enajenación realizada con la sola conciencia del perjuicio que se deriva de ella. Un fin, bueno o malo, debe existir y éste es el fin que se debe investigar, porque sólo de él puede resultar el fraude. Cuando un deudor que sabe que es insolvente ena-

(8) Cossío, *El dolo en el Derecho civil*, Madrid, 1955, pág. 14.

jena por precio mínimo una parte de su patrimonio, esperando mediante el dinero que obtiene mejorar su estado económico y satisfacer a sus acreedores, no puede decirse que haya en él dolo, y la acción pauliana no se le puede aplicar si no defrauda su esperanza.

GANDOLA también estima que hace falta la intención de dañar, ya que sólo existe fraude del deudor cuando realiza un acto con la intención dolosa de perjudicar los derechos de los acreedores, y a tal efecto considera el supuesto de enajenación realizada a justo precio por el empobrecido que los autores estiman revocable, ya que si el fraude consistiese en la simple previsión del daño que del acto derivase para los acreedores, no se alcanza a ver cómo podría suministrarse la prueba del perjuicio, pues el acto que se quiere revocar no es en sí nada perjudicial. Por lo que sólo la remisión al propósito de dañar, al designio de irrogar un perjuicio a los acreedores mediante el acto dispositivo puede proporcionar el punto de engarce preciso para caracterizar adecuadamente el fraude que se exige en el deudor para el juego de la acción revocatoria.

También para BREZZO, aunque reconoce que en la misma Roma apareció como fraude la sola conciencia de perjudicar el derecho de la masa concursal, considera que suponer el *consilium fraudis* en la sola previsión o conciencia de dañar es recurrir a un criterio insuficiente. Y pone el siguiente ejemplo: Ticio, deudor, mientras era solvente acostumbraba vender anualmente, para satisfacer las necesidades de su familia, las uvas de una viña suya a Cayo, que las utilizaba para fabricar vino para sí. Habiéndose hecho insolvente y conociendo su situación, Ticio continúa igualmente vendiendo la cosecha anual a Cayo, conocedor de su estado económico. ¿Podrá en tal caso, se pregunta, el acreedor proponer la acción pauliana? ¿Quién no verá que a la acción le falta su fundamento de equidad? (9).

Exigir al deudor la intención de dañar a sus acreedores, amén de introducirnos en un difícilísimo campo probatorio subjetivo y hacer en extremo compleja la separación entre fraude y dolo, tiene un indeseable efecto restrictivo en la operatividad de la acción pauliana. Si ésta sólo puede darse cuando el deudor, además de haber perjudicado a sus acreedores, realizó el acto dispositivo que se trata de impugnar con la intención de causar semejante daño al acreedor, parece obvio que la posibilidad de actuación con éxito del remedio revocatorio sufre una seria limitación.

Pero es que, además, ¿cuál sería la razón para demandar en el deudor disponente el *animus nocendi*? ¿Es sensato y razonablemente exigible que para que unos acreedores que no pueden realizar sus créditos estén en condiciones de atacar los actos dispositivos de su deudor deban acreditar que dicho

(9) BREZZO, *La revoca degli atti fraudolenti compiuti a danno dei creditori*, Turín, 1892, pág. 114.

deudor actuó sólo movido, como ha dicho algún autor, «por el malvado propósito de perjudicar a sus acreedores»? Con semejante criterio se mutila injustificadamente a la acción pauliana, porque se la configura como un remedio que sólo se daría en situaciones límite de maldad, obcecación y voluntad destructiva, ya que, como escribe ese mismo autor, aunque son muchos los deudores que aprovechan en su propia ventaja o en la de terceros sus últimos recursos económicos sin detenerse ante la idea del daño que sufrirán sus acreedores, «pocos o casi ninguno quienes los disipan por la diabólica intención de hacer mal a sus acreedores, y para darse el gusto de arruinarlos» (10).

Entre nosotros, curiosamente, ha sido DE CASTRO quien con mayor énfasis ha defendido la necesidad de la intención de dañar en el deudor para que pueda prosperar la acción revocatoria. En su opinión no puede bastar, para dar la calificación de fraudulento a un acto, con que el deudor comprometa, con conocimiento de ello, el propio patrimonio, pues el deudor no tiene deber alguno, respecto del acreedor, de mantener íntegro su patrimonio y menos de administrarlo según su interés. Por otra parte, si nos apartamos de la concepción del *animus nocendi* no hay forma de distinguir la negligencia del fraude.

De todas maneras, nuestro gran civilista matiza sensiblemente un anterior punto de partida al precisar que por intención de perjudicar no se entiende la intención dañina pura, el deseo o interés de hacer daño al acreedor, excluyendo los actos en que el interés del deudor sea librar el resto de su patrimonio de las garras de sus acreedores, sin que piense para nada ni le preocupe el perjuicio de éstos. En este caso, estima, existe también intención fraudulenta, en cuanto el daño, el perjuicio, se quiere, aunque sea sólo como medio, no como fin.

Bajo semejante perspectiva, considera que su teoría linda con la de la conciencia del daño, pues si se conoce que por un acto determinado se arrebatan ciertos bienes al acreedor, para salvarlos de la posible ejecución y, a pesar de ello, el acto se realiza, no hay duda de que hubo intención de defraudar; la diferencia estriba en que no basta un acto que disminuya el patrimonio, sino en que esa disminución se dirija, como dice DOMAT, *pour en priver les créanciers*, para evitar que los bienes sirvan de satisfacción a los acreedores (11).

Se trata de un esfuerzo teórico estéril y claudicante. Ciertamente que los deudores no tienen, respecto a sus acreedores, el deber de mantener íntegro su patrimonio y menos el de administrarlo de acuerdo a su interés, pero no menos cierto que ello no puede significar, si se quiere que el recurso pauliano cumpla su cometido, que para que los acreedores puedan atacar concretos

(10) GIORGI, *Teoría de las obligaciones...*, II, *op. cit.*, 314.

(11) DE CASTRO, «La acción pauliana...», *loc. cit.*, pág. 220.

actos dispositivos del deudor haga falta que éste haya actuado con la intención de dañarles, porque esto, según antes se advertía, nos conduce a un restringido y anodino campo de actuaciones dispositivas hechas por el deudor, movido por el exclusivo propósito de causar daño a los acreedores.

Y ello, salvo supuestos patológicos y por tanto excluibles, no es así. De ordinario, como es natural, los deudores piensan más en su interés que en el de sus acreedores, buscan salvarse patrimonialmente ellos antes que llevar a éstos a la ruina. Salvo supuestos extremos, los deudores enajenantes no tienen propósito alguno de causar daño a sus acreedores, sino que tan sólo intentan en situación de dificultad patrimonial evitar que el mal vaya a mayores y recomponer un estado de cosas que, por la razón que sea, se está escapando de sus manos. Pero de ahí a decir, como hace DE CASTRO, que si se prescinde de la intención de dañar habría que negar a toda persona que tuviese deudas la posibilidad de realizar negocios arriesgados y «mucho menos pagar las deudas del juego o el importe de un billete de lotería», media un punto de distancia.

Y media un mundo de distancia por una sencilla consideración. Es obvio que para que proceda el ejercicio de la acción pauliana no basta el perjuicio del acreedor sino que hace falta también el fraude del deudor, pero semejante estado de ánimo o situación subjetiva del obligado no tiene por qué suponer el *animus nocendi*, sino que basta la situación anímica correspondiente a que se da cuenta, se percata, es consciente (o debería serlo) de las consecuencias perjudiciales que para sus acreedores van a derivar de su acto dispositivo. Semejante disminución del talante agresivo del deudor, ¿deberá suponer que en adelante ya no tiene posibilidad alguna de realizar cualquier actuación patrimonial? De ninguna manera.

Primero, porque serán esas mismas actuaciones patrimoniales las que producirán o agravarán la insolvencia del deudor, por lo que previamente es difícil considerar que pudieran estar prohibidas. Y luego, porque no resulta exagerado ni temerario exigir al deudor que cuando realizó el acto dispositivo fuera consciente del daño que con el mismo podría irrogar a sus acreedores. Así configurado el *consilium fraudis*, sigue existiendo la necesidad de su estado subjetivo que anime al deudor (sin el que ni siquiera cabe considerar la posibilidad de existencia de la acción pauliana), pero no se alcanza el supuesto extremo de que ese estado de ánimo sólo se tomará en consideración si es capaz de plasmarse como malévola y torcida intención de dañar al acreedor.

Por lo demás, la construcción teórica de DE CASTRO pierde mucha fuerza y consistencia cuando él mismo advierte que la intención de perjudicar no debe entenderse como «intención dañina pura», porque existe también intención fraudulenta cuando el daño al acreedor se persigue no como fin sino como medio.

Tiene razón al señalar que con semejante posicionamiento su teoría linda con la teoría de la conciencia del daño, ya que la diferencia sólo estriba en que no basta un acto que disminuya el patrimonio, sino en que esta disminución se dirija a impedir que los bienes dispuestos sirvan de satisfacción a los acreedores. Y tiene razón porque con semejante tratamiento de la materia, no es que nos adentremos o lindemos con el punto de vista de la conciencia del daño, sino que nos identificamos con él a través de una pretendida permanencia de la teoría de la intención del daño.

En efecto, si la concepción del *animus nocendi* la restringimos al supuesto de que el deudor enajenante, aunque no busque de manera directa el perjuicio de sus acreedores, no omite el acto dispositivo por más que sea consciente de que con él va a dañar a los mismos, en tal caso ya no estamos ante un supuesto de aproximación de ambas teorías o de singular dulcificación de la del *animus nocendi*, sino sencillamente de una desvirtuación de éste que lo ha transformado en *scientia o conscientia* del daño. Pero, en tal caso, si todo nos lleva hacia la situación caracterizada porque debe bastar que el deudor tenga conocimiento del daño que irroga a sus acreedores a través del acto dispositivo, ¿para qué seguir hablando de intención de dañar?

Si ésta se ha diluido de tal manera que no va más allá del conocimiento del daño y si, como es obvio, cuando hay conocimiento del daño y no se evita el acto, siempre cabrá advertir, por muy remota o intrínseca que sea, la posibilidad de que hay un cierto propósito de perjudicar, parece mucho más natural inclinarse en la dirección contraria a la del *animus nocendi* porque el mismo ha quedado completamente desvirtuado y ha perdido su sustancia caracterizadora.

Es sobre todo a partir de la decisiva obra de MAIERINI cuando la doctrina comenzará a inclinarse de manera clara en pro de considerar que para el juego de la acción revocatoria no hace falta en el deudor el *animus nocendi* sino que basta el conocimiento o conciencia del daño (la *scientia fraudis* o *damni*), pues semejante estado de ánimo introduce el factor subjetivo en el deudor necesario y suficiente para que quepa atacar los actos dispositivos del mismo que resulten perjudiciales para sus acreedores. Y desde entonces ha ido creciendo incontenible el número de los autores que consideran que no hace falta más que el conocimiento o conciencia de dañar, no ignorar el deudor que mediante su acto dispositivo se hacía insolvente o aumentaba su insolvencia ya existente.

Como dirá gráficamente GIORGI, la teoría del conocimiento o de la conciencia del daño no sostiene que la conciencia del perjuicio pueda dejar de ir acompañada o separada de cualquier intención, lo que sería un absurdo, y mucho menos excluye que no pueda ir acompañada de la malvada intención de causar daño; dice, tan sólo, que este maligno intento no es absolutamente necesario. Aquella teoría no excluye que el *fraudator* tenga intención alguna,

sino que tan sólo advierte que el móvil del deudor sea la conciencia de causar daño. Ciertamente que se requiere la intención, pero no se exige que sea la intención de perjudicar, pues basta sólo el propósito de beneficiarse a sí mismo o a otras personas, porque el deudor es un hombre como los demás y los hombres determinan, sobre todo, sus actos por el interés propio (12).

Este es un planteamiento sensato. Claro que en todo supuesto cabrá inducir una intención del deudor, pero de ahí no cabe derivar que esa intención sea la de causar daño al acreedor para que pueda contemplarse la acción revocatoria. Ciertamente que esa intención, aunque no se cubra con los vestes del *animus nocendi*, será lícita, en cuanto se parte del supuesto de que existe un daño del acreedor y hay conciencia de originar perjuicio a otro. Pero por más que nos movamos en el terreno de la ilicitud, ello no significa que nos tengamos que adentrar necesariamente en la esfera del propósito o designio malévolo de causar daño a los acreedores, porque tal cosa no es necesaria ni se justifica para que la acción pauliana se ponga en movimiento. Eso sí, aunque no sea *animus nocendi* y en contra del parecer de GIORGI y buena parte de la doctrina clásica, semejante conciencia del deudor de que mediante sus actos de disposición disminuye la garantía que a los acreedores proporcionan sus bienes es algo más, como sagazmente advierte MESSINEO, que «mala fe subjetiva» (13).

Nos movemos, ciertamente, en el campo de lo ilícito, porque para entrar en él no hace falta una clara y determinante intención de dañar, sino que basta con haber previsto o haber debido prever las consecuencias lesivas del propio acto dispositivo. Como atinadamente dice BETTI, el contenido mínimo del *consilium fraudis* es éste: existía por parte del deudor una carga de previsión, esto es, de conocimiento de las consecuencias lesivas que el acto de disposición deberá tener verosímilmente, y, por tanto, existe una negligente ignorancia de la actuación patrimonial propia. Esta ignorancia es evidentemente una violación de la carga de cautela que incumbe a todo deudor, carga de cautela que se potencia y especifica en un deber de abstenerse de actos de disposición eventualmente lesivos. En consecuencia, considera que es imputable por este concepto quien, sabiendo o debiendo saber que una línea de conducta lleva a ciertas consecuencias perjudiciales para la garantía patrimonial, lleva a cabo, no obstante, el acto de disposición que expone a peligro inmediato y directo los intereses jurídicamente protegidos de sus acreedores; la conciencia que se deriva de esta previsibilidad del daño es lo que cabe calificar como *consilium fraudis* (14).

(12) GIORGI, *Teoría de las obligaciones...*, II, *op. cit.*, págs. 316 y sigs.

(13) MESSINEO, *Manual...*, IV, *op. cit.*, pág. 153.

(14) BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, II, Madrid, 1969, pág. 419.

Adecuadamente matizadas las ideas sobre la carga de cautela de que habla BETTI, el planteamiento es correcto. El deudor que conoce o debiera conocer que los actos dispositivos que realiza van a ocasionar quebranto económico a sus acreedores en lo que atañe a la cumplida satisfacción de sus créditos, entra en el campo de la ilicitud porque está causando un daño que podría y debería evitar. Pero, ¿querrá decir ello que semejante ilicitud sólo será relevante y dará pie al ejercicio de la acción pauliana cuando aparezca coloreada con la intención de perjudicar en el disponente? De ninguna manera. Bastará con que no sea ajena al deudor que dispone de sus bienes la idea de que con semejante disposición está originando o puede originar perjuicio a sus acreedores de cara a la plena satisfacción de sus derechos. Con que exista, como dice BETTI, conciencia de la previsibilidad del daño, es suficiente para que se entienda dado el requisito del *consilium fraudis*.

El Código Civil italiano de 1942 ha captado y plasmado perfectamente estas ideas al disponer en su artículo 2.901 que entre las condiciones a exigir para que prospere la acción revocatoria hace falta que «el deudor conociese el perjuicio que el acto originaba a los derechos del acreedor», y, además, tratándose de actos a título oneroso, que «el tercero fuera conocedor del perjuicio».

Como se observará, la innovación es que, frente a la opacidad de los Códigos latinos precedentes que no matizan el contenido del *consilium fraudis*, algo que permitió a la doctrina derivar hacia la inadecuada concepción del *animus nocendi*, el codificador italiano del 42 se define y expresa que el *consilium fraudis* debe entenderse como conocimiento del perjuicio por parte del deudor. Por otro lado, mientras tratándose de actos dispositivos a título gratuito es suficiente para que pueda ejercitarse la acción pauliana con que semejante conocimiento del daño se dé sólo en el deudor disponente, cuando se trate de actos a título oneroso en los que el deudor recibe una compensación patrimonial, no bastará la *scientia fraudis* sólo en el deudor enajenante, sino que hará falta también la conciencia del perjuicio en el tercero adquirente (*particeps fraudis*).

En la doctrina española, dejando a un lado la opinión aislada y disonante de DE CASTRO, existe una clara coincidencia en la dirección apuntada de conocimiento del perjuicio por parte del deudor. Así, para TRAVIESAS, aplicando el Código Civil español no hay necesidad de exigir el *animus nocendi* como requisito para que sea ejercitable la acción pauliana, pues basta la conciencia del daño, aun sólo eventual (15). Para CASTÁN, no es preciso que se dé y se pruebe la intención de perjudicar a los acreedores (*animus nocen-*

(15) TRAVIESAS, «La acción pauliana», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1920, pág. 103.

di), sino que es suficiente la previsión o conocimiento de que con el acto que va a realizar el deudor imposibilita el que el acreedor pueda hacer efectivo su crédito (16). En el sentir de LACRUZ, después de exponer las distintas posiciones al efecto, la opinión de que ha de bastar con la conciencia del daño e, incluso, con la conciencia que «se debió tener», es la que le parece más probable, a la vista del artículo 1.258 del Código Civil (17).

Pero ha sido ALBALADEJO quien mejor ha matizado esta posición. Para él debe rechazarse el criterio de que el deudor haya de tener propósito de dañar al acreedor, pues aunque en determinados casos concretos ese propósito exista (en los que habrá, ciertamente, fraude), más normalmente el deudor no persigue dañar al acreedor, sino sólo salvar para sí sus bienes, sustrayéndolos al crédito de éste, amén de que si el acreedor tiene derecho a la satisfacción de su crédito, resulta evidente que debe reprimirse lo que persiga frustrarla, aunque no se haga con el propósito de causarle daño.

De la misma manera, precisa que hay que rechazar también la opinión de que, para que el fraude se dé, es necesario que el deudor enajene para evitar la referida satisfacción del crédito. Si se obra con tal fin, ciertamente se obra en fraude, pero éste no precisa de tanto. Basta con que el deudor se percate de que con su enajenación no le quedarán bienes bastantes (localizables) para el pago de su deuda. Percatándose de ello, tiene conciencia del perjuicio que ocasionaría, y será inaceptable admitir su impunidad por el hecho de que no hubiese obrado persiguiendo el fin de dañar o el de sustraer.

Por otro lado, cuando una persona de diligencia media se habría apercibido de que, con la enajenación de su patrimonio, queda sin bienes para hacer frente al derecho del acreedor, no cabe tampoco admitir que por el hecho de que al deudor concreto le haya pasado desapercibida semejante circunstancia no le alcancen las mismas consecuencias que si se hubiese percatado. En opinión de ALBALADEJO, en consecuencia, hay que afirmar que a la conciencia realmente tenida de que el acreedor no podrá ya cobrar, hay que equipar el caso de que debiera haberse tenido, ya que lo contrario supondría un premio a la negligencia (18).

Como hemos expuesto líneas arriba, por este ámbito se mueve nuestro pensamiento. De lo que se trata, a través de la acción pauliana, es de proteger al acreedor contra los efectos negativos que para la satisfacción de su crédito puedan tener determinados actos dispositivos del deudor. Ahora bien, no basta el mero perjuicio objetivo, no es suficiente con que la enajenación o renuncia

(16) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, III, Madrid, 1992, pág. 335.

(17) LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, II-1, *op. cit.*, pág. 339.

(18) ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, dirigidos por M. Albaladejo*, XV-1, Madrid, 1989, págs. 970-971.

del deudor haya causado su insolvencia, sino que hace falta un determinado estado de ánimo del mismo (el *consilium fraudis*) que siendo ilícito permita y justifique al legislador para hacer el extraordinario, y en buena medida anómalo esfuerzo de permitir la impugnación de los actos dispositivos, ya que sin él la idea de castigo, presente *natura rerum* en la figura, no podría operar e, incluso, los deudores verían excesiva e indebidamente restringidas sus facultades dispositivas en daño de su capacidad.

Ahora bien, una cosa es esto y otra muy diferente que la acción impugnativa de los acreedores sólo pueda darse cuando estemos en presencia del auténtico deudor malvado, del deudor que no piensa en sí ni en nadie porque sólo le alienta el propósito de defraudar a sus acreedores, de impedir que los mismos logren realizar sus derechos, del deudor que dispone movido por la intención o propósito de defraudar a esos acreedores. Pues bien, sencillamente esa especie de deudor no existe, porque aunque pueda darse algún caso de un concreto deudor que movido por el odio oriente su actuación únicamente a perjudicar a su acreedor, siempre se tratará de un supuesto anómalo, de una situación excepcional que no puede ni debe ser contemplada por la ley como supuesto normal de la figura, aunque sólo fuera por la consideración de que con semejante contemplación prácticamente se arruinaría el remedio revocatorio. Como bien dice GIORGI, el deudor es un hombre como todos los demás, y los hombres determinan sus actos por el interés propio.

Admitido esto, como razonablemente no puede ser de otra manera, es obvio que, según se advertía antes, el deudor tiene que aparecer comprometido de alguna manera, tiene que implicarse subjetivamente en el empobrecimiento patrimonial que experimenta, ya que de otro modo nos hallaríamos ante una sanción sin ilicitud y ante un castigo sin culpa. Cuál sea el grado de compromiso o intencionalidad nociva que deba darse en el deudor enajenante, esa es la clave de la cuestión; ni tanto que prácticamente haga inoperante la figura, ni tan poco que deje al deudor sometido a los caprichos impugnativos de sus acreedores. ¿Dónde estará ese término medio preciso? Parece que el punto de encuentro más razonable se halla en la exigencia de que tenga conciencia, conocimiento o motivo de que a través del acto dispositivo que realiza puede frustrar la satisfacción del derecho de su acreedor.

De ahí no se debe pasar, pero tampoco cabe considerar menos, porque no debe olvidarse que, aunque señalados autores como GIORGI las identificaran, conciencia del daño y mala fe no son la misma cosa. La mala fe, la torcida intención del deudor al actuar, el no ponderar adecuadamente todos los factores en juego, el no comportarse como marcan las reglas de la lealtad y el buen actuar en el campo de las obligaciones, no puede ser suficiente para dar entrada al remedio revocatorio, porque ello lo diluiría demasiado y sometería a los deudores a presiones indebidas y a excesivos e injustificados riesgos.

Como dice con justeza MESSINEO, la conciencia de originar perjuicio a otro es algo más que mala fe subjetiva.

Con una consideración adicional. Sería realmente absurdo e irrisorio que habiendo montado el legislador un espectacular mecanismo de protección de los créditos a través de la acción revocatoria, el mismo pudiera desmontarse con facilidad simplemente alegando el deudor que él al efectuar la enajenación o renuncia no tenía la intención de dañar a su acreedor, porque ello, amén de que será así en una mayoría determinante de supuestos, supondría una puerta de escape tan expedita y libre que pocos deudores quedarían sometidos a los efectos de la acción pauliana. Tiene razón pues, ALBALADEJO cuando afirma que si el acreedor tiene derecho a la satisfacción de su crédito, prevista la acción revocatoria, resulta palmario que debe reprimirse lo que persiga frustrarla, aunque no se haga con el propósito de causarle daño, siempre que al menos, añadimos por nuestra parte, el deudor se encuentre en ese estado de ánimo subjetivo que supone el conocimiento o conciencia del daño.

De la misma manera, tampoco hace falta que el deudor planee su actuar dispositivo con el propósito de adelgazar su patrimonio, de restarle fuerzas al mismo para que los acreedores no puedan obtener la satisfacción de sus derechos. Semejante creencia, aunque surgida desde otro ángulo o perspectiva, nos conduciría indirectamente y utilizando distintas palabras, al viejo y excluyente *animus nocendi*, pues supondría una inocultable intención de dañar. Es suficiente con considerar y exigir que el deudor cuando efectúa la enajenación o renuncia sea consciente de que coloca a su patrimonio en una situación tal que tomará difícil la posibilidad de que los acreedores logren realizar sus acreencias, tanto porque efectivamente se produce una detracción patrimonial como porque cambia la naturaleza de los bienes y aumentan las posibilidades de ocultación o de dificultad de seguimiento y localización.

¿Y qué deudor no se hace esa sencilla consideración a la hora de realizar cualquier acto dispositivo, siempre que su situación económica no sea tan boyante y sin problemas que le permita obviar semejante reflexión? Cuando un deudor con problemas enajena bienes, el más sencillo y obligado pensamiento que debe pasar por su mente es el de preguntarse qué ocurrirá en adelante con sus acreedores, si el acto dispositivo les va a afectar o no negativamente. Y si esto es así, muy corto e irreflexivo ha de ser un deudor para que no tenga conocimiento sobre si la mutación patrimonial que experimenta es nociva o no para los intereses de sus acreedores.

Esto nos lleva a una última consideración. La mayoría de los autores que restringen el *animus* del deudor al simple conocimiento o conciencia del daño que irroga a sus acreedores no pasan de ahí y excluyen, al menos tácitamente, la posibilidad de que el deudor incurra también en responsabilidad cuando negligentemente no haya llegado a semejante conocimiento o perjuicio. Pienso con ALBALADEJO que esa posición no es defendible y, por el contrario, que

cualquier deudor que culposamente no haya constatado por irreflexión, descuido o imprevisión que a través de las enajenaciones que realiza pone en peligro la satisfacción de los derechos de crédito que le afectan se coloca dentro de la *fantispecie* de la figura en estudio y cabe ejercitar contra él el remedio revocatorio.

No hace falta, pues, necesariamente el conocimiento o conciencia del daño por parte del deudor, sino que es suficiente con que dicho deudor debiera haber tenido semejante representación anímica de haber actuado con la diligencia debida. Si «la responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones» (art. 1.103 del Código Civil), ¿cómo excluir la posibilidad de que un acreedor pueda impugnar determinado acto dispositivo de su deudor alegando que no tuvo conocimiento del daño porque se comportó negligentemente? Que a un deudor se le escapen determinadas circunstancias, que no sopesé debidamente las consecuencias de su acción y que no anticipe lo que de patrimonialmente negativo pueda tener su enajenación no puede ser excusa para excluir el juego de la acción revocatoria, aunque sólo fuera por la consideración apuntada con anterioridad de que en una mayoría determinante de supuestos los deudores actúan pensando en su propio interés y excluyen cualquier reflexión sobre la suerte de sus acreedores.

Si se prescinde de la negligencia del deudor, del hecho de que no tuvo conocimiento del daño porque omitió las previsiones normales en tal supuesto, de la circunstancia de que lo determinante es que el deudor conociera o debiera conocer las secuelas patrimoniales negativas de sus actos, amén de marginar graciosamente el juego de la culpa o negligencia, que tiene presencia incontestada a lo largo y a lo ancho del Derecho de obligaciones, se abriría un portillo tan grande respecto a la actuación del recurso revocatorio que prácticamente se nos deslizaría por él y lo perderíamos. Advierte bien, pues, el profesor ALBALADEJO al señalar que por el principio de responsabilidad hay que afirmar que a la conciencia realmente tenida de que el acreedor no podrá ya cobrar, hay que equiparar el caso de que debiera haberse tenido dicha conciencia.

¿Cómo se ha pronunciado la jurisprudencia española al respecto? Los primeros compases de nuestro Tribunal Supremo en esta materia se dan preferentemente en la esfera de conceptuar el preceptivo *consilium fraudis* en el sentido de *animus nocendi*, propósito o intención de dañar a los acreedores. Como señala ORDUNA MORENO, concorde con el tercer supuesto de la Ley 7.^a, Título 15, Partida 5.^a («lo faze maliciosamente e con engaño») se observa una calificación dolosa en sentido estricto de la conducta del deudor, fruto de lo cual va a ser la tónica generalizada de concebir la conducta del deudor como «propósito de defraudar» o como «intención de perjudicar», viniendo a su vez delimitada la mala fe del tercero por una

terminología claramente dolosa: «partícipe del engaño», «obrar a sabiendas», etc. (19). Numerosas sentencias de nuestro Tribunal Supremo, utilizando distintas expresiones («propósito de defraudar», «obrar maliciosamente», «obrar con dolo para disminuir el patrimonio», «intención de perjudicar», «obrar con el propósito de eludir responsabilidades», «obrar con el fin de burlar a los acreedores», o similares), coinciden en la clara dirección de que lo que debe caracterizar a la conducta del deudor es el neto designio de dañar al acreedor: Sentencias de 10 de julio de 1896, de 25 de octubre de 1895, 9 de noviembre de 1901, 13 de marzo de 1902, 16 de mayo de 1904, 24 de septiembre de 1906, 25 de junio de 1907, 2 de enero de 1912, 4 y 30 de mayo de 1914, 28 de septiembre de 1926, 23 de febrero de 1934, 21 de junio de 1945, 15 de abril de 1955, 3 de junio de 1967, 21 de mayo de 1968, 16 de junio de 1970, etc.

Pero no han faltado tampoco sentencias en que se estime que es suficiente con la conciencia o conocimiento del daño («conciencia de perjudicarles») por parte del deudor para que prospere la acción revocatoria, y algunas de ellas son ciertamente antiguas, como las Sentencias de 31 de diciembre de 1987 y la de 9 de noviembre de 1901, en las que se habla de «conocimiento del propósito de defraudar» (*sic*) o de «conocimiento de la insolvencia del deudor». Otras posteriores insisten en la misma dirección: Sentencias de 10 de junio de 1928, 14 de enero de 1935, 7 de enero de 1958, etc.

Y, en fin, existen también fallos en los que se requiere en el deudor, alternativamente, bien el propósito o intención de dañar, bien la conciencia o conocimiento del daño, tal cual ocurre en las Sentencias de 12 de julio de 1940 y 30 de abril de 1985.

¿Qué conclusión cabe sacar en relación a lo que sería la doctrina jurisprudencial española sobre el fraude del deudor en la acción pauliana? ORDUÑA MORENO estima que no hay una evolución clara, ni cuantitativa, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a favor de la objetivización del fraude, consistente en prescindir del elemento volitivo (intención de perjudicar los intereses del acreedor) para recalar, como elementos configuradores del fraude, en el conocimiento del perjuicio que va a sufrir el acreedor y de la situación de insolvencia en la que incurre el deudor al celebrar el negocio jurídico dispositivo, y entiende que en sentencias como las de 4 de mayo de 1950 y 16 de junio de 1970 se hace referencia a los términos de fraude y mala fe como una relación de «confabulación» o se trae a colación la figura del *consilium fraudis* como requisito necesario para apreciar el fraude de acreedores (20).

(19) ORDUÑA MORENO, *La acción rescisoria por fraude de acreedores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1992, pág. 65.

(20) *Ibid.*, pág. 66.

Aun dejando de lado la curiosa teoría que este autor sostiene en pro de la objetivización del fraude, como si fuera posible que algo que *in substantia* es un elemento subjetivo pudiera trocarse milagrosamente en factor objetivo, no se alcanza a ver cómo la orientación de la jurisprudencia, que él descarta, hacia la tesis del conocimiento del daño por parte del deudor pudiera entenderse como derivación hacia la objetivización del daño, pues si se prescinde de la intención de dañar para exigir la mera conciencia del daño, por más que sea cierto que se ha podido pasar de un elemento volitivo («intención de perjudicar los intereses de los acreedores») a otro intelectual o cognoscitivo («conocimiento de que se perjudican los intereses de los acreedores»), lo que no se advierte por sitio alguno es cómo a través de ese tránsito se ha podido pasar también de una concepción subjetiva del fraude a otra objetiva, pues sea voluntad o conciencia lo exigible, siempre nos moveremos en torno a comportamientos subjetivos del deudor, siempre estaremos en la consideración subjetiva del fraude, como, por los demás, no puede ser de otra manera por la sustancia misma de dicho elemento.

Por ello, me parecen mucho más ponderadas y aceptables las conclusiones a que llega ALBALADEJO. Para este civilista cabe extraer de la jurisprudencia del Tribunal Supremo la consecuencia de que basta la conciencia, ya que incluso en los supuestos en que se habla tan sólo de propósito o intención, no parece que haya motivos para decidir que se hizo por excluir el fraude si únicamente había conciencia y no propósito, sino más bien porque el Tribunal Supremo no tenía ante la vista el problema actual o porque en ellos se daba realmente un propósito fraudatorio, y el Tribunal Supremo se refirió únicamente a éste porque en tal supuesto no hacía falta hablar de más. Y en tal sentido alega la Sentencia de 7 de enero de 1958, en la que si bien en el primer considerando se pide «ánimo e intención de conseguir la defraudación», en el tercero se dice qué requisito de la pauliana es que el deudor «conozca que después de realizado el contrato no le quedan bienes bastantes para satisfacer sus compromisos» (21).

3. EL FRAUDE DEL ADQUIRENTE

Cuando se trate de una enajenación fraudulenta por parte del deudor en los términos antedichos, es obvio que la impugnación que la acción revocatoria pone en marcha afectará a dicho deudor y a quien de él adquiera, pues la ineficacia sobrevenida hará desaparecer en la medida que proceda los efectos dispositivos del acto. Si respecto al deudor ya conocemos cuál debe ser

(21) ALBALADEJO, *Comentarios...*, XV-1, *op. cit.*, pág. 971.

su estado subjetivo, ¿en qué estado de ánimo o cuál será el talante en que deba hallarse quien con él contrató?

La doctrina clásica resaltaba que en Derecho romano y en la dogmática anterior al *Code Napoléon* se admitía como algo inconcuso que, junto al fraude por parte del deudor, se exigía también una cierta participación del tercero adquirente, si bien sobre la base en este último supuesto de una distinción: si el acto dispositivo era a título oneroso, hacía falta el concurso en el fraude por parte del tercero, mas si era a título gratuito no se precisaba que el mismo fuese cómplice en el fraude. El Código Civil francés calló al respecto en su lacónico artículo 1.167, y de ahí arrancaron las dudas.

Contrariamente, el artículo 1.235 del Código Civil italiano de 1865 fue fiel a la tradición, y consignaba que «tratándose de actos a título oneroso, el fraude debe resultar de parte de ambos contratantes. Para los actos a título gratuito, basta que en el fraude intervenga el deudor». Y parecidamente en el artículo 2.901 del vigente Código Civil italiano de 1942 se reseña que, amén de que el deudor conozca el perjuicio (*conscientia fraudis*), para que la acción pauliana pueda prosperar hace falta también que, «tratándose de acto a título oneroso, el tercero fuera conocedor del perjuicio». En cuanto *inclusio unius exclusio alterius*, es obvio que no hace falta semejante conocimiento en el tercero adquirente a título gratuito.

La razón de semejante distinción y tratamiento diferenciado no parece difícil de indagar. Tratándose de actos a título oneroso, en los que existe una contraprestación por parte del tercero a cambio de lo que recibe, resulta natural que el conocimiento por el deudor del perjuicio que irroga a sus acreedores al enajenar no pueda ser suficiente para conformar la *fattispecie* del fenómeno revocatorio, que exige un acto dispositivo perjudicial para los acreedores, «ya que el tercero adquiere algo, pero soporta también, a su vez, un sacrificio patrimonial». Cosa que, con toda evidencia, no ocurre cuando estamos en presencia de enajenaciones gratuitas, en cuyo caso resulta suficiente con que el conocimiento del daño causado al acreedor se dé en el deudor enajenante.

Habida cuenta de que la revocatoria triunfante debe producir sus efectos contra el tercero, despojándole de los derechos que mediante otro correlativo se procura, GIORGI consideraba que la revocatoria sería para dicho tercero una verdadera injusticia, de no tener su fundamento jurídico en la culpa del mismo, culpa que consiste precisamente en su mala fe. En cambio, cuando el acto impugnado es a título gratuito, el fundamento jurídico de la acción revocatoria se encuentra con presteza, pues siendo principio indiscutible de equidad natural y principio general del Derecho que nadie pueda enriquecerse en daño ajeno, es clara la obligación del tercero que se enriqueció en daño del acreedor de restituir a este último todo aquello de que se lucró, siempre que su ganancia tuviese por fundamento un acto ilegítimo

del deudor, y para que el acto sea ilegítimo, basta ciertamente el fraude del deudor mismo (22).

Con existir un fondo de verdad, hay, sin embargo, un cierto alambicamiento en la construcción que se comenta. Claro que si la acción revocatoria prospera se deben deshacer los efectos del acto dispositivo realizado por el deudor, y el tercero adquirente tiene que devolver lo recibido. Ahora bien, incluir o excluir semejante posibilidad según que el acto dispositivo sea a título oneroso o a título gratuito en base a la mera circunstancia de que una u otra determinación resulta de estricta justicia es más aleatorio de lo que a primera vista pudiera parecer, pues ni en las adquisiciones a título oneroso resulta siempre claro que los acreedores hayan de sufrir perjuicio, ni en las a título gratuito se patentiza en todo caso que tenga materialización un supuesto del principio que proscribe el enriquecimiento injusto.

En tal sentido, MESSINEO ha resaltado que, bajo cierto aspecto, podría pensarse que los actos a título oneroso no deberían ser materia de la acción revocatoria, en cuanto por efecto de ellos al bien que sale del patrimonio del deudor se sustituye la compensación que recibe y que puede ser su exacto equivalente desde el punto de vista de la entidad económica; si bien es cierto que si la entrada es de dinero, éste es más fácilmente ocultable a los acreedores, menos fácilmente atacable por ellos y más fácilmente susceptible de eliminación sin despertar la alarma de los acreedores mismos, aparte de que la suma de dinero ingresada puede no constituir el equivalente adecuado del bien concreto que ha salido del patrimonio del deudor mediante el acto a título oneroso.

Precisamente por ello, MESSINEO considera que cabe admitir la posibilidad de que, en juicio, el deudor contra-demuestre que, no obstante, el acto a título oneroso, el patrimonio de él no se ha empobrecido de hecho y, por consiguiente, que la acción revocatoria debe rechazarse en ese caso, tal como ocurre, por ejemplo, si se trata de permutar con un bien de valor equivalente o si el acto a título oneroso implica la adquisición de un bien concreto a precio proporcionado a su valor (23).

Y, en realidad, eso es lo que sucede en los ordenamientos civiles que distinguen, como el italiano, según que el tercero adquirente sea a título oneroso o a título gratuito para exigirle o no el conocimiento del perjuicio que el acto ocasiona a los acreedores. Cuando se trata de una adquisición a título gratuito, exigir que el beneficiario de la misma tenga conciencia del perjuicio, esto es, se convierta en *particeps fraudis* no resulta procedente ni estimable, porque nos hallamos ante una consideración distinta y más elemental.

(22) GIORGI, *Teoría de las obligaciones...*, II, *op. cit.*, pág. 344.

(23) MESSINEO, *Manual...*, IV, *op. cit.*, pág. 154.

Se trata de decidir sobre qué interés es más digno de tutela y mantenimiento: el del tercero adquirente que experimenta un enriquecimiento o ganancia en su patrimonio sin nada a cambio, o el de los acreedores que por virtud del empobrecimiento que soporta su deudor sufren daño o perjuicio, en cuanto no van a poder realizar sus créditos. Desde siempre y por evidentes razones de equidad natural, el Derecho tiene establecido que en el conflicto entre el que trata de sustraerse a un daño (*certat de damno vitando*) y el que trata de mantener una ganancia (*certat de lucro captando*), debe prevalecer siempre el interés del primero. Por lo que se explica, sin mayores exigencias al respecto, que el juego de la acción revocatoria se muestre expedito en el caso de enajenaciones a título gratuito y que no haga falta acreditar que el favorecido por las mismas haya tenido conocimiento del perjuicio irrogado a los acreedores, aunque, eso sí, semejante perjuicio debe existir siempre para que proceda la revocación del acto dispositivo.

En cambio, las cosas cambian radicalmente cuando se trata de enajenaciones a título oneroso. Aquí ya no se trata de elegir entre evitar un daño y garantizar una ganancia, sino de escoger entre uno u otro tipo de perjuicio: el que se causa a los acreedores manteniendo la vigencia del acto dispositivo o el que se origina a los terceros adquirentes obligándoles a devolver su adquisición. La situación cambia por completo, porque ni el papel de los acreedores aparece tan claro, ni el del tercero adquirente se presenta en términos de neto desconocimiento, ya que su adquisición viene contrapesada por la salida patrimonial que ha debido experimentar.

El panorama sólo puede despejarse adecuadamente y el tratamiento legal adquirir pleno sentido si se tiene en cuenta que el acto dispositivo objetivamente tiene que resultar perjudicial para los acreedores, lo cual significa que hay desequilibrio entre las prestaciones o que el tercero adquirente ha contribuido a que el deudor pueda distraer o disimular la suma recibida a cambio del bien enajenado, en cuyos casos parece natural no sólo que el deudor deba tener conocimiento del perjuicio irrogado a los acreedores, sino además que dicho tercero adquirente sea conocedor también del perjuicio en cuestión. En otro caso, no se advertiría razón suficiente para que un tercero que ha participado en el acto dispositivo del deudor se viese afectado por una hipotética revocación del mismo en base a la acción revocatoria ejercitada por los acreedores del enajenante.

Nuestro Código Civil no ha establecido de una manera directa y clara la distinción entre actos a título oneroso y actos a título gratuito al objeto de exigir o no en el tercer adquirente el conocimiento del perjuicio que el acto dispositivo origina a los acreedores. No parece, sin embargo, que las conclusiones en nuestro ordenamiento puedan ser diferentes de las que se han señalado en relación al Derecho italiano. El párrafo segundo del artículo 1.295 establece de manera general que «tampoco tendrá lugar la rescisión cuando

las cosas objeto del contrato se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe». A tenor del párrafo primero del artículo 1.297, «se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenase bienes a título gratuito». Y de acuerdo al artículo 1.298, «el que hubiese adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de acreedores, deberá indemnizar a éstos de los daños y perjuicios que la enajenación les hubiese ocasionado, siempre que por cualquier causa le fuese imposible devolverlas».

In limine quaestionis hay que advertir que la eficacia de las acciones rescisorias en general, y la revocatoria lo es, encuentra un límite infranqueable en las adquisiciones realizadas por terceros que «no hubiesen procedido de mala fe». Luego que si se trata de adquirentes a título gratuito, su adquisición se presume legalmente (en los términos y condiciones que más adelante se verán con todo detalle) como efectuada «en fraude de acreedores». Y, por fin, que en el campo estricto de la acción pauliana, el tercero adquirente de mala fe que no pueda devolver lo adquirido queda obligado a la indemnización de daños y perjuicios.

Varias consecuencias se pueden establecer del juego combinado de semejantes prescripciones legales. Una, que el tercero adquirente de buena fe no tiene por qué verse afectado por la puesta en funcionamiento de un recurso rescisorio sea del tipo concreto que sea. Otra, que si toda adquisición realizada a título gratuito la ley la considera como consumada en fraude de acreedores, es en absoluto irrelevante y anodino indagar si el beneficiario de la misma tenía o no conocimiento del perjuicio que se ocasionaba a los acreedores. Y la última, que si los adquirentes de mala fe de las cosas enajenadas en fraude de acreedores deben indemnizar a los acreedores cuando no puedan devolverlas, es porque dicha devolución es la obligación primaria en el juego de la acción revocatoria, y precisamente porque tales adquirentes han procedido de mala fe.

Interrelacionando estas dos últimas circunstancias tendremos que si en las enajenaciones a título gratuito el fraude se presume y en las a título oneroso sólo cabe el progreso de la acción revocatoria cuando los adquirentes lo sean de mala fe, resultará que en nuestro ordenamiento civil, al igual que en el italiano, mientras la acción revocatoria estará expedita en relación a los actos dispositivos efectuados a título gratuito, para que pueda prosperar en el supuesto de que los terceros adquirentes lo sean a título oneroso hará falta que los mismos fueran conscientes del perjuicio que ocasionaba a los acreedores del enajenante el acto dispositivo en el que ellos participaban. Se trataría de una distinta formulación del supuesto, más clara y concisa en el Derecho italiano, más profusa y alambicada en el nuestro, pero con una evidente similitud y coincidencia: si se quiere que la revocación del acto dispositivo afecte a los terceros adquirentes hará falta que éstos hayan participado en el fraude.

¿Cuál es la opinión de la doctrina española al respecto? DE CASTRO, frente a su posición de que en relación al deudor debe existir en el mismo intención o propósito de perjudicar, considera que en relación al tercero adquirente no hace falta la intención de dañar, sino que basta, como decía GREGORIO LÓPEZ, la *scientia ex parti recipientis*, o, en palabras de GARCÍA GOYENA, la mala fe del tercero, que sepa del fraude y participe de él: *te conscio et fraudem participante*.

Para nuestro gran civilista, el Código Civil español inclina también a decidirse por la suficiencia de la *conscientia fraudis* por parte del tercero. La rescisión encuentra un obstáculo insuperable cuando se encuentra ante un acto jurídico que no puede ser declarado ineficaz; la ley entiende que nos hallamos en este caso cuando las cosas objeto del contrato se encontrasen legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe; interpretando *a contrario* el artículo 1.295, hay que deducir que pueda ser atacado el acto adquisitivo del tercero, cuando actúa de mala fe, cuando no ignora el vicio del negocio originario, o sea, cuando conozca el fraude. Sin importar que la jurisprudencia excluya del concepto de tercero al primer comprador, pues si el tercero mediado encuentra atacada su adquisición, por conocer el fraude, es indudable que no puede encontrarse en situación más ventajosa el tercero inmediato (24).

Para ALBALADEJO, el adquirente ha de participar en la maquinación y tiene o debe tener conocimiento del perjuicio que su adquisición originará, como, por ejemplo, si el deudor vende a un tercero, que está al corriente del fin que persigue, una finca (bien fácilmente controlable), con objeto de tener sólo dinero, que con facilidad puede sustraer a la ejecución. Pues aunque de la ley sólo se saca que estima como revocable el acto cuando se ha adquirido de mala fe, debe considerarse que existe cuando concurre la circunstancia de haber conocido el adquirente el fraude con que obran el deudor, o participado en el mismo.

Se adhiere al parecer de DE CASTRO de que si según el párrafo segundo del artículo 1.295 del Código Civil la rescisión no se detiene, frente a un segundo adquirente, cuando éste adquiere de mala fe del que adquirió por el acto fraudulento, no puede menos de estimarse que, por igual razón, también dicha rescisión proceda frente al primero adquirente del deudor cuando obró de mala fe este adquirente primero.

En cambio, estima que por más que el artículo 1.298 del Código Civil habla también de «adquirido de mala fe» para referirse al que adquiere del deudor, no nos sirve al efecto afirmar que frente a dicho primer adquirente procede la rescisión si obró de mala fe; y no sirve porque tal artículo se

(24) DE CASTRO, «La acción pauliana...», *loc. cit.*, págs. 220-221.

encamina sólo a echar sobre él el deber de indemnizar si adquirió de mala fe. Y es más, tal artículo no sólo no sirve para mostrar que para que la rescisión se pueda dar ha de haberse adquirido de mala fe, sino que prueba que puede haber rescisión aun habiendo obrado de buena fe el adquirente en las enajenaciones gratuitas. Lo prueba porque, si no, holgaría cargarle con la indemnización cuando no pudiese devolver la cosa sólo si obró de mala fe, ya que se partiría de que cuando procediese indemnizar por no poder devolver, el adquirente siempre lo sería de mala fe (25).

En opinión de LACRUZ, finalmente, de la doctrina del párrafo segundo del artículo 1.295 del Código Civil se deduce que la rescisión sólo puede operar cuando el tercero haya procedido de mala fe, resultando natural que así sea, pues existe una contraprestación (en principio, equivalente) hecha de buena fe y se trata de un acto válido en sí mismo (26). Con lo que el maestro, no obstante la concisión con que trata el supuesto en consideración, deja en claro dos circunstancias: una, que hace falta el fraude por parte de quien concluye el acto dispositivo con el deudor, y la otra, que ese conocimiento del perjuicio o participación en el fraude sólo cabe referirla a las adquisiciones a título oneroso, porque respecto a las efectuadas a título gratuito opera mecánicamente la pauta del artículo 1.297 del Código Civil de que la ley las presume celebradas en fraude de acreedores.

En la jurisprudencia española, aunque no han faltado fallos que contemplan la mala fe del tercero como «obrar con el fin de perjudicar los intereses del acreedor», o actuar con «la intención o propósito de dañar al acreedor», u obrar con «intención dañosa» (Sentencias de 2 de enero de 1912 y 15 de abril de 1955), la gran masa de las sentencias se inclina por estimar suficiente que el adquirente conozca el fraude del acreedor, o sea, cómplice en el fraude (*consciens fraudis*). Tal sucede en las Sentencias de 29 de octubre de 1891, 11 de octubre y 28 de noviembre de 1892, 31 de diciembre de 1987, 21 de marzo de 1900, 9 de noviembre de 1901, 3 de diciembre de 1903, 16 de mayo de 1904, 28 de febrero de 1905, 11 de octubre de 1906, 25 de junio de 1907, 20 de marzo y 9 de noviembre de 1908, 1 de julio de 1909, 4 de mayo de 1914, 10 de julio de 1928, 10 de octubre de 1928, 9 de marzo de 1932, 14 de enero de 1935, 12 de julio de 1940, 21 de junio de 1945, 4 de mayo de 1950, 28 de enero de 1966, 16 de junio de 1970, etc.

Por nuestra parte, una vez asumido que la expresión terceros adquirentes no debe entenderse en su estricto sentido de subadquirentes sino en el amplio de destinatario en primero o segundo grado de los bienes de que dispone el deudor, y que la expresión «mala fe» que utiliza nuestro Código Civil en los

(25) ALBALADEJO, *Comentarios...*, XV-1, *op. cit.*, págs. 971-972.

(26) LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, II-1, *op. cit.*, pág. 340.

artículos 1.295 y 1.298 hay que reconducirla a los escuetos términos de «conocimiento del daño» o «complicidad en el fraude» por parte del tercero, creemos que el supuesto en estudio puede plantearse con relativa claridad en el Derecho civil español.

Lo primero que debe advertirse es que aunque nuestra normativa no contiene una fórmula similar a la italiana, la solución no puede ser diferente en cuanto al tratamiento de las disposiciones gratuitas y de las onerosas. Respecto a las primeras, no tiene sentido alguno preguntarse cuál ha de ser el talante o ánimo del tercero para que puedan ser revocadas, pues al establecer el párrafo primero del artículo 1.297 del Código Civil que «se presumen celebradas en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito, resulta obvio que semejante cuestión deviene intrascendente e innecesaria, ya que todas las enajenaciones gratuitas, por el solo hecho de serlo y porque la ley en el conflicto de intereses entre los acreedores y los adquirentes gratuitos se inclina por razón natural a favor de los primeros, se consideran fraudulentas y, en consecuencia, sufrirán la revocación. Indagar si en ellas se da o no el dato subjetivo de la participación o complicidad del adquirente en el fraude es del todo anodino e inadecuado porque la ley parte del dato objetivo de que toda enajenación gratuita perjudicial para los acreedores debe reputarse fraudulenta, y, en consecuencia, semejante catalogación se extiende mecánicamente y mancha también a los terceros adquirentes con indiferencia de cuál fuera su estado de ánimo al respecto.

En segundo término, en base a la consideración anterior, parece que la exigencia legal de que los terceros ostentan un determinado talante («mala fe») en relación a los actos adquisitivos debe restringirse a aquéllos de éstos que tengan carácter oneroso, por lo que toda problemática relativa a la participación de los terceros adquirentes en el fraude debe reconducirse a dicha categoría de adquisiciones.

Y, finalmente, que, adecuadamente entendido, el párrafo segundo del artículo 1.295 del Código Civil proporciona base suficiente para el correcto tratamiento de la materia en nuestro sistema. En efecto, al disponer dicho precepto que la rescisión no tendrá lugar cuando los bienes dispuestos se encuentren «en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe», viene a decir, por simple interpretación *a contrario*, que es condición indispensable para que prospere la acción revocatoria cuando nos encontremos frente a una disposición a título oneroso que quienes, mediata o inmediatamente, hayan participado en ella como adquirentes deben haber procedido de mala fe, esto es, han tenido conciencia de que con la adquisición que efectuaban causaban daño a los derechos de los acreedores del disponente.

Con dicho precepto genérico bastaría en nuestro ordenamiento civil para estimar la participación en el fraude que debe afectar a quien adquiere un bien

a título oneroso en perjuicio de los acreedores del enajenante. Pero es que hay más, pues el artículo 1.298 del Código Civil contiene una norma circunscrita específicamente a nuestro caso al disponer que el que haya adquirido de mala fe bienes enajenados en fraude de acreedores, debe indemnizar a éstos daños y perjuicios, «siempre que por cualquier causa le fuese imposible devolverlos».

Con ello el círculo se cierra y se completa. Tratándose de enajenaciones a título oneroso (el art. 1.298 del Código Civil no puede interpretarse prescindiendo del párrafo primero del inmediato artículo 1.297), siempre que las mismas se hayan efectuado fraudulentamente en perjuicio de los acreedores y el adquirente haya procedido de mala fe, éste está obligado a la devolución de los bienes adquiridos, tal como de manera genérica pauta el artículo 1.295 en relación a todas las acciones rescisorias, pero si por cualquier circunstancia no cabe semejante devolución (perecimiento del bien, haber pasado a manos de terceros no actuantes de mala fe, etc.), entonces hay que indemnizar a los acreedores «los daños y perjuicios que la enajenación les hubiese ocasionado».

Respecto a este último punto, ALBALADEJO mantiene un curioso pensamiento. Considera que el «adquirido de mala fe» de que habla el artículo 1.298 del Código Civil para referirse al que adquiere del deudor no sirve para poder afirmar que frente a dicho primer adquirente procede la rescisión si obró de mala fe, «y no sirve porque tal artículo se encamina sólo a echar sobre él el deber de indemnizar si adquirió de mala fe». Con el añadido de que de dicho artículo se puede desprender la prueba de que puede haber rescisión aun habiendo obrado de buena fe el adquirente en las enajenaciones a título gratuito.

Pienso que las cosas no ocurren de ese modo. El artículo 1.298 igual que el artículo 1.295 sirven lo mismo uno que otro para establecer que procede la rescisión cuando en las enajenaciones onerosas el adquirente ha procedido de mala fe; lo único que sucede es que el primero de ellos contempla el efecto genérico de la devolución de los bienes enajenados en relación a cualquier contrato rescindible, mientras el segundo lo circunscribe al escueto campo de los actos dispositivos efectuados en fraude de los acreedores.

Pero obsérvese que tanto en un supuesto como en el otro nuestro Código Civil hace uso de un planteamiento jurídico que fue particularmente caro a nuestros codificadores y que podríamos denominar de «la afirmación mediante la negativa», o de «afirmar negando». En efecto, en el artículo 1.295 del Código Civil se llega a la conclusión de que los terceros adquirentes han de proceder a la devolución de los bienes habidos, precisamente porque dicha devolución, en cuanto no hay rescisión, no tiene lugar cuando las cosas objeto del contrato se hallen legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe.

De la misma manera, en el artículo 1.298 del Código Civil se debe llegar a la conclusión de que los terceros adquirentes de mala fe de los bienes enajenados en fraude de acreedores deben proceder a la devolución de los mismos, en razón de que la ley les obliga a indemnizar a dichos acreedores los daños y perjuicios irrogados, siempre que por cualquier causa les fuera imposible devolverlos. Esto es, adecuadamente interpretado en positivo dicho precepto, igual que se hace con el artículo 1.295, el mismo viene a establecer que cuando alguien ha adquirido de mala fe un bien enajenado en fraude de acreedores viene obligado a devolverlo una vez triunfante la acción revocatoria, y sólo cuando semejante actuación devolutiva no pueda tener lugar por causa relevante es cuando procederá sustitutoriamente la indemnización de daños y perjuicios.

Sí hay una matización y una diferencia, empero, entre una y otra norma, pero no lo que piensa el profesor ALBALADEJO. Y es que, mientras en el artículo 1.295 del Código Civil no procede la devolución cuando las cosas se hallen en manos de terceros que hubieran actuado de buena fe, en cuyo caso «podrá reclamarse la indemnización de perjuicios al causante de la lesión», en el artículo 1.298 *eiusdem*, a propósito de la acción pauliana, la indemnización se contempla también respecto a aquellos adquirentes de mala fe que por la razón que fuere no pudieran devolver la cosa adquirida.

Mas, ¿cabrá decir, tal como hace ALBALADEJO, que el artículo 1.298 del Código Civil se encamina sólo a echar sobre el adquirente el deber de indemnizar si adquirió de mala fe? De ninguna manera. El precepto en cuestión hay que interpretarlo en relación con el artículo 1.295 y adecuadamente entendido conduce, al igual que éste, a establecer que los adquirentes de mala fe de bienes enajenados en fraude de acreedores deben proceder a su devolución, triunfante la acción revocatoria. Y sólo cuando por la circunstancia que fuere, dichos adquirentes no pudiesen proceder a la devolución de ley es cuando sustitutoriamente se les obliga a indemnizar a los acreedores los daños y perjuicios irrogados.

Pero de ello a considerar que en el precepto en estudio se establece de manera primaria y directa esa obligación de indemnizar media un mundo de distancia, ya que leída en positivo, como deben leerse las normas, el artículo 1.298 del Código Civil no viene a hacer otra cosa que sancionar *in casu concreto* (el de las enajenaciones efectuadas en fraude de acreedores) que todo adquirente de mala fe que sufra los efectos de una acción rescisoria (y la pauliana lo es) está en la obligación de devolver los bienes malhabidos. Cualquier otra visión, no sólo choca contra la recta conceptualización de las cosas, sino que se estrella contra el mismo texto de la norma, ya que ella contempla el deber de indemnizar a cargo de los terceros adquirentes de mala fe de manera supletoria o sustitutoria: cuando no les sea posible efectuar *in natura* semejante obligación de devolución. Algo que no va más allá del cumplimiento indemnizatorio o por equivalente de toda obligación que por

hecho imputable al deudor no sea susceptible de ejecutarse de forma específica (art. 1.101 del Código Civil).

Pero ALBALADEJO va todavía más lejos, porque estima que el precepto en consideración sirve para mostrar que puede haber rescisión aun habiendo obrado de buena fe el adquirente en las enajenaciones gratuitas, «porque, si no, holgaría cargarle con la indemnización (cuando no pudiese devolver las cosas) sólo si obró de mala fe, ya que se partiría de que cuando procediese indemnizar (por no poder devolver), el adquirente siempre lo sería de mala fe» (27).

Cuando se parte de un punto errado, errada tiene que ser también la conclusión. El acento no debe ponerse en la buena o mala fe del adquirente, sino en el carácter oneroso o gratuito de su adquisición. El artículo 1.298 del Código Civil de ninguna manera sirve para establecer que puede haber rescisión aunque el enajenante haya actuado de buena fe siendo la enajenación gratuita, porque el mismo se limita a establecer que un adquirente de mala fe, que por la necesaria vinculación de ese precepto con el anterior artículo 1.297 ha de ser necesariamente un adquirente a título oneroso, que por la razón que fuese no pueda devolver la cosa adquirida, una vez triunfante la acción revocatoria, debe proceder a indemnizar a los acreedores los daños y perjuicios que la enajenación les hubiese ocasionado.

Que pueda haber rescisión aun no habiendo obrado de mala fe el adquirente, claro que puede ocurrir, pero no en base al artículo 1.298 del Código Civil y mucho menos porque el mismo establezca el deber de indemnizar a cargo del adquirente de mala fe, sino en función de que tratándose de una enajenación a título gratuito, el artículo 1.297 del Código Civil establece el carácter fraudulento de la misma, y, por tanto, es obvio que la revocación alcanzará a todo adquirente gratuito, con indiferencia de que haya actuado de buena o de mala fe y por la simple circunstancia de que la ley prefiere el *certat de damno vitando* al *certat de lucro captando*.

Tendremos, en consecuencia, que la noción del fraude respecto al tercero adquirente no será distinta de la que se predica respecto al deudor, y de la misma manera que en relación a éste es suficiente con que tenga conocimiento o conciencia del daño que irroga a sus acreedores con el acto dispositivo que realiza, bastará también con que aquél tenga ese mismo conocimiento o conciencia del daño. Su *scientia damni* o *fraudis* no tiene por qué ser distinta de la *scientia* del deudor, ya que, según escribe GIORGI, como tal fraude consiste en la previsión del daño, o sea, en la conciencia de perjudicar a los acreedores con el acto que disminuye el patrimonio, así el fraude del tercero consiste en participar del acto con la conciencia del daño que podrá ocasionar a los acreedores del *fraudator*.

(27) ALBALADEJO, *Comentarios...*, XV-1, *op. cit.*, pág. 972, núm. 31.

No de otra forma lo expresaban las fuentes romanas cuando en relación a los terceros adquirentes hablan de *qui fraudem non ignoraverit*, de *qui sciens eum in fraudem creditorum hoc facere*, de *te conscio et fraudem participante*, o de *qui sciens fraudem comparavit*, expresiones todas en las que, como dice el mismo GIORGI, domina el mismo concepto: que la participación del adquirente consiste en el conocimiento del fraude realizado por el deudor. Ahora bien, como este fraude del deudor tiene lugar con el conocimiento de perjudicar, sea cualquiera el móvil del acto, por ello, con motivo del fraude del tercero, se dijo siempre que era éste un *particeps fraudis*, cuando sabe que el deudor no ignora que defrauda a sus acreedores (28).

Nuestro Código Civil, como es sabido, es particularmente circunscrito en esta materia y en lugar de hablar como lo hacía el artículo 1.235 del Código Civil italiano de 1865 de que «el fraude debe resultar de parte de ambos contratantes», y menos todavía como lo hace el artículo 2.901 del Código Civil italiano de 1942 de que «el tercero fuese conocedor del perjuicio», se limita a hablar en sus artículos 1.295 y 1.298 de la «mala fe» de los terceros adquirentes.

Aunque, con razón, dice MESSINEO que el conocimiento o previsibilidad del fraude, en cuanto es conciencia de originar perjuicio a otro es algo más que la mala fe subjetiva (29), lo cierto es que entre nosotros dicha mala fe del adquirente puede tomarse y entenderse como conocimiento por su parte del daño que se irroga a los acreedores del enajenante. Así lo ha entendido siempre nuestra doctrina científica y así lo entiende nuestra jurisprudencia, porque en el contexto en que se mueven los artículos 1.295 y 1.298 del Código Civil la mala fe del adquirente no puede consistir en otra cosa que en el conocimiento o conciencia que tenía respecto al carácter dañoso para los acreedores de la adquisición que efectuaba.

Es más, por la idea misma que entraña la exigencia en la acción revocatoria del *consilium fraudis* y por la circunstancia de que la torcida actuación del adquirente en dicho campo difícilmente puede consistir en otra cosa que en la connivencia con el deudor en el propósito defraudatorio que el mismo persigue, también entre nosotros la mala fe legal del tercero adquirente debe entenderse como participación del mismo en el fraude (*particeps fraudis*), algo que resalta muy bien nuestra jurisprudencia cuando advierte que dicho adquirente sea «cómplice en el fraude». La idea, aunque de connotaciones no estrictamente civiles, es en extremo gráfica y representativa, pues viene a significar que la acción revocatoria no podrá prosperar frente a terceros adquirentes cuando éstos no hayan participado de alguna manera en el objetivo

(28) GIORGI, *Teoría de las obligaciones...*, II, *op. cit.*, pág. 347.

(29) MESSINEO, *Manual...*, IV, *op. cit.*, pág. 153.

fraudatorio que animaba al deudor, por más que no sea necesario ni exigible que exista un previo entendimiento fraudatorio o confabulación entre el deudor disponente y el tercero adquirente.

Al no exigirse el conocimiento del tercero del daño que causa a los acreedores más que en las adquisiciones a título oneroso se explica la importancia, particularmente a efectos probatorios, que tiene la catalogación de un acto dispositivo como oneroso o gratuito, ya que en este último supuesto las cosas se simplifican de manera extrema.

El Código Civil italiano vigente establece que a los efectos de la acción revocatoria, «las prestaciones de garantías, aun por otras deudas, son consideradas actos a título oneroso, cuando son simultáneas al crédito garantizado», y poca duda puede haber también de que el *negotium mixtum cum donatione* cae bajo la revocatoria de los actos a título gratuito sólo en los límites en que haya donación, o sea, que exceda sobre la compensación recibida por el donante, ya que en cuanto a lo demás se debe considerar acto a título oneroso (30).

GIORGI planteaba cuestión respecto a actos de naturaleza dudosa que dejan incierto si deben incluirse entre los actos a título oneroso o entre los actos a título gratuito, tales como las donaciones impropias, la constitución de dote, las donaciones matrimoniales, las nuevas deudas, los fideicomisos, las divisiones y los actos de índole aleatoria (31). Y la moderna doctrina italiana resalta que los actos neutros, recientemente individualizados, como actos que no son ni onerosos ni gratuitos, y que, sin embargo, deben encontrar su disciplina también en materia de acción revocatoria, cuando lo cierto es que el artículo 2.901 del *Codice Civile* al distinguir, a los efectos de la *scientia fraudis* del tercero causahabiente del deudor, parece descuidar tal especie de actos, aunque, como dice MESSINEO, la extensión de la regla establecida para los actos onerosos a los actos neutros es convalidada más de una vez por la misma ley, aun cuando sea fuera de la *sedes materiae* (32).

Es lo que pensamos ocurre también en el Derecho civil español en relación, por ejemplo, a determinados actos de disposición que se estiman *lato sensu* revocables no obstante su consideración de actos neutros, tal como la renuncia a la herencia en perjuicio de los acreedores (art. 1.001 del Código Civil) o la renuncia a la prescripción ganada (art. 1.937 del Código Civil). MESSINEO considera que, contrariamente, un acto neutro al que es inaplicable la revocatoria es la división, porque se trata de un contrato declarativo y no atributivo. El hecho de que el artículo 1.113 deje a salvo al codivisionario el

(30) *Ibid.*, pág. 154.

(31) GIORGI, *Teoría de las obligaciones...*, II, *op. cit.*, págs. 350-351.

(32) MESSINEO, *Manual...*, IV, *op. cit.*, págs. 154-155.

derecho a la acción, no empece «que la división esté sustraída a la revocatoria, porque tal salvedad parece que haya de entenderse con referencia solamente a la determinación fraudulenta de la cuota de otro codivisionario, no a la división en sí» (33). No parece que deba ser otra la lectura que se dé al artículo 403 de nuestro Código Civil que permite a los acreedores de los partícipes impugnar la división consumada de la cosa común cuando la misma se haya efectuado en fraude de los mismos.

4. PRUEBA DEL FRAUDE

Como es obvio, la prueba del *consilium fraudis* corresponde al acreedor y, como dice el pensamiento clásico, da lugar a una cuestión *magis facti quam iuris*. Este mismo pensamiento clásico señalaba que para estimar probado el fraude, el acreedor debía acreditar que el deudor conocía la existencia de los débitos que pesaban sobre su patrimonio y que sabía además que era insolvente o, por lo menos, que devenía tal por virtud del acto dispositivo que efectuaba.

Resalta GIORGI que en cuanto a la primera de esas pruebas resulta sencilla para el acreedor que contrató directamente con el deudor, porque *praesumitur creditorum scientia, quae propria conventionione constituitur*. Por el contrario, los acreedores que no se encuentren en esas condiciones y en particular los acreedores hereditarios deberán demostrar que el deudor tuvo conocimiento de los débitos por su *auctor*, por el testamento, por intimación o por actos judiciales declarados al heredero.

Respecto a la segunda de dichas pruebas, la misma no se ejecuta con la misma facilidad. Los deudores, normalmente y aun con buena fe, suelen exagerar sus recursos hasta para sí mismos. Como dirá JUSTINIANO, «muchas veces esperan los hombres de su fortuna más de lo que ésta puede ofrecerles» (34), y cuando actúan de mala fe, como señala GIORGI, «adoptan todos los artificios posibles para ocultar el ánimo fraudulento» (35).

Estamos en el campo de los estados psicológicos o de ánimo, y en el mismo la prueba directa resulta prácticamente imposible, por lo que, de manera necesaria, hay que acudir a la ayuda de las presunciones legales o valerse de indicios si se quiere acreditar de modo suficiente que el deudor y el tercero tenían conocimiento del daño que irrogaban a los acreedores del primero cuando efectuaban el acto enajenatorio.

(33) *Ibid.*, pág. 155.

(34) *Inst.* 1,6,3.

(35) GIORGI, *Teoría de las obligaciones...*, II, *op. cit.*, pág. 324.

Mientras el campo de las presunciones queda precisamente delimitado por la ley, el de los indicios es caótico e inmenso, y queda reservada a la prudencia y a la lógica del juez la determinación de cuáles y de qué manera pueden considerarse suficientes para estimar acreditado el *consilium fraudis*. Decía JULIANO que el indicio puede compararse a la estatua de Memnon que siempre está silenciosa y no habla si no la quema el sol, y sobre esa imagen GIORGI advierte, razonablemente, que la lógica del juez es la que hace hablar al indicio, buscándole con la confrontación y con el razonamiento de las circunstancias mudas de los hechos externos, patentizada con el testimonio convincente del hecho oculto e interno.

El campo de la doctrina queda harto restringido en esta materia por tratarse de algo en el que sólo al arbitrio de la autoridad judicial corresponde evaluar los indicios. Sin embargo, desde siempre los autores se han empeñado en respetar diversas incidencias y circunstancias que cabría señalar como indicativas del fraude, tales como la clandestinidad del acto, la continuación de la posesión en el deudor, mientras que según la naturaleza del acto debería haber pasado al tercero, la falta de causa adecuada, el parentesco entre el deudor y el tercero, la vileza del precio, la proximidad a la pobreza o a la quiebra y la enajenación de todos los bienes.

Algunos de tales hechos, como en su día hizo notar MAIERINI, son indicativos más de aquel fraude que se orienta hacia la simulación que del que constituye la fuente de la acción revocatoria (36). En otros, en cambio, nos situamos mucho más cerca de esta última, como cuando el deudor dispone de bienes a precio ínfimo o cuando mediante la disposición corre riesgo de caer en pobreza o incurrir en quiebra, ya que nadie sin propósito torpe o fraudulento dilapida su patrimonio o se pone en situación de sufrir la indigencia o de perder su solvencia. Actuaciones de ese tenor suelen ser, de ordinario, indicativas de que un deudor busca o, al menos, tiene conocimiento de que con ellas va a originar quebranto a las expectativas de que sus acreedores puedan satisfacer sus derechos.

La enajenación por el deudor de todos sus bienes se ha entendido siempre como el indicio más resaltante del fraude cuando el enajenante no ignora los débitos que soporta, porque una decisión de semejante trascendencia y repercusión, nada más y nada menos que privarse del acervo patrimonial singularizado, constituye indicativo estimable de que se quieren sustraer los bienes a la acción reclamatoria de los acreedores. Ya en el Digesto, JULIANO contempló esta situación: «Lucio Ticio, teniendo acreedores, entregó todo su patrimonio a sus libertos, que eran también hijos naturales suyos. Se respondió que aunque no se proponía que tuvo intención de defraudar a los acreedores,

(36) MAIERINI, *Della revoca degli atti fraudolenti fatti dal debitore in pregiudizio dei creditori*, Florencia, 1912, págs. 256 y sigs.

con todo, el que sabía que los tenía y enajenó todo su patrimonio, se ha de entender que tuvo intención de defraudarlos» (37).

Pero el mundo de los indicios es insuficiente y peligroso a los efectos probatorios del fraude que estamos considerando, por lo que no debe extrañar que también desde siempre el legislador haya considerado que debía facilitarse la prueba a los acreedores mediante el establecimiento de presunciones legales, tal como tendremos ocasión de considerar en el punto siguiente en relación al Derecho civil español.

Y es que, como dice LACRUZ, dada la reserva con que se celebran los acuerdos fraudulentos relativos a un contrato aparentemente regular, la prueba de la intención del deudor y tercero al celebrar éste y del *consilium fraudis* habrá de hacerse casi siempre por presunciones, acaso resultando del planteamiento del asunto y de la forma en que se presentan las circunstancias visibles (38). Como significativamente resalta la Sentencia de 17 de abril de 1950, «si para probar el fraude, como engaño buscado, preparado y disimulado en un contrato, no fuese apreciable la prueba de presunciones admitida por la Ley sin limitación alguna en cuanto a su objeto, quedarían impunes y válidos la mayor parte de los actos fraudulentos en perjuicio de la buena fe».

La apreciación del fraude es una cuestión de hecho. Por ello nuestra jurisprudencia viene resaltando de manera constante que la afirmación de si un contrato merece o no el concepto de celebrado en fraude de acreedores es por su naturaleza de mero hecho, en razón de depender de la apreciación de las pruebas que haga el Tribunal de instancia. La consecuencia obligada de ello es que no se da el recurso de casación contra las consideraciones del fallo que no constituyan premisa obligada de su parte dispositiva, ni cabe impugnar en casación el juicio formado por aquél en forma distinta a la exigida por el número 7.º (hoy 4.º) del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sentencias de 19 de diciembre de 1916, 18 de abril y 30 de diciembre de 1925, 10 de julio de 1928, 9 de marzo, 2 de junio y 21 de noviembre de 1932, 12 de julio de 1940, 21 de junio de 1945, 9 de noviembre de 1966, etc. En la Sentencia de 20 de diciembre de 1978, ante la alegación de la recurrente de que «admitir la existencia del crédito con anterioridad a las enajenaciones tachadas de fraudulentas, no se basa en hechos tangibles, sino en presunciones», replica la Sala que «al argumentar de ese modo, olvidan los recurrentes que las presunciones son un medio de prueba como los demás relacionados en el artículo 1.215 del Código Civil».

En las presunciones legalmente establecidas descansará, en consecuencia, el grueso y la fortaleza de la prueba del acreedor, pero de la misma manera que nuestra jurisprudencia resalta la importancia de aquéllas, viene declarando tam-

(37) D. 42,8,17,1.

(38) LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, II-1, *op. cit.*, pág. 341.

bién que el fraude puede demostrarse con independencia de las presunciones del párrafo segundo del artículo 1.297 del Código Civil, o la falta del mismo acreditarse contra lo establecido en dicho precepto. Se trataría de todos aquellos datos (los indicios de que hablábamos *ut supra*) que puedan tener alguna relevancia para poner de manifiesto la conducta fraudatoria, por lo que no estarán limitados a los casos de presunción establecidos en el artículo 1.297 del Código Civil, sino que cabe apreciar el *consilium fraudis* a través de modos y medios distintos de los que en ese artículo se establecen, teniendo en cuenta la prueba practicada y declarando por su resultado el propósito de fraude.

Las sentencias en tal sentido son muy numerosas. Sentencias de 15 de junio de 1897, 3 de enero de 1899, 3 y 21 de marzo y 9 de abril de 1900, 25 de febrero de 1901, 15 de enero y 16 de mayo de 1904, 11 de octubre de 1906, 26 de mayo de 1908, 2 de enero de 1912, 31 de mayo y 30 de octubre de 1928, 7 de octubre de 1929, 9 de marzo y 21 de noviembre de 1932, 23 de febrero de 1934, 3 de junio de 1967, 29 de diciembre de 1973, 2 de marzo de 1981, 29 de mayo de 1985, etc. En la Sentencia de 29 de diciembre de 1973 puede leerse que «la presunción de fraude que establece el citado precepto desaparece cuando se acredite que las enajenaciones tuvieron por objeto satisfacer obligaciones anteriormente contraídas». Y en la Sentencia de 2 de marzo de 1981 se insiste en que se puede probar el fraude por medios distintos de los establecidos en el artículo 1.297 del Código Civil, por constituir la apreciación del fraude cuestión de mero hecho y de apreciación libre de los Tribunales, ya que dicho precepto establece una presunción que no impide que los Tribunales alcancen la convicción de la existencia del propósito fraudulento por otros medios de prueba.

¿Cuáles serán los datos o indicios a tener en cuenta por el Tribunal para declarar el fraude? Sobre la base de diferentes sentencias del Tribunal Supremo (10 de julio de 1896, 30 de marzo de 1898, 5 de enero y 20 de febrero de 1899, etc.), MORENO QUESADA destaca el público conocimiento de la precaria situación del deudor, el estado de los negocios del mismo, las reclamaciones judiciales pendientes contra él, las circunstancias de las personas que figuran como contratantes y sus relaciones con los interesados en mantener las ventas, la trascendencia de ellos sobre la cosa vendida, el destino dado al precio, o la cantidad exacta que se entregó cuando se procedió a la enajenación de la cosa. Llegando, incluso, a decir en distintos fallos (Sentencias de 15 de marzo de 1902, 1 de diciembre de 1909, 8 de julio de 1912, etc.) que cualquier otro dato o hecho puede servir para formar la convicción del Tribunal respecto a la existencia del fraude, incluidas las presunciones a que se refieren el artículo 1.253 del Código Civil (39).

(39) MORENO QUESADA, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, XVII-2, Madrid, 1981, págs. 191-192.

Esto último creo que es lo más adecuado. El Código Civil en su artículo 1.297 establece determinadas presunciones de fraude, a las que podrán acogerse los acreedores cuando proceda. En otro caso, no bastará con aducir que además de las presunciones legales de ese precepto pueden existir otras relativas a la enajenación fraudulenta, sino que, como se dice en la Sentencia de 28 de febrero de 1901, deberán consignarse las mismas, deduciéndolas de hechos ciertos. En la Sentencia de 25 de junio de 1907 se llega a decir que todas las presunciones de las que deriva el Tribunal sentenciador el convencimiento de haber sido realizadas las enajenaciones de que se trata con el propósito de defraudar al acreedor son perfectamente legítimas y pueden ser apreciadas por él en tal concepto en uso de sus facultades, sin que resulte, por tanto, infringido el artículo 1.253 del Código Civil, ni cometidas infracciones de los artículos 36 y 41 de la Ley Hipotecaria, supuesta la complicidad del comprador de las fincas, por cuya razón no son de tener en cuenta las presunciones *iuris* a que especialmente se refiere el artículo 1.297, por ser tales casos independientes del que se aprecia en la sentencia recurrida.

Es decir, en la materia que nos ocupa operarán tanto las presunciones *iuris* como las presunciones *hominis*. Cuando estemos en los supuestos legalmente contemplados, entrarán a jugar con toda normalidad las presunciones establecidas por el artículo 1.297 del Código Civil. Cuando estemos fuera de esa esfera, cabrá todavía la posibilidad de acreditar el fraude del deudor y del tercero adquirente (*scientia fraudis* y *participatio fraudis*) mediante el acreditamiento de hechos relevantes y significativos que permitan al Juez llegar a la convicción de que uno y otro conocían el perjuicio que irrogaban a los acreedores al consumir el acto dispositivo. Lo que sucede es que no bastará cualquier hecho ni será posible relacionar de modo laxo éste con el resultado que se pretende de acreditar el fraude, sino que deberá tener rigurosa aplicación el dictado del artículo 1.253 del Código Civil respecto a las presunciones *hominis*, a cuyo tenor «para que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquél que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano».

Con lo cual, se amplía y facilita sobremanera el acreditamiento del *consilium fraudis* para la plena operatividad de la acción revocatoria, debiendo destacarse, empero, que esta facilitación de la prueba a los acreedores se ve compensada por una similar facilidad al deudor y al tercero adquirente para desvirtuar la acusación de fraude que se les imputa por aquéllos, ya que el poder operar más allá del juego de las presunciones legales queda abierto a todas las partes implicadas en el juicio revocatorio. Como resalta MESSINEO, el deudor y el tercero adquirente, que el acreedor que insta debe llamar a ambos a juicio, son, naturalmente, admitidos a dar la eventual contra-prueba

de la falta de cualquiera de los presupuestos de la acción revocatoria, para sustraerse a los efectos de la misma (40).

Destaquemos, finalmente, que por lo que hace el acreditamiento del fraude del tercero, esto es, su conocimiento del perjuicio (*scientia damni*) que causaba a los acreedores participando en el acto dispositivo, el acreedor deberá demostrar que dicho tercero conocía que a través del acto el deudor realizaba una disminución de su patrimonio, que semejante disminución era deliberadamente provocada por el deudor en el intento de disminuir las garantías debidas a sus futuros acreedores, y que contemporáneamente el deudor sabía que estaba asumiendo determinadas obligaciones (41).

5. PRESUNCIONES DE FRAUDE

Como es sabido, el Código Civil francés trató con excesivas concisión y pobreza la materia revocatoria al limitarse a establecer en su artículo 1.167 que los acreedores «pueden también, en su nombre personal, impugnar los actos hechos por su deudor en fraude de sus derechos».

Con tan parco punto de apoyo, algunos autores argumentaron que el *consilium fraudandi ex parte debitoris* no se necesitaba nunca en cualquier tipo de acto a título gratuito. Para otros autores, en cambio, sólo algunos actos a título gratuito podrían revocarse sin necesidad de acreditar el fraude del deudor; concretamente los actos a título gratuito unilaterales, las renunciaciones *in favorem*.

Pero aun dentro de esta segunda concepción surgieron opiniones distintas, ya que mientras para unos los actos a título gratuito se deben revocar porque el concurso del fraude *ex parte debitoris* no se necesita, no faltaron quienes estimaban que tales actos se revocan porque el fraude se presume *iuris et de iure*.

Contra estas ideas reaccionó airadamente GIORGI, para quien las mismas constituyen un abandono absoluto de los principios del Derecho romano y de la doctrina tradicional consagrada por el *Code*. Constituye, en su opinión, un abandono el criterio que considera la inutilidad del fraude, sea en los actos a título gratuito en general, sea en la sola renuncia, porque la necesidad del fraude en todos los actos que el acreedor pretendiese revocar resulta de las mismas palabras del Edicto pretorio: *Quae fraudationis causa gesta erunt... actionem dabo*.

Constituye también, en su sentir, un abandono de los principios romanos la opinión que acompaña a la renuncia, o en general a los actos a título gratuito, de una presunción legal de fraude, porque no existe rasgos en los

(40) MESSINEO, *Manual...*, IV, *op. cit.*, pág. 215.

(41) NICOLÒ, «Surrogatoria-revocatoria», en *Commentario al Codice civile a cura di Scialoja e Branca*, Bolonia-Roma, 1953, pág. 215.

textos de que los juristas romanos elevasen jamás la renuncia del deudor, y mucho menos los demás actos realizados por él a título gratuito, al grado de presunción legal de fraude. Ni siquiera en el Derecho común o en el antiguo Derecho francés se encuentran los orígenes de semejantes opiniones, porque los intérpretes del *Corpus iuris* permanecieron todos fieles a los clarísimos principios de las Fuentes y los comentaristas del Código francés son unánimes en mostrar que RICARD, BASNAGE, BONTARIE y POTHIER no se apartaron del Derecho romano.

Por ello, aunque el artículo 1.235 del Código Civil italiano de 1865 dispuso en forma más amplia que el francés que «tratándose de acto a título oneroso, el fraude debe resultar de parte de ambos contratantes», mientras que «para los actos a título gratuito, basta que el fraude sea de parte del deudor», el gran civilista clásico italiano no duda en considerar que el fraude es necesario en toda clase de actos, tanto en los a título oneroso como en los a título gratuito, tanto en las renunciaciones *in favorem* como en las donaciones bilaterales, por lo que no cabrá dudar de que el acreedor está obligado siempre a probar el concurso del fraude, ya que éste deberá estar presente en todo supuesto dispositivo (42).

Semejante visión de las cosas no estaba destinada a tener mayor éxito, porque ha acabado prevaleciendo el criterio de que debe facilitarse al máximo el acreditamiento del fraude del deudor en las enajenaciones a título gratuito, ya que, como escribe DE CASTRO, la razón jurídica para declarar ineficaces los actos realizados a título lucrativo, es que éstos, al enfrentarse con el derecho del acreedor, muestran una causa jurídica de adquisición más débil, que no basta para justificar el perjuicio del acreedor (43).

En nuestro Derecho civil las cosas se iban a orientar en esta última dirección. En el Proyecto de Código Civil de 1851, su artículo 1.179 disponía que «las enajenaciones a título gratuito hechas por el deudor en estado de insolvencia, serán rescindibles como fraudulentas a instancia de los acreedores».

GARCÍA GOYENA señalaba al respecto que la distinción entre el adquirente de buena fe a título oneroso (compraventa, por ejemplo) y el adquirente a título lucrativo se funda en que el primero trata de *damno vitando*, lo mismo que los acreedores, mientras que el segundo, por el contrario, trata de *lucro captando*, y no es justo que se enriquezca a expensas de los acreedores, que sólo aspiran a evitar su daño.

Se exige que el deudor se halle en estado de insolvencia, es decir, sabiendo que se hallaba insolvente, porque sólo en este caso puede haber y se presume que ha habido en el deudor intención de defraudar a sus acreedores,

(42) GIORGI, *Teoría de las obligaciones...*, II, *op. cit.*, págs. 338-339.

(43) DE CASTRO, «La acción pauliana...», *loc. cit.*, pág. 219.

y esto es a lo único que se atiende para la rescisión de las adquisiciones por título lucrativo, aunque no haya habido mala fe en el adquirente (44).

El Código Civil español incidirá y profundizará en esta misma dirección. En el párrafo segundo del artículo 643 establece que «se presumirá siempre hecha la donación en fraude de los acreedores, cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella». Y el párrafo primero del artículo 1.297 dispone que «se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenase bienes a título gratuito»; mientras el párrafo segundo del mismo precepto estatuye que «también se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso, hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes».

Estamos en el campo de las presunciones de fraude, de un anchuroso campo dispuesto por el legislador para facilitar la prueba de éste y para evitar que el interés de los acreedores sufra mayor quebranto del que resulte imprescindible y justificable. El deudor, en cuanto propietario, puede disponer libremente de sus bienes y ello, en línea de principio, no entraña fraude, incluso aunque la disposición sea a título gratuito, pero sí la liberalidad se hace sin haberse «reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella» (art. 643 del Código Civil), o de manera tal que los acreedores «no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba» (art. 1.291, 3.º del Código Civil), entonces las cosas cambian por completo, porque *nemo liberalis nisi liberatus* y porque se debe por obvias y justas razones facilitar la prueba de fraude a los acreedores, al objeto de que no la vean imposibilitada, dificultada o entorpecida en relación a aquellos actos gratuitos del deudor que les impiden la cumplida satisfacción de sus derechos.

Como ha dicho con acierto el Tribunal Supremo en su Sentencia de 17 de abril de 1950, «si para probar el fraude como engaño buscado, preparado y disimulado en un contrato, no fuera apreciable la prueba de presunciones, admitida por la Ley sin limitación alguna en cuanto a su objeto, quedarían impunes y válidos la mayor parte de los actos fraudulentos en perjuicio de la buena fe». Y es que el fraude, en cuanto estado de ánimo o talante subjetivo del deudor, encuentra *ex natura*, las dificultades probatorias ínsitas a cualquier acreditamiento psicológico. Si a ello se añade que en la pugna de intereses entre acreedores y adquirentes a título gratuito todo conspira a favor de los primeros, se explica sin mayor esfuerzo las facilidades probatorias que la ley establece mediante el juego de las presunciones.

(44) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil español*, Zaragoza, 1974, pág. 627.

Presunciones legales; mas «las presunciones establecidas por la ley pueden destruirse por la prueba en contrario, excepto en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba» (art. 1.251 del Código Civil). Ahora bien, ni el artículo 643 ni el artículo 1.297 del Código Civil prohíben expresamente la prueba en contrario de las presunciones en ellos establecidas. ¿Serán, por tanto, las mismas simples presunciones *iuris tantum* o, por el contrario, deberán tener la consideración de presunciones *iuris et de iure*?

La relación entre los artículos 1.251 y 1.297 del Código llevó a algunas sentencias del Tribunal Supremo (*obiter dicta*) a considerar que la presunción de fraude de los actos gratuitos era *iuris tantum*, y que, por tanto, practicada la prueba en contrario, el acto dispositivo del deudor quedaba válido y confirmado. También la doctrina mayoritariamente (de *communis opinio*, habla LACRUZ) entendía la posibilidad de la prueba en contra de la presunción legalmente establecida, aunque los autores no dejasen de resaltar la dificultad de dicha prueba, o restringiesen la exigencia de la intención de defraudar o el conocimiento del fraude a la sola persona del deudor.

Así, se significará que si bien las presunciones son susceptibles de impugnación, aunque difícil, y no excluyentes de otras que no pueden ofrecer duda, la rescisión de enajenaciones otorgadas manifiestamente a título gratuito, no es legal ni prácticamente problema difícil, porque la evidencia del propósito de fraude es innegable, la superioridad de la obligación no cumplida sobre la liberalidad otorgada indiscutible, y la ausencia de perjuicio para el adquirente manifiesta en el sentido de que dejará de lucrarse, mas no perderá lo propio, y unido todo esto a la falta de protección para tales enajenaciones en la Ley Hipotecaria como regla general resulta que la acción rescisoria en estos casos es de ejercicio fácil y de éxito seguro (45). Notable y notoria credulidad.

Pero en 1932 el profesor FEDERICO DE CASTRO publicó en la Revista de Derecho Privado su trabajo sobre «La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial», del que venimos haciendo cumplido uso en esta obra. Ante el párrafo segundo del artículo 643 del Código Civil, a cuyo tenor «se presumirá siempre hecha la donación en fraude de los acreedores cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella», se plantea DE CASTRO la doble cuestión de cuál sea la naturaleza de la acción concedida a los acreedores defraudados, y cuál es el alcance con que se dota esta acción.

Respecto al primer punto estima que el supuesto contemplado en el Código Civil es el de un deudor (donante) que enajena (dona) bienes suyos a

(45) MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, VIII-2 (sexta edición, revisada por Moreno Mocholf), Madrid, 1967, pág. 796.

favor de un tercero (donatorio), poniéndose en situación de insolvencia (sin reservarse bienes bastantes para pagar) con perjuicio de sus acreedores. Idénticos presupuestos, pues, que para la acción pauliana y, por si hubiera dudas, se califica por el mismo Código Civil de fraude de acreedores.

Si la donación es válida, para evitar el perjuicio de los acreedores hay que encontrar un modo de atacarla; no siendo nula ni anulable, y, no interesando su impugnación más que al acreedor, parece que el único medio técnico adecuado es la revocación. Si a ello se añade que el artículo 621 del Código Civil remite a las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en todo lo que no se halle determinado en el título de la donación. DE CASTRO encuentra que se debe, sin dificultad, admitir la naturaleza revocatoria de la acción concedida por la ley a los acreedores del donante contra el donatario.

En relación a la segunda cuestión del alcance de semejante revocación, el civilista citado considera que la palabra *siempre* utilizada por el artículo 643 del Código Civil nos da la respuesta. La rotunda afirmación de la norma, al crear una presunción inatacable, *iuris et de iure*, no viene a ser más que una declaración legal, por la que se establece que toda donación es revocable si se demuestra la insolvencia del donante.

Sobre la base de estas consideraciones, y después de un interesantísimo repaso histórico en relación a los antecedentes del artículo 643, el profesor DE CASTRO considera que en el Derecho español encontramos manifestaciones de una nobilísima tradición jurídica que objetiviza el fraude, uniéndolo al perjuicio, al *eventus damni*, sin atender al *consilio fraudandi*. Así, al lado de actos para cuya revocación se precisa el ánimo de defraudar, en otros no es necesario, basta el daño del acreedor; por ello, aunque se denominan fraudulentos en la ley, no requieren el ánimo de defraudar, o sea, no son fraudulentos en el actual significado de los términos. Es lo que ocurre en el artículo 643 del Código Civil.

Pues bien, la dificultad de la prueba del fraude, en cuanto con esta palabra se alude a un estado de ánimo, hace imprescindible recurrir a las presunciones, tanto legales como judiciales. De ellas hay que separar las llamadas presunciones *iuris et de iure*, que no son presunciones, sino declaraciones legales (art. 643 del Código Civil, art. 37 de la Ley Hipotecaria y art. 886 del Código de Comercio).

En consecuencia, concluye el maestro civilista, el artículo 1.297 del Código Civil establece dos presunciones. La primera de las contenidas en el artículo hay que entenderla subordinada al artículo 643 del Código Civil; la segunda, en cambio, tiene carácter de verdadera presunción, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.251 del Código Civil (46).

(46) DE CASTRO, «La acción pauliana...», *loc. cit.*, págs. 215 y sigs.

Revolución copernicana en la materia. A partir de ahí se producirá un giro de ciento ochenta grados en la doctrina española sobre la presunción de fraude contenida en el párrafo primero del artículo 1.297 del Código Civil español. Así, para PUIG PEÑA, aunque la presunción de fraude admite una prueba en contrario, precisamente la establecida en aquel precepto, como la acción pauliana es siempre subsidiaria, resultará que si ésta está bien interpuesta, por no conocerse bienes del deudor con que satisfacer al acreedor, aquella presunción actuará siempre en la revocatoria como presunción *iuris et de iure*, criterio riguroso que también se infiere de las prescripciones de la Ley Hipotecaria (47).

También para PUIG BRUTAU, aunque la presunción que establece el párrafo primero del artículo 1.297 del Código Civil si se pone en relación con lo que determina el artículo 1.251 *eiusdem* debería llevarnos a la conclusión de que se trata de una presunción auténtica, esto es, que admite prueba en contrario, debe imponerse la consideración de que no puede prevalecer el interés de los donatorios sobre el de los acreedores del donante, ya que socialmente es más conveniente proteger a estos acreedores que a los donatorios. Por otra parte, aunque se trate de una verdadera presunción, hay que tener en cuenta que cuando es muy difícil realizar la prueba en contrario, sólo mediante una ficción podrá estimarse exigido el requisito subjetivo del fraude; por lo que en una apreciación realista de nuestra legislación le parece que el Código Civil está muy próximo al sistema de supresión de este requisito subjetivo (48).

Para ALBALADEJO, toda enajenación gratuita es objetivamente fraudulenta por el hecho de causar un perjuicio al acreedor. Ahora bien, como quiera que el acto gratuito puede ser realizado sin ánimo de fraude, cabe también pensar que, por exactitud terminológica, es preferible decir que cuando la enajenación es a título gratuito no es necesario que sea fraudulenta para que proceda la acción pauliana, pues basta que produzca un perjuicio al acreedor. Un requisito solo, pues, perjuicio. Esto, sin embargo, no debe entenderse que choca descaradamente con la ley, que exige literalmente fraude; pues lo que ocurre es, más bien, que en este caso de enajenación gratuita el legislador estima haber tal fraude por el hecho de darse el perjuicio (art. 643, 2.º del Código Civil).

Si se admite la prueba en contrario, ello significaría que no toda enajenación a título gratuito es objetivamente fraudulenta, y que cuando se pruebe que, en efecto, alguna no lo es, no prosperará la acción pauliana. El profesor ALBALADEJO niega semejante posibilidad, pues aunque a primera vista parece

(47) PUIG PEÑA, «Teoría de la acción pauliana», en *Revista de Derecho Privado*, 1945, pág. 485.

(48) PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II-1, Barcelona, 1954, págs. 348-349.

que si, ciertamente, admite la del párrafo segundo del artículo 1.297, debe admitir también la del párrafo primero, porque no hay razón para pensar que el legislador estableciese dos presunciones de diferente tipo en ambos párrafos del mismo artículo, ahondando más en la esencia de las cosas se ha de estimar que conceder la prueba en contrario supone permitir que el acreedor resulte dañado por la negligencia del deudor que, aunque no hubiese previsto las consecuencias de su enajenación, al menos debió preverlas si hubiera obrado diligentemente.

Todo ello, unido a la justicia de la solución que da preferencia al interés del acreedor sobre el del beneficiario de la liberalidad posterior, y que, a tenor del artículo 643, 2.º, se presumirá siempre hecha la donación en fraude de los acreedores cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella, lleva a ALBALADEJO a considerarlo argumento suficiente en apoyo de que, a tenor del espíritu que se sigue de una interpretación justa y del que se revela de otros artículos del Código Civil, el párrafo primero del artículo 1.297 establece una presunción que no admite prueba en contrario (49).

DÍEZ-PICAZO, aunque no se pronuncia expresamente sobre el carácter de la presunción establecida en el párrafo primero del artículo 1.297 del Código Civil, al señalar que, por lo que hace a las donaciones, el artículo 643 presupone el fraude si al hacer la donación el donante no se ha reservado bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella, y considerar que la prueba de esta reserva corresponde al donante que se vea demandado en virtud de la acción de impugnación, implícitamente está rechazando cualquier otra prueba en contrario (50). Y para MORENO QUESADA, considerando que los argumentos transcritos son suficientes para justificar la solución propugnada, la misma tiene la importante ventaja de su pragmatismo, ante las dificultades de prueba, por un lado, y la frecuencia en la realidad del fraude-perjuicio, por el otro (51).

Pero, quizá, el punto álgido de la línea doctrinal que se viene detallando lo protagonice el profesor LACRUZ al considerar que la «presunción» del artículo 1.297, 1.º del Código Civil ha de entenderse como una ficción, como una simple equiparación entre el requisito del *consilium fraudis* y la presencia del título gratuito a efectos de la concesión de la acción revocatoria a los acreedores, algo que se demuestra por el hecho de que tampoco se permita la prueba de la falta de fraude en el supuesto del artículo 1.001 del Código Civil.

(49) ALBALADEJO, *Comentarios...*, XV-1, *op. cit.*, págs. 973 y sigs.

(50) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, II, Madrid, 1993, pág. 740.

(51) MORENO QUESADA, *Comentarios...*, XVII-2, *op. cit.*, págs. 195-196.

No rige, por tanto, la norma del artículo 1.251 que permite destruir mediante prueba en contrario las presunciones establecidas por la ley, «excepto en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba» (y desde luego, falta en relación a las enajenaciones gratuitas esa prohibición expresa), y bien claro se ve en el artículo 643 cuando dice que el fraude de los acreedores en las donaciones «se presumirá *siempre*», mientras una presunción, para ser propiamente tal, debe admitir prueba en contrario. La Ley Hipotecaria, aun referida sólo a las fincas, confirma asimismo la impugnabilidad de todas las donaciones sin necesidad de demostrar el ánimo fraudulento del donante al hacerlas: no sólo por aplicación del principio contenido en el artículo 37, 4.º, sino también considerando que si el donatorio pudiera liberarse de la impugnación probando su buena fe, se hallaría más protegido que los adquirentes *a non domino* por título gratuito; aparte de que si el deudor insolvente no puede válidamente pagar deudas no vencidas (art. 1.292 del Código Civil) menos podrá donar (52).

Por lo que hace, en fin, a la jurisprudencia española, ya se ha destacado anteriormente que nuestro Tribunal Supremo contempla las presunciones del artículo 1.297 del Código Civil en términos favorables a la presentación de prueba en contrario de las mismas, tal como resulta explícitamente en las Sentencias de 26 de mayo de 1908 y 7 de enero de 1958, o implícitamente en las Sentencias de 15 de junio de 1897, 21 de marzo de 1900 y 21 de noviembre de 1932. La presunción en estudio tendría, pues, carácter *iuris tantum*, aunque no falten, empero, fallos en los que la contemplan de distinta manera, tal como sucede en la Sentencia de 28 de enero de 1966 que exige que el tercero adquirente haya sido cómplice en el fraude, «caso de enajenación onerosa» (luego, *a contrario...*), y sobre todo en la Sentencia de 9 de noviembre de 1966, en la que puede leerse que «al quedar firme la declaración de que al llevar a cabo los actos dispositivos no dejó en su patrimonio bienes suficientes para responder de las deudas anteriores, es obligada la aplicación de la prevención de fraude contenido en el párrafo segundo del artículo 643 del Código Civil».

¿*Quid iuris*, pues, en torno a la presunción de fraude de los actos gratuitos realizados por el deudor que lo hagan insolvente o aumentan su insolvencia? ¿Cabe decir fundadamente que en tales supuestos el fraude se esfuma y sólo sobrevive el requisito objetivo del perjuicio a los acreedores? ¿Rebasaremos en ellos el campo de las presunciones, incluidas las *iuris et de iure*, para entrar en el de las *fictiones iuris*?

Al margen de la concreta normativa, hay que marcar una serie de puntos previos. Primero, que en esta materia se reproduce con toda fidelidad una de

(52) LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, II-1, *op. cit.*, págs. 341-342.

esas típicas encrucijadas jurídicas que por sentido natural y por exigencia de equidad siempre se ha resuelto en una determinada dirección: ¿quién merece mayor tutela, el que trata de preservar un beneficio (*certat de lucro captando*) o el que intenta evitar un daño (*certat de damno vitando*)? El conflicto que se plantea en las enajenaciones fraudulentas entre el adquirente a título gratuito y los acreedores del enajenante revive con toda fidelidad el mencionado dilema.

Segundo, ¿se podrá hablar de presunción de fraude en dicho supuesto? Tanto el artículo 643 como el artículo 1.297 del Código Civil hablan *expressis verbis* de presunción, por lo que difícilmente cabe eludir semejante categoría o instrumento jurídico, sobre todo si se tiene en cuenta que lo que parece preocupar al legislador es la idea de que, habida cuenta de la dificultad que entraña la prueba del fraude, debe facilitarse la misma a los acreedores mediante el juego a su favor de la presunción de fraude.

Tercero, ¿cabe hablar de enajenaciones fraudulentas, de actos realizados en fraude de acreedores y aun de acción pauliana si resulta que en determinados supuestos no hace falta el fraude *ex parte debitoris*? ¿No parece un tanto singular y anómalo que arrancando de la idea de que las condiciones de la acción revocatoria son el *eventus damni* y el *consilium fraudis*, resulta que en presencia de una disposición gratuita los dos requisitos queden reducidos a uno? ¿Qué tipo de enajenación fraudulenta sería aquélla en la que, precisamente, se prescindiese de la exigencia del fraude? Algo así, como el pastel de liebre sin liebre, de que hablaban las crónicas medievales.

Y cuarto, si a tenor del artículo 1.251 toda presunción establecida por la ley admite prueba en contrario, salvo que la norma expresamente la excluya, ¿cómo negar la prueba adversa en las presunciones de fraude atinentes a los actos de disposición gratuitos cuando la propia ley no dice nada al respecto? ¿Cabe admitir que existan presunciones *iuris et de iure* al margen de su expresa contemplación legal?

Como se ve, cúmulo de preguntas, de no fácil encaje y contestación. Ciertamente que, según hizo notar con agudeza el profesor DE CASTRO, la utilización por el artículo 643 del Código Civil del adverbio *siempre* para resaltar el carácter fraudulento de las enajenaciones hechas en fraude de acreedores constituye una estimable ayuda en la dirección que se comenta, porque lo que se presume siempre, cabe considerar que no admite prueba en contrario. Aunque también cabe la interpretación distinta de que lo que intenta decir la norma no es que la presunción prevalecerá o se impondrá siempre, sino que en todo momento, en todo caso, en todo supuesto de donación en los términos contemplados en dicho precepto existirá una presunción de donación hecha en fraude de acreedores, por más que dicha presunción no pase de tener otro carácter que el de mera presunción legalmente establecida en el marco de lo dispuesto en el artículo 1.251 del Código Civil.

Cierto también que la relación y engarce entre los artículos 643 y 1.297 del Código Civil permiten considerar con altas dosis de credibilidad que una preocupación tan señalada del legislador de resaltar que los actos a título gratuito son especialmente vulnerables debe ir acompañada, si se quiere que sea operativa y eficaz, de un fuerte fortalecimiento de la posición de los acreedores a la hora en que los mismos tengan que demostrar el *consilium fraudis* del deudor y del tercero adquirente.

Y cierto, finalmente, que cuando el número cuarto del artículo 37 de la Ley Hipotecaria dispone que las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores perjudican a terceros «cuando hubiese adquirido por título gratuito» y «cuando habiendo adquirido por título oneroso hubiese sido cómplice en el fraude», permite colegir que el legislador hipotecario ha prescindido del elemento del fraude en las enajenaciones gratuitas, al menos en relación al tercero hipotecario.

Nosotros creemos que deben hacerse algunas precisas puntualizaciones para intentar esclarecer el supuesto en estudio. Cuando nos enfrentamos a una enajenación gratuita del deudor que le hace insolvente o aumenta su insolvencia, no cabe eludir el interrogante eterno de qué interés deberá ser preferido, el de los acreedores perjudicados o el del adquirente beneficiado. A la luz de los principios, de la regulación tradicional y del más elemental sentido de la justicia, la respuesta es clara, contundente y constante: antes que mantener una adquisición sin corresponsivo se ha de atender a aquellos sujetos que, de optar por esta solución, sufrirían quebranto en sus derechos.

Esta consideración lo debe iluminar todo y a su calor debe disponerse una interpretación legal que permita en todo caso hacer prevalecer la conveniencia del acreedor perjudicado sobre la del donatario o, en general, gratuitamente beneficiado en virtud del acto dispositivo del deudor. Es inicuo y, por tanto, desechable que por mantener en su adquisición a quienes nada dan a cambio de lo que reciben se excluya a aquellos otros que ostentan derechos de crédito previo, derechos que, de ordinario, habrán supuesto el sacrificio patrimonial correspondiente.

Pero esta apriorística consideración, sin embargo, no oscurece por completo otro factor que opera en el supuesto en estudio. Estamos en el campo de la acción revocatoria que, *ex definitione*, supone que ha tenido lugar un acto fraudulento por parte del deudor enajenante, por más que el fraude pertinente se matice hasta el extremo de considerar que no tiene por qué ser otra cosa que el conocimiento o conciencia del perjuicio que se irroga a los acreedores mediante la disposición. Si esto es así, y difícilmente se puede ocultar, la circunstancia de que el acto dispositivo del deudor sea gratuito no puede producir el compulsivo efecto de extraer del marco de la acción pauliana el elemento del fraude. En este sentido, no deja de tener su punto de razón el alegato de GIORGI de que el fraude es necesario en todos los actos que el

acreedor pretendiese revocar, tanto en los a título oneroso como en los a título gratuito.

No parece, por tanto, que quepa prescindir de la idea del fraude mientras nos movamos en el campo de la acción revocatoria, porque ello equivaldría a componer una figura sobre la base de unos elementos o requisitos (el *eventus damni* y el *consilium fraudis*), para, a continuación, inutilizarla, desfigurarla o presentarla incompleta en todo un grandísimo sector de su campo de actuación: el de los actos dispositivos a título gratuito. El fraude ha de estar presente, por exigencia existencial, en todo caso que planteemos la operatividad de la acción pauliana, so pena de instaurar el sistema poco riguroso y dogmáticamente dañado de construir una figura de determinada manera para, a continuación, sostener que la misma sigue presente aunque no se dé la conformación que se le exige.

¿Cómo compaginar ambas circunstancias, la razón de justicia y la razón de coherencia? No es empresa sencilla. Una salida aparentemente razonable sería la de las presunciones. Presúmase que el acto dispositivo gratuito del deudor es fraudulento y, en consecuencia, queda relevado el acreedor de la difícil prueba de acreditar un determinado estado subjetivo del deudor, con lo cual su posición se fortalece y la defensa de su interés parece adquirir primacía.

Es lo que hacen los artículos 643 y 1.297 del Código Civil. Pero semejante presunción, en cuanto la propia ley no prohíbe la prueba en contrario, deberá permitir el acreditamiento por parte del deudor y de los terceros demandados de que no existió la *scientia damni*, con lo que los acreedores podrán ver truncada su facilidad inicial y padecer en su interés la circunstancia negativa y difícilmente justificable de que se mantenga firme una adquisición gratuita a pesar de que, precisamente en función de la misma, ellos no puedan realizar sus derechos.

El factor de las presunciones no nos sirve, en consecuencia. La *iuris tantum*, porque al admitir la prueba en contrario no brinda al acreedor la tutela pertinente y simplemente retrasa o toma más onerosa o difícil la producción de un efecto indeseable. La *iuris et de iure*, porque tropieza en nuestro ordenamiento civil con el obstáculo insuperable del artículo 1.251 del Código, habida cuenta de que no existe prohibición legal expresa de la prueba en contrario.

Se puede romper el nudo gordiano, tal como intenta LACRUZ, considerando que la «presunción» del artículo 1.297, 1.º del Código Civil es realmente una ficción: la simple equiparación entre el requisito del *consilium fraudis* y la presencia del título gratuito a efectos de la concesión de la acción revocatoria a los acreedores. Aunque ello suponga un paso adelante importante y una clara incidencia en el camino por el que debe andarse el problema en estudio, pensamos que el recurso a la *factio iuris* no resuelve adecuadamente la cuestión porque resulta casi imposible deslindar la misma de la presunción *iuris*

et de iure, y ya se han visto las dificultades que en nuestro ordenamiento civil se dan para el juego de esta última en el supuesto que nos ocupa.

Por nuestra parte, pensamos que la solución del problema puede abordarse de la manera siguiente. La acción revocatoria exige siempre la presencia del fraude *ex parte debitoris* con indiferencia de que el acto dispositivo del mismo sea a título oneroso o a título gratuito, pues de la misma manera que no cabe prescindir de la idea del perjuicio de los acreedores, tampoco cabe eliminar la idea de que debe existir un cierto ingrediente de conocimiento de que el acto en cuestión es susceptible de deparar unas consecuencias patrimonialmente adversas para aquéllos. Trátase, como dispone con precisión el artículo 2.901 del *Codice civile* italiano al establecer las condiciones de la acción revocatoria, de que amén de que el acto de disposición del patrimonio efectuado por el deudor origine perjuicio a los derechos de los acreedores, el deudor conozca el perjuicio que dicho acto ocasiona precisamente a tales derechos. Esto es algo inexcusable, indeclinable si se quiere mantener la caracterización de la acción revocatoria.

Si se prescinde del *consilium fraudis*, en su versión de *scientia* o *conscientia fraudis*, es lo mismo que si prescindimos del *eventus damni*: el edificio de la acción pauliana se nos desmorona al fallar una de sus bases de sustentación.

¿Qué ocurrirá, pues? Pienso que las cosas no se plantean como pretende el profesor ALBALADEJO de que si la enajenación es onerosa se exigen dos requisitos, perjuicio y fraude, mientras que si la enajenación es gratuita no hace falta más que un solo requisito, el perjuicio, sino que se desenvuelven de esta otra manera.

Perjuicio y fraude, por necesidad existencial de recurso pauliano, deben darse siempre. Lo que sucede es que cuando estamos en presencia de una enajenación a título gratuito ésta se unimisma con el requisito del fraude, hasta tal punto que el hecho de la disposición liberal es el *consilium fraudis* mismo que el remedio revocatorio precisa.

La circunstancia de que un deudor disponga gratuitamente de sus bienes y deje por ello de pagar a sus acreedores es lo suficientemente reveladora de un actuar nocivo y torcido como para que, sin mayores forzamientos ni quebrantamientos, se estime que ese solo proceder es determinante del fraude. Cuando alguien, con conocimiento de lo que va a ocurrir, está dispuesto a que un tercero se beneficie aunque sus acreedores vean insatisfechos sus derechos, probablemente no tenga intención de perjudicar, propósito de dañar o *animus nocendi*, aunque también puede tenerlo perfectamente, pero de lo que no cabe dudar es de que el fraude, como estado subjetivo que lleva a querer algo que no es razonable ni sensato, está presente. El fraude vendría dado, pues, por la disposición gratuita, y entonces no es que debería distinguirse en la acción pauliana, en relación a este punto, entre enajenaciones onerosas y gratuitas,

sino que toda disposición gratuita del deudor que perjudique a sus acreedores es, *ex natura*, fraudulenta, porque el fraude viene dado precisamente por el hecho de que un deudor esté dispuesto a beneficiar a terceros aunque ello excluya o disminuya la posibilidad del pago a sus acreedores.

Bien distintas son las cosas en relación a la segunda presunción de fraude incluida en el artículo 1.297 del Código Civil, ya que a tenor del párrafo segundo del mismo «se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso, hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes».

En el caso de enajenaciones en las que el adquirente lo sea a título oneroso, es obvio no sólo que el fraude debe existir para que la acción revocatoria pueda operar, sino que además, en cuanto no se plantea el conflicto de intereses que tiene lugar tratándose de adquisiciones gratuitas, no se observa la necesidad de ninguna facilidad probatoria en orden al acreditamiento de dicho fraude. Sin embargo, el Código Civil español, en el doble supuesto de que se haya dictado contra el deudor sentencia condenatoria y de que se haya expedido mandamiento de embargo de bienes, presume el fraude. ¿Ante qué clase de presunción nos encontramos?

Pocas dudas puede haber de que éste no es campo de la *fictio legis* o de la presunción *iuris et de iure* , sino que nos movemos en el simple y ordinario campo de las presunciones *iuris tantum* , esto es, de las que admiten prueba en contrario. En cuanto aquí no se advierten intereses básicos ni razones trascendentes, la presunción podrá ser contradicha y dejada sin efecto siempre que se adelante el acreditamiento del hecho opuesto del que la misma supone. Numerosas sentencias de nuestro Tribunal Supremo (Sentencias de 15 de junio de 1897, 3 de marzo de 1900, 26 de mayo de 1908, 2 de marzo de 1912, 22 de febrero de 1917, 21 de noviembre de 1932, 3 de junio de 1967, etc.) han sentado la doctrina de que contra la presunción de fraude establecida en el párrafo segundo del artículo 1.297 del Código Civil sólo puede prevalecer la prueba en contrario de los hechos en que la presunción se funda.

La razón parece elemental. Ciertamente un deudor que enajena bienes después de haberse pronunciado contra él una sentencia condenatoria o tras haberse expedido mandamiento de embargo, y con semejante acto dispositivo cae en insolvencia o aumenta su insolvencia, actúa torcidamente, y, por tanto, tiene sentido que la ley facilite las cosas a los acreedores y establezca a su favor una presunción de fraude. Ahora bien, se trata de una enajenación onerosa, con contrapartida a favor del deudor enajenante, y por ello, aparte de que no surge el dramático dilema entre el *certat de lucro captando* y el *certat de damno vitando* , se entiende sin mayor dificultad que semejante facilidad probatoria no pueda ni deba llegar más allá de la simple presunción *iuris tantum* .

¿Deberá tratarse de que el deudor enajena precisamente los mismos bienes sobre los que recayó la sentencia condenatoria o el embargo? De ninguna manera. El supuesto legal no es el de que afectados determinados bienes por un fallo judicial o por embargo proceda su propietario a enajenarlos, sino el de que encontrándonos ante una de esas situaciones jurídicas, el deudor realice actos dispositivos que afecten a su garantía patrimonial e impidan a sus acreedores la plena o más cumplida realización de sus derechos. Es entonces cuando ante un proceder semejante, que con toda evidencia atestigua un torcido proceder por parte del deudor enajenante, la ley quiere facilitar la prueba del fraude a los acreedores y a tal efecto les otorga la presunción que estamos considerando.

En distintas sentencias del Tribunal Supremo (20 de marzo de 1908, 6 de marzo de 1923, 3 de mayo de 1956, etc.) se dice que «es indispensable para que proceda la declaración de fraudulencia a instancia de un acreedor la justificación de que éste no pueda cobrar de otro modo y la complicidad del adquirente en el fraude».

Contra semejante pronunciamiento jurisprudencial piensa MORENO QUESADA que la presunción de fraude establecida en el párrafo segundo del artículo 1.297 del Código Civil, por serlo en atención al hecho objetivo de la enajenación después de que los bienes del deudor han sido objeto de traba o sentencia condenatoria, que a los ojos del legislador testimonia una actitud subjetiva fraudatoria, no precisa de complicidad, concurso o actitud especial alguna por parte del adquirente para que pueda ser objeto de rescisión al amparo de la presunción de fraude establecida en él (53).

No soy de ese parecer, pues una cosa es que el deudor manifieste con su actuación enajenatoria cierta proclividad fraudatoria y otra que, en base a ello, quepa prescindir de la participación en el fraude que debe tener el tercero adquirente a título oneroso si se quiere que prospere la acción revocatoria, tal como tuvimos ocasión de ver *ut supra*. En cuanto media contraprestación, si el tercero adquirente no fuera cómplice en el fraude o no tuviera conocimiento del perjuicio que la enajenación causa a los acreedores, aquí, como en cualquier otro supuesto dispositivo, la acción pauliana no podría ser estimada, en cuanto no sería capaz de extender sus efectos hasta dicho tercero adquirente por prohibirlo la ley (argumento *ex art.* 1.298 del Código Civil).

En cambio, tiene razón MORENO QUESADA cuando advierte que la sentencia condenatoria debe ser pecuniaria o tener repercusión de esa naturaleza, de manera tal que se haya producido o esté produciéndose unas obligaciones de pago, cuyo cumplimiento se frustrará por la enajenación posterior creadora de la insolvencia, ya que la razón de la norma es evitar el incumplimiento frau-

(53) MORENO QUESADA, *Comentarios...*, XVII-2, *op. cit.*, pág. 198.

dulento que, de no reaccionar de esta manera, se produciría. Es indiferente la instancia en que se haya dictado la sentencia, como lo es también el que se haya interpuesto o no recurso contra la misma (54).

En fin, como también hizo notar MANRESA, por lo que respecta al mandamiento de embargo de bienes, no se necesita que esté anotado en el Registro de la Propiedad, bastando con que se haya expedido. La razón de ello estriba en que no se exige, como antes se advertía, que el embargo recaiga sobre los mismos bienes perseguidos por la acción revocatoria, pero ello sin perjuicio de que la falta de anotaciones pueda influir en la eficacia de la acción frente a terceros, cosa distinta de la presunción de fraude en la enajenación (55).

ANGEL CRISTÓBAL MONTES
Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Zaragoza

(54) *Ibid.*, 199.

(55) MANRESA, *Comentarios...*, VIII-2, *op. cit.*, pág. 801.

El derecho real de hipoteca inmobiliaria en la reciente doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado

SUMARIO: PRESENTACION DEL TEMA.—RESOLUCIONES QUE AFECTAN A LA HIPOTECA EN GENERAL.—ELEMENTOS PERSONALES.—ELEMENTOS REALES: EL CARÁCTER PARCIAL, UNITARIO O PLURAL DE LA OBLIGACIÓN Y LAS REPERCUSIONES EN SU GARANTÍA HIPOTECARIA: 1. *La hipoteca en garantía de parte de una obligación.* 2. *La hipoteca en garantía de una pluralidad de obligaciones.* LA HIPOTECA RECAYENTE SOBRE LAS CUOTAS INDIVISAS QUE ATRIBUYEN EL USO EXCLUSIVO DE UNA PLAZA DE APARCAMIENTO: 1. *Presentación del tema.* 2. *La doctrina de la DG en relación a los garajes explotados por cuotas indivisas.* 3. *La distribución de responsabilidad hipotecaria entre las cuotas que atribuyen el uso de plazas de aparcamiento.* 4. *La nueva regulación de las cuotas con atribución de plaza de aparcamiento en el Reglamento Hipotecario.* LA HIPOTECA DE LA POSICIÓN JURÍDICA DE ARRENDATARIO FINANCIERO: 1. *Presentación del tema.* 2. *El debate sobre la hipotecabilidad de la posición jurídica de arrendatario financiero.* 3. *Resumen.* LA EXTENSIÓN DE LA HIPOTECA RESPECTO A LOS INTERESES: 1. *El tope de intereses garantizados como delimitador del derecho real de hipoteca de máximo.* 2. *El límite de la cobertura de intereses frente a terceros del artículo 114 LH.* 3. *La extensión de la hipoteca a los intereses capitalizados: el pacto de anatocismo.* 4. *La posición del acreedor respecto a los intereses no cubiertos por el derecho real de hipoteca.*—RESOLUCIONES QUE AFECTAN A MODALIDADES CONCRETAS DEL DERECHO DE HIPOTECA: LA HIPOTECA CAMBIARIA: 1. *Aspectos sustantivos.* 2. *Aspectos formales.* LA HIPOTECA EN GARANTÍA DE OBLIGACIONES AL PORTADOR: 1. *Planteamiento de la cuestión.* 2. *El supuesto de hecho.* 3. *La calificación de la obligación garantizada.* 4. *Valoración crítica.* LA HIPOTECA DE MÁXIMO: 1. *La hipoteca en garantía de un préstamo con intereses variables como hipoteca de máximo.* 2. *La hipoteca en garantía del saldo de una cuenta en la que se han reunificado diversas obligaciones.*

PRESENTACION DEL TEMA (1)

La presente exposición tiene por objeto el estudio de ciertas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DG) dictadas sobre el derecho de hipoteca en el trienio 1996-1998.

Lo primero que llama la atención es que tales Resoluciones no sólo son numerosas sino que, además, un buen número de ellas tienen una notable importancia teórica y práctica.

Son varios los motivos que, en mi opinión, explican la frecuencia y relevancia de tales pronunciamientos:

1.º En primer lugar, el derecho de hipoteca es la forma de garantía más usada en el tráfico jurídico inmobiliario. Un triple motivo puede explicar tal éxito:

- La prohibición del pacto comisorio. El acreedor, para el supuesto de incumplimiento del deudor, quizá prefiriese apropiarse directamente de la cosa dada en garantía, pero tal posibilidad la prohíbe expresamente el artículo 1.859 del Código Civil.
- La eficacia real del derecho de hipoteca, cuya inscripción en el Registro le permite al acreedor dotar de prioridad real a su crédito y, en general, obtener los beneficios de la publicidad registral.
- La hipoteca, en el campo de las garantías reales, carece de competidores eficaces. Y ello por una doble razón:

· Por un lado, la eficacia de la condición resolutoria expresa, que sería su competidor natural, se interpreta cada vez de modo más restringido, ya que sobre ella recae la sospecha de su posible inconstitucionalidad (2).

· Por otro lado, la DG se muestra reacia a admitir que determinados negocios (tales como la opción o la venta en garantía) se empleen con una finalidad de aseguramiento de la deuda. No admite, por tanto, el negocio indirecto en función de garantía de la obligación (3).

(1) El presente escrito es el texto que sirvió de base a una conferencia que tuvo lugar en la Academia Sevillana del Notariado el día 25 de enero de 1999.

(2) Se considera que la automaticidad de la condición resolutoria expresa no es adecuada para salvaguardar los derechos del deudor (en cuanto no es adecuadamente compatible con la protección jurisdiccional de los derechos del art. 24 Const.). Por ello su ejercicio paulatinamente se sujeta al cumplimiento de diversos requisitos.

Ver en tal sentido, la Resolución de 29 de diciembre de 1982 (sobre inexistencia de oposición del comprador para que la condición surta sus plenos efectos en el ámbito registral) que inicia una línea que culmina con la de 24 de febrero de 1998 (en la que se insinúa el conflicto de la condición resolutoria expresa con el citado art. 24 Const.).

(3) Por ejemplo, sobre la no admisión de la opción en función de garantía, ver Resolución de 10 de junio de 1986. Sobre la prohibición de la venta en garantía (*fiducia*

2.º El segundo comentario concierne a la complejidad de la figura objeto de estudio, complejidad que deriva en buena medida de la necesidad de ser estudiada desde una doble perspectiva sustantiva y registral. En realidad la figura jurídica de la hipoteca es tan amplia como la diversidad de obligaciones que garantiza y la pluralidad de bienes sobre los que recae. La pluralidad deviene en complejidad, y la complejidad en conflictos jurídicos.

3.º La tercera observación lleva implícita una cierta paradoja.

El Notario, normalmente, redacta la escritura de hipoteca, no en base a las comunes declaraciones de las partes —que es la regla general— sino tomando como punto de partida un modelo facilitado unilateralmente por la parte acreedora. Por ello el préstamo hipotecario suele ser un contrato de adhesión, donde sólo las cláusulas financieras están individualmente negociadas por las partes (4).

El empleo de un modelo de la entidad de crédito favorece que las cláusulas sean uniformes y reiteradas. Con ello se pretende, entre otras cosas, evitar conflictos sobre el alcance jurídico de tales cláusulas, en cuanto al repetirse con frecuencia se conocen mejor (5). Sin embargo, este propósito no siempre se consigue, ya que al estar el modelo redactado de forma unilateral por la parte acreedora ésta, en ocasiones, introduce en beneficio propio cláusulas que pueden vulnerar los límites establecidos por el principio de autonomía de la voluntad.

En éste y en otros casos surge el conflicto jurídico sobre la validez o inscribibilidad de las cláusulas de la hipoteca. Tal conflicto, en la práctica, se solventa en numerosas ocasiones interponiendo un recurso gubernativo ante la DG.

Por tanto la Resolución que pone fin a dicho procedimiento determina la validez y, en su caso, la inscribibilidad de una cláusula en el Registro de la Propiedad. Precisamente tales Resoluciones, en cuanto conciernen a la hipoteca, son las que van a ser objeto del presente estudio.

cum creditore) ver Resolución de 30 de junio de 1987. Los mismos argumentos serían extrapolables a otros supuestos como el retracto o pacto de retro en función de garantía.

(4) Por tanto, una parte del clausulado del préstamo hipotecario suele contener condiciones generales de la contratación: son cláusulas predisuestas, redactadas para una pluralidad de contratos e impuestas por la parte predisponente. Tales cláusulas quedan sujetas a la Ley 7/1998, de 13 de abril de 1998, sobre condiciones generales de la contratación.

(5) Sobre la función de seguridad jurídica que despliega el carácter uniformizador de las condiciones generales de contratación, ver ALFARO AGUILA-REAL, *Las condiciones generales de contratación*, Civitas, 1991, págs. 32 y sigs.

Como señala dicho autor, tras indicar los límites de tal función, «la seguridad que proporcionan las condiciones generales es, sobre todo, seguridad para las empresas». Por tanto, en cuanto no beneficia a ambas partes sino principalmente a una de ellas, la seguridad alegada por las empresas es más aparente que real con lo que el argumento pierde fuerza.

En concreto, y como ya hemos dicho, nos referiremos a las publicadas en los años 1996-1998. Cada Resolución que vamos a analizar se ocupa de un aspecto concreto del derecho de hipoteca. Para evitar la dispersión que produce el estudio de pronunciamientos diferentes, cada uno de ellos analizando un aspecto concreto y distinto, emplearemos un criterio ordenador.

En tal sentido vamos a agrupar las Resoluciones en dos bloques (6). En el primero de ellos incluiremos las Resoluciones que abordan aspectos generales y comunes a todas las hipotecas, identificando la concreta materia que afectan. En el segundo grupo nos ocuparemos de las Resoluciones que afectan a modalidades específicas del derecho de hipoteca (en concreto la DG se ha pronunciado de modo relevante sobre tres de ellas: la hipoteca cambiaria, la constituida en garantía de obligaciones al portador y, finalmente, la de máximo). Comencemos con el primer bloque de Resoluciones.

RESOLUCIONES QUE AFECTAN A LA HIPOTECA EN GENERAL

ELEMENTOS PERSONALES

En el ámbito de los elementos personales me voy a referir únicamente a los requisitos de constitución de la hipoteca sobre el inmueble perteneciente al menor de edad.

La imposición de dicho gravamen corresponde a sus padres, ya que en cuanto titulares de la patria potestad ostentan su representación legal, con el consentimiento del menor en documento público si es mayor de dieciséis años o con autorización judicial en caso contrario —art. 166 del Código Civil— (prescindimos ahora de las normas de carácter foral aragonesas y catalanas).

La necesidad de autorización judicial supone una importante garantía en favor del adecuado manejo del patrimonio del menor por parte de sus representantes, pero, desde otra perspectiva, también es un trámite que conlleva gastos y retrasa la obtención del préstamo hipotecario. Por ello se trata de encontrar el punto de equilibrio entre ambas necesidades precisando en qué supuestos tal autorización es verdaderamente necesaria y en cuáles, por contra, se puede prescindir de ella.

En esta línea flexibilizadora cabe señalar que se admite en la práctica y en la doctrina que los representantes del menor puedan actuar sin autorización judicial cuando adquieren un inmueble, subrogándose además en la hipoteca

(6) Procede hacer una precisión metodológica. En el presente estudio se analizan no todas sino sólo algunas de las Resoluciones dictadas por la DG en materia de hipoteca durante el trienio 1996-1998. Por tanto he verificado una selección en orden a ocuparme sólo de aquéllas que a mí me parecían más interesantes o instructivas.

ya existente y en la obligación personal garantizada por la misma (es más, en nuestro Derecho positivo ya lo admite expresamente el nuevo Código de Familia Catalán en su art. 151.1.a). El fundamento radica en que la hipoteca preexiste al acto adquisitivo que verifican los padres en nombre y representación de sus hijos.

Pero el caso anterior cabe considerarlo pacíficamente admitido. Lo que nos interesa en el segundo supuesto que ahora vamos a analizar. La DG en la reciente Resolución de 7 de julio de 1998 se ocupa del mismo y da un paso más en esta línea aperturista.

Resumamos los hechos que sirvieron de base al recurso. La viuda titular de la patria potestad adquiría un inmueble en nombre y representación de sus hijos menores de edad y, simultáneamente, lo hipotecaba en garantía de un préstamo; con tal préstamo, precisamente, se pagaba el precio de la compra.

El Registrador inscribe la compra pero no la hipoteca por carecer de la, en su opinión, preceptiva autorización judicial.

Sin embargo, la DG estima el recurso y revoca la nota de calificación. En base a los argumentos del recurrente y las afirmaciones de la DG, podemos sistematizar los motivos para exonerar de necesidad de autorización judicial el supuesto que estudiamos en los siguientes términos:

- Estamos, no ante tres negocios distintos (compra, préstamo, hipoteca) sino ante un negocio complejo (adquisición de inmueble financiada con un préstamo hipotecario simultáneo), de naturaleza unitaria.

De esta forma no procede aplicar a cada uno de ellos las normas propias del contrato tipo sino que la causa compleja que les sirve de base ha absorbido las causas concurrentes y determina la primacía de uno de ellos que, en el presente caso, es la compraventa (lo que conlleva la aplicación de sus normas).

- El inmueble ya ingresa gravado en el patrimonio de los menores, por lo que no existe un acto independiente de gravamen que comprometa o arriesgue sus patrimonios preexistentes (fijémonos que tal riesgo propiamente resulta del préstamo, para el que no se precisa autorización).
- En materia de representación legal de los menores la regla general es que los padres ostentan la administración de sus bienes. Por ello las limitaciones a tal administración, como son las contenidas en el artículo 166 del Código Civil, han de ser interpretadas restrictivamente.
- La presente doctrina no es sino una aplicación de la ya establecida por la DG para el supuesto de disposición de bienes gananciales que permitía a un cónyuge comprar e hipotecar simultáneamente un bien ganancial sin necesidad del consentimiento del otro o de autorización judicial (Resoluciones de 13 de mayo y 4 de noviembre de 1968).

La solución que da la DG es, en sí misma considerada, de notable importancia. Pero además dicha trascendencia aumenta en cuanto que su doctrina es extensible a otros supuestos como son la compra e hipoteca hecha por los padres en relación a un hijo mayor incapaz, respecto al cual se ha prorrogado o rehabilitado la patria potestad o la compra e hipoteca realizada por el emancipado sin complemento de capacidad. Por contra, la compra e hipoteca verificada por el tutor en nombre del pupilo requiere autorización judicial por tratarse, de conformidad con el artículo 271.2 del Código Civil, de un «acto susceptible de inscripción» (7).

En base a las afirmaciones anteriores podríamos fijar el siguiente esquema para el gravamen de los bienes inmuebles del menor por parte del titular (o, en su caso, titulares) de la patria potestad:

- No se precisará autorización judicial en la compraventa, verificada en nombre y representación del menor, con subrogación en la hipoteca ya existente sobre la finca. La hipoteca, en este caso, es anterior a la compra.
- En la presente Resolución se clarifica un segundo supuesto: el titular de la patria potestad puede hipotecar, sin necesidad de autorización judicial, el inmueble del menor siempre que lo haga simultáneamente al momento de la compra y que, con el importe de tal préstamo hipotecario, se satisfaga dicha adquisición. La hipoteca en este caso es *simultánea* a la compra.
- Por último, el titular de la patria potestad, en los restantes casos, puede gravar el inmueble de un menor siempre que tenga la autorización judicial exigida por el artículo 166 del Código Civil (o el consentimiento del menor si es mayor de dieciséis años). El ámbito normal de aplicación de tal precepto concierne a las hipotecas que se constituyen sobre bienes que, con anterioridad a la constitución del gravamen, ya pertenecían al menor: la hipoteca es, por tanto, posterior al ingreso del bien en el patrimonio del menor.

ELEMENTOS REALES

En el ámbito de los elementos reales las recientes Resoluciones de la DG inciden sobre varios temas de interés. En concreto nos vamos a referir a tres materias distintas:

(7) Sobre el comentario de las dos Resoluciones citadas del año 1968, ver AVILA NAVARRO, *La hipoteca: estudio registral de sus cláusulas*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1990, pág. 15. Se ocupa de en qué supuestos tal doctrina es extrapolable a casos distintos.

1. En primer lugar nos ocuparemos de la obligación garantizada. En concreto la DG ha estudiado de qué forma el carácter unitario, parcial o plural de la obligación, incidía sobre su garantía hipotecaria.

2. A continuación nos desplazaremos de la obligación que se garantiza a la cosa que se da en garantía de la misma. En este campo analizaremos la hipotecabilidad de la posición jurídica de la posición de arrendatario financiero y la distribución de la responsabilidad hipotecaria en los garajes explotados por cuotas.

3. Finalmente serán objeto de estudio diversos aspectos problemáticos que plantea la cobertura de los intereses por la hipoteca.

Comencemos con el primero de los temas apuntados.

EL CARÁCTER PARCIAL, UNITARIO O PLURAL DE LA OBLIGACIÓN Y LAS REPERCUSIONES EN SU GARANTÍA HIPOTECARIA

Vamos a centrarnos en dos cuestiones que ha abordado la DG durante el lapso temporal que estamos estudiando.

1. *La hipoteca en garantía de parte de una obligación*

El supuesto más frecuente en la práctica es el de hipoteca en garantía de una obligación. Sin embargo se ha planteado también la posibilidad de constituir hipoteca en garantía de sólo una parte de la obligación principal: imaginemos, por ejemplo, que el préstamo tiene un capital de diez millones de pesetas, pero el bien dado en garantía sólo tiene un presunto valor de cinco millones; en este caso los interesados pretenden que sólo se garantice una fracción de la obligación principal (con ello logran reducir los gastos de constitución de la hipoteca). Se trata de ver si ello es admisible.

La DG se ha ocupado de este tema en las Resoluciones de 2 y 3 de enero de 1996 en las cuales, con pleno acierto, admite la hipoteca en garantía de sólo parte del capital, y además solventa alguno de los posibles problemas que podrían plantearse en su constitución.

Podemos sistematizar su doctrina articulándola en torno a las siguientes ideas:

- a) En favor de que la garantía del capital pueda ser parcial, cabe argüir que también la garantía de intereses y costas tiene carácter parcial ya que sólo cubre hasta ciertas cifras, más allá de los cuales el acreedor sólo puede reclamar mediante acción personal.

- b) Además (y con ello se facilita la constitución de tal garantía parcial) no es preciso señalar que concretas cuotas de amortización corresponden a la parte garantizada, ya que el que la garantía sea parcial no supone que surjan dos obligaciones, una con garantía y otra sin ella. La obligación sigue siendo única.
- c) El hecho de que la garantía sea parcial tiene, no obstante, importantes consecuencias que pueden disminuir las expectativas del acreedor:
 - En primer lugar, si se ejecuta el bien hipotecado, el actor sólo podrá detraer del precio del remate hasta una parte igual al máximo de responsabilidad fijado (aunque se le adeude una cifra mayor).
 - En segundo lugar, el tercer poseedor de la finca hipotecada puede evitar la ejecución o, en general, extinguir la carga, pagando la cantidad garantizada, aunque la deuda sea mayor.

Finalmente señalemos que el incumplimiento de cualquier parte de la obligación, por mínima que sea, puede determinar la ejecución del bien gravado. Volviendo a nuestro ejemplo, si se garantizan cinco millones de un total de diez no se garantizan los cinco primeros o los cinco últimos sino cualesquiera cinco.

La doctrina de la DG que acabamos de exponer ha sido valorada positivamente por la doctrina (8).

2. *La hipoteca en garantía de una pluralidad de obligaciones*

a) Planteamiento

El supuesto paradigmático, tal y como dijimos, es aquél en que la hipoteca garantiza una obligación. Sin embargo acabamos de ver como también se admite la hipoteca en garantía de parte de una obligación. A continuación nos referiremos a un tercer supuesto: la admisibilidad de una única hipoteca en garantía de varias obligaciones.

Este tema, la posibilidad de constituir una hipoteca en garantía de varias obligaciones, se ha planteado repetidas veces ante la DG en diversos contextos (hipoteca cambiaria, de máximo...). En todos los casos, y durante el período que estudiamos, la respuesta de la DG ha sido la misma: no cabe constituir una hipoteca en garantía de varias obligaciones.

Buena parte de tales pronunciamientos, como acabó de decir, se han producido en relación a la hipoteca de máximo en garantía de varias obligaciones que se pretendían reunificar a través de una cuenta.

(8) Ver en tal sentido el comentario de GIMÉNEZ DUART, en *La Notaría*, 2/1996.

Nótese como el planteamiento de los interesados se pliega al mencionado criterio «una hipoteca, una deuda»: si las entidades acreedoras buscan lograr una reunificación de las deudas a través del saldo de la cuenta es porque presuponen que sólo cabe una hipoteca si la deuda es única. A su vez la DG, en los concretos casos que resuelve, considera que tal reunificación no es correcta, por lo que no cabe una sola hipoteca precisamente por seguir existiendo varias deudas (9). Por tanto hemos de ocuparnos del principio «una hipoteca, una deuda», en cuanto es uno de los fundamentos que emplea la DG para solventar los casos planteados.

b) El principio «una hipoteca, una deuda»

Se trata ahora de reflexionar acerca de si es acertada la doctrina de la DG que impone que cada hipoteca sólo garantice una deuda.

De entrada señalemos que tal criterio tiene un carácter meramente doctrinal, ya que no se recoge expresamente en nuestro Derecho positivo. No cabe invocar como argumento en su favor el hecho de que lo recoge la doctrina de la DG, ya que precisamente se trata de determinar si tal doctrina es acertada (estaríamos ante un argumento circular: ¿por qué es válido?, porque lo recoge la DG ¿Por qué lo recoge la DG?, porque es válido).

Por tanto, para determinar si es o no acertado, hemos de contrastarlo con el régimen jurídico de las diversas clases de hipoteca en nuestro Derecho positivo y determinar si sus preceptos acogen o respetan el criterio «una hipoteca, una deuda».

Son varios los supuestos que nos mueven a la duda. En tal sentido podemos recordar los cinco siguientes:

1.º Un sector doctrinal, representado nada menos que por ROCA SASTRE (10), considera que una sola hipoteca de máximo puede garantizar las diversas obligaciones que surjan entre acreedor y deudor, como consecuencia de cierta relación básica existente entre ambos. Tal relación, eso sí, debe quedar debidamente individualizada.

El citado autor ofrece como ejemplo la pluralidad de obligaciones que pueden resultar de un contrato de suministro concertado entre cierto proveedor y cierto cliente. Ahora bien, se sugiere en dicha obra que tal posibilidad

(9) Más adelante, al referirnos específicamente a la hipoteca de máximo, estudiaremos doctrina de la DG sobre esta materia.

(10) Las citas a ROCA SASTRE lo son a ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, en su edición de 1998.

En concreto para la cita concreta a que me estoy refiriendo, ver pág. 325.

se admita en otros supuestos, empleando con tal fin la oportuna hipoteca de máximo (11).

Sobre la posibilidad de que se admita tal hipoteca de máximo remitimos a lo que se dirá más adelante al estudiar la garantía de una pluralidad de deudas que ingresan en una cuenta.

2.º En segundo lugar podemos aludir a la hipoteca en garantía de obligaciones endosables o al portador, que se regula en los artículos 154 y siguientes de la LH.

En este caso podemos afirmar que cada obligación tiene su propia individualidad, esto es, hay una pluralidad de obligaciones, y, sin embargo, la hipoteca sobre el conjunto de las mismas es única.

La DG en la importante Resolución de 18 de diciembre de 1996 (sobre hipoteca cambiaria) solventa la dificultad que hemos planteado razonando en el sentido de que si bien las obligaciones son varias, el empréstito que integran es único: esto es, son fracciones de un todo. Además, la obligación no confiere a su titular una posición totalmente autónoma (para ciertas cuestiones dependerá del Sindicato de obligacionistas). Por ello entiende que, en cierto sentido, estamos ante una hipoteca en garantía de una única deuda —el empréstito—. El estudio de tal Resolución se aborda posteriormente.

3.º El tercer supuesto dudoso es, precisamente, el de la hipoteca cambiaria.

En efecto, tratándose de hipoteca en garantía de varias letras de cambio, de nuevo se plantea la cuestión de si estamos ante una hipoteca sobre varias letras o ante tantas hipotecas como letras se garanticen.

La mencionada Resolución de 18 de diciembre de 1996, rectificando el previo criterio de la DG, considera que hay tantas hipotecas como letras garantizadas, ya que cada letra configura un crédito autónomo. De nuevo se impone el mismo criterio: una deuda, una hipoteca. Sobre la argumentación que emplea la DG remitimos a lo que se dice en su momento al analizar la mencionada Resolución.

4.º El cuarto caso, objeto de estudio, lo constituye la hipoteca en garantía de rentas periódicas.

En efecto, en este caso existen una pluralidad de prestaciones o pagos periódicos que se van produciendo a lo largo del tiempo. Sin embargo, la hipoteca que garantiza esa pluralidad de rentas es única.

No obstante cabe replicar, en defensa del criterio «una hipoteca, una deuda», que aunque las prestaciones debidas son varias, la obligación de que dimanen es única, si bien de tracto sucesivo (algo similar, por cierto, a lo que

(11) «Aquella relación podrá consistir en un haz muy variado de relaciones jurídicas, pero especialmente consistirá en un contrato de suministro de cualquier clase» (el subrayado es mío), ver *op. cit.*, pág. 325.

cabría afirmar respecto al contrato de suministro: ¿existe pluralidad de obligaciones o sólo pluralidad de prestaciones en un sólo vínculo obligacional).

Por tanto, de acuerdo a este planteamiento, también cabría mantener en este supuesto el principio «una hipoteca, una deuda».

5.º Veamos el quinto y último supuesto que plantea ciertas incertidumbres.

Es aquél que se produce cuando son varios los deudores de una misma obligación garantizada hipotecariamente ya que, por aplicación del artículo 1.138 del Código Civil, la deuda se presume dividida en tantas partes como deudores. Por tanto, la hipoteca es única pero, en cierto sentido, garantiza varias deudas (tantas como deudores).

Sin embargo, se puede replicar que tal división de la obligación con pluralidad de deudores lo es meramente a efectos internos: externamente, y a efectos ejecutivos, existe una única deuda, y por ello una sola hipoteca.

Lo dicho con anterioridad no es cierto, o por lo menos no lo es del todo. Para clarificar esta materia hemos de retomar la terminología empleada por Díez PICAZO (12) que, en caso de pluralidad de deudores, distingue tres tipos de obligaciones: solidaria (que ahora no nos interesa), mancomunada y parciaria.

Pues bien, la afirmación que hemos hecho anteriormente en el sentido de que, a efectos externos y ejecutivos, la deuda muestra un carácter unitario, es aplicable a la obligación mancomunada. En efecto, si es mancomunada la obligación presenta, de cara al exterior, un aspecto unitario en cuanto que su ejercicio ha de ser hecho en forma conjunta (en mancomún) por todos los deudores. En tal caso la hipoteca puede ser única porque la obligación es de ejercicio unitario (y sin perjuicio de que, entre los deudores, exista una distribución interna de la carga).

Por contra, tratándose de verdaderas obligaciones parciarias del artículo 1.138 del Código Civil, si aplicamos el criterio «una hipoteca, una deuda», hemos de concluir que se han de constituir tantas hipotecas como deudores haya en la relación obligatoria.

c) Reflexión final

En base a lo expuesto parece que la regulación del derecho de hipoteca, al menos en la interpretación que del mismo hace la reciente jurisprudencia de la DG, responde al principio de que cada hipoteca sólo puede garantizar una deuda, por lo que el criterio de la DG resultaría acertado.

(12) Ver *Fundamentos de Derecho civil*, tomo I, Tecnos, 1979, pág. 416.

Sin embargo, tal conclusión entiendo que ha de ser matizada. Es más, creo que la DG lleva demasiado lejos, en ocasiones, el mencionado principio. Sobre este punto me remito a lo que diremos más adelante al ocuparme de la hipoteca cambiaria y de la de máximo.

LA HIPOTECA RECAYENTE SOBRE LAS CUOTAS INDIVISAS QUE ATRIBUYEN EL USO EXCLUSIVO DE UNA PLAZA DE APARCAMIENTO

1. *Presentación del tema*

Acabamos de analizar diversos problemas que plantea el carácter o tipo de obligación en relación con su hipoteca. Ahora vamos a cambiar de perspectiva: del estudio de la obligación pasamos al del bien que garantiza su cumplimiento. En concreto, dentro de este tema, hemos elegido para su estudio dos temas: uno, la distribución de responsabilidad hipotecaria entre las cuotas de propiedad que atribuyen el uso exclusivo de un aparcamiento; dos, la hipoteca de la posición jurídica del arrendatario financiero. Comencemos con el primero de ellos.

Como sabemos, la explotación de garajes ubicados en edificios constituidos en régimen de propiedad horizontal se verifica o bien constituyéndolos como fincas independientes o bien transmitiéndolos por cuotas de propiedad sobre el local, cada una de las cuales atribuye el uso exclusivo de cierta plaza de aparcamiento que se identifica por su número. Tales cuotas, cuando se transmiten, pueden abrir su propio folio registral en base al artículo 68 RH.

Vamos a estudiar, por tanto, los problemas de índole hipotecaria que plantea este tipo de propiedad.

2. *La doctrina de la DG en relación a los garajes explotados por cuotas indivisas*

La DG considera que la cuota de propiedad con adscripción de uso de aparcamiento que se identifica meramente por un número no configura una finca registral. Tal cuota, por tanto, no es una finca sino una mera medida de la participación de cada comunero en la copropiedad compartida del local.

Este criterio aparece recogido en las Resoluciones de 8 de mayo de 1995 y 26, 29 y 30 de abril de 1996 (estas tres últimas referidas a supuestos idénticos). En ellas se indica que para que exista una verdadera finca se precisa delimitar de modo suficiente una superficie que forme una unidad en el tráfico. Ahora bien, tal delimitación no se logra simplemente asignando a una cuota un número de plaza de aparcamiento.

Las consecuencias de que tal cuota no sea considerada una finca son muy importantes, ya que en este caso el Registro, aunque ampara el derecho de copropiedad del titular, no protege la atribución del uso de una plaza concreta.

Como consecuencia de lo anterior, si el titular de la cuota tiene atribuido el uso de, por ejemplo, la plaza número 10 se considera inscribible la venta de la cuota con atribución de una plaza distinta (ya que el Registro es ajeno al número de plaza que se atribuye en uso). La protección registral, por tanto, incluye el derecho de copropiedad pero no la atribución del uso de determinado aparcamiento.

Por ello el principio de tracto sucesivo registral (y los restantes principios hipotecarios) se aplican a la cuota pero no a la atribución de uso, de modo que siempre que el titular venda su cuota, o una medida inferior, la escritura será inscribible, aunque transmita simultáneamente un derecho de uso sobre una plaza distinta a la que le pertenece.

3. *La distribución de responsabilidad hipotecaria entre las cuotas que atribuyen el uso de plazas de aparcamiento*

El punto clave de la doctrina expuesta, como hemos visto, es que la cuota no configura una finca sino que simplemente es una medida del derecho del copropietario sobre el local. La DG en las Resoluciones de 5 y 7 de enero de 1998 ha continuado desarrollando tal criterio, aplicándolo al importante tema de la distribución de responsabilidad hipotecaria.

En estas Resoluciones se trataba de la venta de cuotas de propiedad de una planta de garajes sujeta a hipoteca. La cuota conlleva el uso exclusivo de una plaza de aparcamiento que se identifica por su número. Además, y con el consentimiento expreso del acreedor hipotecario (que comparecía en la escritura), se precisaba qué parte de la total responsabilidad hipotecaria quedaba gravando la citada cuota.

Presentadas las escrituras en el Registro de la Propiedad se deniega la inscripción de la responsabilidad hipotecaria. Interpuestos los correspondientes recursos, la DG confirma la nota denegatoria (si bien en base a argumentos distintos de los expuestos por el Registrador en la defensa de la nota).

El razonamiento que emplea el Centro Directivo tiene como punto de partida el que las normas sobre tal distribución (contenidas en los arts. 119 y sigs. LH) se aplican cuando la hipoteca recae sobre varias fincas. Si negamos que la cuota con atribución de plaza de aparcamiento sea una finca resultará que no habrá pluralidad de fincas sino pluralidad de cuotas sobre una sola finca. Por tanto no es posible distribuir la responsabilidad entre varias fincas precisamente porque sólo hay una.

Las consecuencias de tal conclusión son muy importantes, ya que si no se admite la distribución cada uno de los titulares de una cuota con asignación de aparcamiento responde la total carga hipotecaria; es más, el incumplimiento de cualquiera de los cotitulares puede provocar la ejecución sobre todas las plazas de aparcamiento.

Por tanto, en defecto de distribución resulta que la carga hipotecaria es solidaria para todos los copropietarios del local-garaje de manera que, en caso de que el total local esté gravado con hipoteca, sería muy desaconsejable que la venta de garajes se instrumentará a través de la transmisión de cuotas del local.

Sin embargo pensamos que la nueva regulación legal de la materia, como veremos en el siguiente epígrafe, viene a dar una solución a la explotación de garajes por cuotas, permitiendo su adecuada configuración como fincas tanto en sentido material como registral.

4. *La nueva regulación de las cuotas con atribución de plaza de aparcamiento en el Reglamento Hipotecario*

La primera conclusión que obtenemos, a la vista de los problemas enunciados, es que las cuotas que atribuyen el uso de una plaza de aparcamiento, para quedar debidamente protegidas desde una perspectiva jurídica, han de estar configuradas como fincas registrales. Sólo de este modo gozarán de la plena protección de nuestro sistema inmobiliario.

Pues bien, el concepto de finca presupone delimitar de forma adecuada un espacio susceptible de aprovechamiento independiente sobre el que se pueda proyectar el derecho de propiedad.

Se trata, por tanto, de identificar qué requisitos ha de tener la cuota con atribución de plaza para delimitar debidamente dicho espacio y quedar constituida como una finca autónoma.

No bastará, a estos efectos, con establecer que «a tal cuota le corresponde el uso de la plaza número X», ya que la identificación sólo por el número de plaza, como vimos, es insuficiente para cumplir dicho fin.

En realidad la respuesta sobre qué requisitos descriptivos ha de reunir la cuota para configurar una finca viene recogida en la actualidad en el Derecho positivo, en concreto el artículo 68.3 RH (en la redacción dada por el Real Decreto de 4 de septiembre de 1998, sobre reforma del RH) (13), que establece lo siguiente:

(13) Tal precepto reitera lo que ya estableció el artículo 53.b) del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, sobre normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de los Actos de Naturaleza Urbana.

«Para hacer constar la adscripción de uso y disfrute exclusivo de una zona determinada del garaje o estacionamiento, deberá incluirse en el título la descripción pormenorizada de la misma, con fijación de su número de orden, linderos, dimensiones perimetrales y superficie útil, así como la descripción correspondiente a los elementos comunes, la cual deberá hacerse con referencia a un plano, cuya copia testimoniada se archivará en el Registro». Este régimen es igualmente aplicable a la transmisión de cuota indivisa de locales del edificio destinados a trasteros.

Por tanto cuando la cuota con atribución o adscripción de uso se describe cumplimentando los requisitos descriptivos del artículo 68.3 RH, cabe entender que se delimita de forma suficiente el espacio relativo a cierto aparcamiento o trastero. Como consecuencia de ello, en estos casos, podemos hablar de que tal cuota configura una finca tanto en sentido material como registral.

Calificar a la cuota así descrita como una verdadera finca tiene, en mi opinión, importantes consecuencias:

- En primer lugar, la inscripción registral cubre tanto el derecho de copropiedad como la atribución de uso sobre una concreta plaza de aparcamiento. Por ello si, por ejemplo, tengo inscrito el uso de la plaza número 10, el Registro garantiza que mi derecho existe y que recae precisamente sobre dicha plaza y no otra.
- En segundo lugar si las cuotas ahora son verdaderas fincas sí será posible distribuir la responsabilidad hipotecaria entre las mismas. Por ello entiendo que la doctrina de las Resoluciones de 5 y 7 de enero de 1998, que acabamos de estudiar, no es aplicable a la cuotas del local-garaje que cumplan con los requisitos del artículo 68.3 RH.

LA HIPOTECA DE LA POSICIÓN JURÍDICA DE ARRENDATARIO FINANCIERO

1. *Presentación del tema*

El «leasing», también denominado «arrendamiento financiero», es un negocio jurídico en el que existen dos elementos personales (prescindimos del «proveedor» en cuanto no es parte en el vínculo contractual):

- Por una parte, la entidad propietaria de la cosa objeto del negocio, que es la cedente o arrendadora financiera.
- Por otra, el sujeto que asume la posición de usuario o arrendatario financiero adquiriendo un complejo de derechos y obligaciones que incluye, entre otros posibles pactos, un derecho de uso con opción de compra a cambio de un canon periódico.

A lo largo de la exposición, y como es lógico, sólo vamos a referirnos al «leasing» de inmuebles. Se trata de determinar si cabe o no la hipoteca de los derechos que dimanen de tal relación jurídica:

- La doctrina (14), con carácter general, admite que el derecho de propiedad de la entidad arrendadora es susceptible de ser hipotecado. Eso sí, el ejercicio de la opción por el arrendatario financiero supondría la pérdida de la titularidad dominical de la entidad cedente lo que conlleva, a su vez, la extinción de la hipoteca constituida sobre tal propiedad.
- Sin embargo, lo que ahora me interesa es la posibilidad de hipotecar la posición jurídica de la contraparte, esto es, la del arrendatario financiero. Tal cuestión, como iremos viendo, plantea numerosas dudas. Pues bien, las posibles dificultades han quedado en buena medida disipadas con la aparición de la importante Resolución de 26 de octubre de 1998; en tal Resolución, y en los términos que veremos, se concluye que la posición jurídica del arrendatario financiero es hipotecable. Pasemos a su estudio.

2. *El debate sobre la hipotecabilidad de la posición jurídica del arrendatario financiero*

Para abordar la cuestión que analiza la citada Resolución emplearemos un método consistente en ir exponiendo los distintos problemas que plantea tal hipoteca y los argumentos que emplea la DG para solucionarlos. Comencemos.

a) La primera dificultad para admitir su hipotecabilidad concierne a la naturaleza jurídica del «leasing».

Como sabemos, la hipoteca inmobiliaria recae sobre la propiedad o los derechos reales existentes sobre un bien inmueble. Por tanto, la admisión de tal hipoteca presupone aceptar que el arrendatario financiero ostenta una titularidad jurídico-real sobre el inmueble.

En contra de tal calificación se manifiestan quienes equiparan el «leasing» con un derecho de arrendamiento y, por tanto, la posición del usuario con la de un arrendatario dotado de un derecho meramente personal.

(14) En tal sentido, cabe citar a MANUEL-ANGEL RUEDA PÉREZ, «Aspectos sustantivos del *leasing* sobre inmuebles», en *Jornadas sobre leasing de inmuebles*, Consejo General del Notariado y otros, Córdoba, 1990. En la página 80 señala «la transmisibilidad, embargabilidad e hipotecabilidad de la propiedad de la entidad de arrendamiento financiero no tiene ninguna duda».

En cuanto a la definición del «leasing», en dicha obra se contienen diversas definiciones —incluyendo la del propio MANUEL-ANGEL RUEDA— a las que me remito.

Cabe invocar, en apoyo de tal afirmación, las normas reguladoras del «leasing» (básicamente la Disposición Adicional 7.^a de la Ley de 29 de julio de 1988, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito) en las que se emplea el término «arrendamiento financiero», lo que parece sugerir que el elemento decisivo del negocio es la cesión de uso a cambio de renta configurándose el «leasing» como un arriendo de naturaleza personal.

La DG, y siempre en relación al concreto negocio que analiza, desmonta tal argumento de modo contundente. Comienza señalando que el «leasing» no es un derecho de arrendamiento sino, tal y como señala la jurisprudencia del TS, un contrato complejo y atípico cuyo contenido no es uniforme.

Por tanto, para determinar su naturaleza jurídica, hay que consultar, caso por caso, el contenido del contrato, analizando sus estipulaciones para determinar de qué figura se trata. Pues bien, de la valoración global del clausulado (15) se desprende que se trata de un negocio que produce en favor del arrendatario financiero la transmisión gradual y fraccionada de las facultades y obligaciones inherentes a la propiedad de la cosa.

Precisamente, en base a dicha afirmación, la DG entiende que la titularidad dominical del denominado arrendador financiero es más bien de índole formal, aunque con vocación de plenitud para el caso de incumplimiento.

Todo lo contrario ocurre con la posición del arrendatario financiero, la cual sí es equiparable a la de un *verus dominus*, si bien sujeta a limitaciones.

Para llegar a tales conclusiones la DG se basa en dos elementos de convicción:

- En primer lugar señala que es el propio clausulado del contrato el que asimila la posición jurídica del usuario, con ciertas limitaciones, a la de un propietario. De esta forma, continúa razonando, a través de diversos pactos se atribuyen al usuario facultades y obligaciones propias del estatuto jurídico de la propiedad. Cabe citar en tal sentido, entre otras y a título ejemplificativo, las siguientes: existe en favor del usuario un inmediato desplazamiento posesorio; también se le atribuye el ejercicio de las acciones que surjan como consecuencia de la reclamación por saneamiento y evicción de la cosa objeto del negocio; el usuario asume la obligación de realizar todas las reparaciones de la cosa (no sólo las ordinarias sino también las extraordinarias —que en

(15) La DG necesariamente se ocupa de un concreto contrato de *leasing* con un clausulado determinado (el recurso ha de versar sobre el caso particular en que se plantea, sin perjuicio de que la DG pueda, al fundamentar su concreta respuesta, realizar afirmaciones de carácter general). Lo importante es que tal clausulado era, por lo que puede deducirse de los hechos, muy similar al de la mayoría de *leasings* inmobiliarios que vemos en nuestros despachos; por ello sus conclusiones son de aplicación general.

principio deberían corresponder al dueño—); son de cuenta pagos previstos para asegurar la integridad de la propiedad, como ocurre con la obligación de pagar las primas del seguro de daños, etc.

Por tanto, las cargas del propietario recaen, no en el cedente, sino más bien en el arrendatario financiero.

- Pero hay todavía un segundo aspecto reseñable. La DG, en esta línea equiparadora entre usuario y propietario, da un paso más. En efecto, considera equiparable la posición del usuario a la del comprador que adquiere con precio aplazado garantizado mediante condición resolutoria expresa.

De esta forma estima que el usuario es como un comprador. En ambos casos existe un derecho de propiedad, aunque también en ambos tal derecho sea claudicante en cuanto que queda supeditado al íntegro cumplimiento de las obligaciones asumidas (el comprador, bajo condición resolutoria, pagar el precio; el usuario, pagar los cánones y ejercitar la opción).

En base a la doble argumentación apuntada, la DG entiende que el arrendatario financiero tiene sobre el inmueble una titularidad de carácter real y, por ello, susceptible de hipoteca.

Un punto adicional de interés en la Resolución que estudiamos es que la DG, al decidir sobre el recurso planteado, ha de manifestarse sobre un tema debatido en la doctrina: el de precisar la naturaleza jurídica del «leasing» inmobiliario.

Son diversas las teorías explicativas que se han ofrecido al respecto: se equipara, como vimos, a un arrendamiento; o se ve en él una operación de crédito con atribución de una titularidad fiduciaria de garantía en favor de la sociedad arrendadora; o bien, se califica como una figura *sui generis*.

Parecería que la doctrina de la DG está más bien cercana a la conceptualización del «leasing» como una compraventa con precio aplazado y reserva de dominio, ya que nos dice que se trata de un negocio complejo y atípico que provoca una adquisición aplazada de la propiedad en favor del arrendatario financiero.

b) Como conclusión de los razonamientos expuestos, cabe señalar que el arrendatario financiero tiene una titularidad real sobre la cosa. Sin embargo para que su derecho sea susceptible de hipoteca, no basta con tal circunstancia, ya que existen titularidades jurídico-reales que no son hipotecables. En tal sentido negativo cabría ofrecer un triple argumento:

- Los derechos de uso y habitación y otros mencionados en el artículo 108 LH, pese a su indiscutida condición de reales, no son hipotecables.
- La lista de bienes y derechos hipotecables contenida en la LH (arts. 106 y sigs.) no menciona el correspondiente al arrendatario financiero.

- En tal enumeración se mencionan como hipotecables bienes o derechos, pero no posiciones jurídicas complejas comprensivas tanto de derechos como obligaciones.

Sin embargo las objeciones expuestas son superables. En cuanto a la primera (concerniente a la prohibición del art. 108 LH) tales derechos reales no son hipotecables en la medida, y por la razón, de que no son transmisibles. El problema, por tanto, es precisar en qué forma es transmisible la posición jurídica del arrendatario financiero (cuestión que abordaremos en el siguiente epígrafe).

Respecto a la no inclusión del «leasing» en la enumeración de bienes susceptibles de hipoteca es algo razonable dado que el «leasing» es una figura novedosa, de aparición posterior a la actual versión de la LH. Además, también se puede razonar a contrario, señalando que su hipoteca no está prohibida por lo que, en la medida en que tenga naturaleza real y sea transmisible, debe presumirse su carácter hipotecable (art. 106.2 LH).

Más delicada es la tercera objeción: el arrendatario financiero o usuario no tiene un mero derecho sino algo más complejo, esto es, una posición contractual constituida por derechos y deberes.

Entiendo que, desde la perspectiva de los principios, no hay inconveniente en sujetar a hipoteca una posición jurídica compleja: en caso de ejecución, el adquirente se subrogará en la misma, disfrutando sus derechos y quedando sometido al cumplimiento de sus obligaciones (las cuales no tienen, salvo pacto, carácter personalísimo, sino que son de índole patrimonial).

Ahora bien, ya hemos indicado que la condición de hipotecable presupone el carácter de transmisible, ya que la ejecución de la hipoteca comporta la transmisión forzosa de la cosa dada en garantía. El problema radica en que la transmisión de una posición contractual, en este caso la de arrendatario financiero, presupone el consentimiento de la contraparte (por aplicación de las reglas sobre cesión de contratos).

En el caso concreto solventado por la citada Resolución, la propia arrendadora financiera era la acreedora hipotecaria, por lo que la existencia de tal consentimiento resultaba evidente (16). Sin embargo en los restantes casos, esto es, aquéllos en los que la entidad arrendadora no sea parte en la hipoteca, hay que concluir que para hipotecar la posición del arrendatario financiero se precisará el consentimiento de tal sociedad arrendadora. De este modo se cumplimentan los requisitos de transmisibilidad de la posición jurídica del arrendatario financiero y se posibilita su hipoteca.

(16) Se trataba de dos «leasings», uno muy anterior al otro: la arrendadora era la misma en ambos y lo mismo ocurría con la arrendataria. Pues bien, la arrendataria en garantía de cumplir el pago del segundo *leasing* hipotecaba su posición jurídica en el primero (en el que presumiblemente ya casi había pagado todas las cuotas).

3. *Resumen*

La doctrina de la Resolución de 26 de octubre de 1998, se puede sintetizar en las siguientes ideas:

- El «leasing» es un negocio complejo y atípico de contenido no uniforme. Para determinar su carácter real habrá que estudiar caso por caso su contenido.
- Si las facultades que su clausulado confiere al arrendatario financiero son más bien las propias del dominio, estaremos en presencia de una transmisión gradual y fraccionada de la propiedad, y con ciertas limitaciones, en favor de tal usuario. La posición jurídica de dicho arrendatario financiero conlleva una titularidad de naturaleza real.
- Ahora bien, en cuanto la hipoteca recae sobre una posición contractual compleja, dotada de derechos pero también de obligaciones, la hipotecabilidad de la misma presupone el consentimiento de la contraparte, en orden a cumplir los requisitos de transmisibilidad de lo hipotecado.

LA EXTENSIÓN DE LA HIPOTECA RESPECTO A LOS INTERESES

La DG, durante el período que estudiamos, se ha pronunciado reiteradamente sobre diversas cuestiones que plantea el tema de la cobertura de los intereses que devenga el préstamo hipotecario. Pese a que las Resoluciones sobre esta materia han sido abundantes, la DG, en mi opinión, dista de haber clarificado adecuadamente este tema.

Vamos a tratar, por tanto, de identificar algunos de los problemas fundamentales que plantea la cobertura de los intereses (17).

En la exposición de esta materia comenzaremos diferenciando dos topes o límites en relación a los intereses garantizados. Comencemos.

1. *El tope de intereses garantizados como delimitador del derecho real de hipoteca de máximo*

a) Tratándose de hipoteca de máximo (y, según la DG, los son todas las que garantizan intereses variables; esto es, según dicho criterio, lo son casi todas las que autorizamos hoy en día los notarios) diversas Resoluciones

(17) Sobre este tema es importante el trabajo de JOSÉ ANTONIO GARCÍA VILA, «Comentario con ocasión de las Resoluciones de la DGRN de 16, 17 y 26 de diciembre de 1996», en *La Notaría*, 2/1997, págs. 191 y sigs.

exigen fijar un tope a los intereses garantizados. Pero atención, tal límite no es el que prevé el artículo 114 LH, sino que es un tope o cobertura que define y delimita lo que es el propio derecho de hipoteca.

Por ello, en cuanto consustancial a toda hipoteca de máximo, dicho límite juega no sólo frente a terceros, sino también respecto a las partes.

Por ello, dice la DG, en una hipoteca de máximo no cabe señalar cierto tope a los intereses garantizados «a los solos efectos de terceros» ya que, en ese caso, quedaría sin definir un aspecto del derecho de hipoteca (el aspecto *inter partes*), lo que produciría una vulneración del principio de especialidad (ver, entre otras, Resoluciones de 26 de diciembre de 1996 y 24 de agosto de 1998).

Insisto en que las anteriores afirmaciones tienen sentido tratándose de hipoteca de máximo, ya que en este supuesto la propia obligación principal garantizada está indeterminada *ab initio*. Si la hipoteca es ordinaria cabe mantener que la garantía de intereses sólo tiene límite frente a terceros (por imposición del art. 114 LH) pero no entre las partes (18).

El hecho de que la cobertura hipotecaria de los intereses no tengan límite *inter partes*, no significa que la reclamación del acreedor carezca de condicionantes. Así, por ejemplo, puede que su derecho a reclamar los intereses haya prescrito por haber transcurrido más de cinco años desde su devengo (art. 1.966.3 del Código Civil).

b) Tras el análisis expuesto podemos fijar las siguientes conclusiones:

- En la hipoteca de máximo, tanto frente a terceros como *inter partes*, es preciso señalar unos topes de cobertura respecto a los intereses garantizados. Por contra, en la hipoteca ordinaria o de tráfico no es preciso establecer tal delimitación.
- Tales topes delimitadores son distintos de las limitaciones a la cobertura de intereses fijadas por el artículo 114 LH, las cuales se aplican tanto a las hipotecas de máximo como a las ordinarias, pero sólo surten efecto frente a terceros (no se aplican *inter partes*). Pasemos a estudiar el mencionado límite del artículo 114 LH.

(18) GARCÍA VILA, *op. cit.*, pág. 196, cita, en contra de lo dicho, la STS de 12 de marzo de 1985, en la que señala que el tope de cinco años del artículo 114 LH es aplicable tanto para las partes como para los terceros.

No obstante, el autor se muestra decididamente favorable a considerar que en la hipoteca ordinaria, entre las partes, no existe límite a la cobertura de intereses; además, señala, que la STS mencionada es un caso aislado.

2. *El límite de la cobertura de intereses frente a terceros del artículo 114 LH*

En el epígrafe anterior nos hemos referido a un límite general, consustancial al derecho real de hipoteca de máximo, y que, por ello, jugaba tanto entre las partes como frente a terceros. Ahora vamos a estudiar un límite de cobertura de los intereses distinto, que es el contenido en el artículo 114 LH.

Vamos a recordar el tenor literal de la norma: «Salvo pacto en contrario, la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue interés no asegurará, con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente. En ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años».

El estudio de la norma citada plantea diversas cuestiones merecedoras de análisis:

a) En primer lugar nos ocuparemos del ámbito de aplicación del precepto.

El límite impuesto por el artículo 114 LH (que sólo permite garantizar los intereses de hasta cinco años, si así se conviene expresamente; en la práctica siempre se suele incluir tal pacto de extensión de la cobertura) se aplica a todas las hipotecas sean ordinarias o de máximo.

Por otro lado, como dijimos, sólo tiene eficacia, tal y como señala expresamente el precepto, respecto a «terceros». Pero ¿quiénes son los «terceros»? El concepto es más restringido de lo que parece a primera vista:

- Si la finca hipotecada se transmite, su adquirente sólo será tercero si no se subroga en la deuda personal garantizada hipotecariamente. Si se produce tal asunción, el tercero ya no es tal sino que deviene parte. Es importante señalar que en la práctica el mencionado pacto de asunción de deuda es muy frecuente entre los adquirentes de fincas hipotecadas.
- Más juego tiene el concepto de tercero respecto a los titulares de cargas posteriores a la hipoteca. Tienen tal consideración, por ejemplo, los titulares de asientos posteriores de hipoteca o de anotación preventiva de embargo. Tales sujetos, en cuanto son terceros, pueden verse beneficiados por la limitación de la cobertura de intereses relativa a la hipoteca preferente a los mismos.

b) Corresponde ahora el estudio de un segundo problema interpretativo. Se trata de determinar si el artículo 114 LH no sólo limita la cobertura de los intereses ordinarios sino también la de los de demora.

Son dos las respuestas posibles:

- De acuerdo a la primera de ellas el artículo 114 LH sólo limitaría la cobertura de los intereses ordinarios. El fundamento de tal respuesta radica en que no hay que mezclar ambas modalidades de intereses, dado que tienen distinta naturaleza jurídica: así los ordinarios retribuyen el precio del dinero aplazado mientras que el devengo de los intereses de demora indemniza los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de la obligación de pago.

Por tanto, si el precepto sólo se refiere a los intereses sin mencionar expresamente los de demora, éstos han de quedar excluidos. Dado que la limitación de los intereses de demora, respecto a terceros, es algo que parece razonable, quizá quepa entender que existe en este punto una laguna legal (19).

- Sin embargo no es ésta la postura de nuestro Centro Directivo. En efecto, en las Resoluciones citadas y también en otras (así en las de 23 de octubre de 1987 y 22 de julio de 1996) la DG considera que en el cómputo del mencionado límite han de acumularse tanto los intereses ordinarios como los de demora.

Tal solución me parece, por la razón apuntada anteriormente, sumamente dudosa (20).

c) Pasemos a analizar el tercer problema que plantea la interpretación del artículo 114 LH.

Dicho precepto, como venimos diciendo, permite garantizar los intereses de hasta cinco años. La duda que surge es determinar cuál es el interés que hay que multiplicar por cinco para obtener el límite de cobertura. Ello se debe a que, en el contexto de un préstamo, el término «interés» puede tener una pluralidad de significados: ordinario inicial, ordinario máximo, demora inicial, demora máxima.

- En primer lugar cabe entender que la base para tal cálculo ha de ser el tipo de interés ordinario pactado inicialmente. Tal es la opinión de la nota de calificación en diversas Resoluciones. El fundamento radica en que, en el momento de inscribirse el préstamo hipotecario y controlarse la legalidad de la cobertura de intereses, el único tipo que existe es el ordinario inicial.

(19) Laguna que podría quedar solventada aplicando el plazo quinquenal del artículo 114 LH, pero no en forma directa sino por vía analógica. Eso sí, sin acumular en el cómputo intereses ordinarios y de demora.

(20) Para una valoración crítica de la doctrina de la DG, en este punto ver LÓPEZ LIZ, en la obra ya citada de ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, págs. 163 y 164.

Fijémonos que con esta respuesta se penaliza de modo indirecto a los Bancos que conceden el préstamo inicial a un tipo más bajo (el denominado vulgarmente «tipo de enganche»).

- En segundo lugar cabe considerar que la cifra que hay que multiplicar por cinco debe ser no el interés ordinario inicial sino el interés ordinario pactado como máximo.
- Finalmente, y ésta es la tercera respuesta que se ofrece, sería defendible tomar como base no el interés ordinario sino el tipo de interés de demora. En este caso se permite una mayor cobertura de intereses, ya que el interés de demora es siempre superior al ordinario.

El fundamento para esta respuesta radica en que si el interés de demora se entiende incluido en el artículo 114 LH, a efectos del cómputo de intereses cubiertos, también podemos tenerlo presente para determinar la base de cálculo que emplea dicho precepto. Recordemos que, a su vez, el interés de demora también puede presentar dos variantes: el tipo de demora inicialmente pactado y el que se fija a efectos de máximo.

Personalmente, como ya dije, pienso que los intereses de demora no deberían quedar incluidos en el límite del artículo 114 LH. Ahora bien si, de acuerdo al planteamiento de la DG, hay que subsumirlos en dicho precepto, sería razonable que el tipo de demora pudiera tomarse como multiplicando.

Sin embargo la DG, en las Resoluciones estudiadas, opta por la segunda de las tres soluciones apuntadas indicando que la base de cálculo para el cómputo del límite quinquenal del artículo 114 LH lo constituye el máximo pactado para el interés ordinario.

3. *La extensión de la hipoteca a los intereses capitalizados: el pacto de anatocismo*

El pacto de anatocismo es aquél por el que se prevé que los intereses no satisfechos a su respectivo vencimiento se acumulen al capital para, como aumento del mismo, devengar nuevos intereses.

La DG, en la reciente Resolución de 14 de enero de 1997 (confirmando el criterio ya establecido desde la Resolución de 20 de mayo de 1987) considera, en mi opinión acertadamente, que tal pacto no es inscribible por un doble motivo:

- Primero: La hipoteca, en el momento de su constitución, señala el capital que garantiza. Pues bien, la capitalización de los intereses impagados vulnera el límite fijado registralmente como garantía del capital y, además, impediría saber al tercero cuál es la cifra definitiva

del capital. El anatocismo convertiría el capital garantizado en una cifra variable e inestable.

- Segundo: El principio de especialidad registral impide que, en caso de ejecución de la hipoteca, los intereses se puedan reclamar englobados en el capital. Además, llevando los intereses al capital, se podría vulnerar, por vía indirecta, el límite del artículo 114 LH, ya que los intereses se garantizarían y cobrarían, no como tales intereses, sino como capital.

4. *La posición del acreedor respecto a los intereses no cubiertos por el derecho real de hipoteca*

El acreedor, en los términos vistos, puede ver limitado su derecho a reclamar los intereses devengados mediante una acción real hipotecaria.

Pero ello no significa que, fuera de tales límites, el acreedor carezca de toda protección. Aunque carezca de acción real tiene a su disposición las pertinentes acciones personales.

Así lo reconoce el artículo 147 LH que expresamente permite al acreedor reclamar, a través de la correspondiente acción personal, aquellos intereses que no puede solicitar mediante la acción real hipotecaria. Además, continúa el precepto, en caso de concurso, su crédito tiene la condición de escriturario (lo que tiene relevancia a efectos del art. 1.924.3 del Código Civil).

Hasta este punto hemos analizado diversos problemas comunes a todo tipo de hipotecas. A continuación, en la segunda parte de nuestro estudio, vamos a referirnos a las Resoluciones de la DG recaídas durante el período 1996-1998, en relación a tres concretas modalidades de hipoteca (cambiaria, en garantía de obligaciones al portador y de máximo). Comenzaremos con la hipoteca cambiaria.

RESOLUCIONES QUE AFECTAN A MODALIDADES CONCRETAS DEL DERECHO DE HIPOTECA

LA HIPOTECA CAMBIARIA

La hipoteca cambiaria es una hipoteca de seguridad que se constituye en garantía del crédito incorporado a una letra de cambio u otros efectos comerciales a la orden.

Nuestro Derecho positivo regula la hipoteca en garantía de títulos endosables (recordemos que la letra es el título endosable por excelencia) pero tal

regulación está pensando no en la emisión de títulos singulares sino en títulos que son emitidos en masa. Por ello la aplicación de tal normativa, contenida en los artículos 154 y siguientes de la LH, a la hipoteca cambiaria plantea numerosas lagunas y problemas interpretativos. Tal es la razón por la que su régimen jurídico ha sido fijado por vía jurisprudencial. De ahí la importancia de la doctrina de la DG sobre esta materia.

Pues bien durante el período que estudiamos se ha producido la importante Resolución de la DG de 18 de diciembre de 1996 que incide decisivamente en el régimen jurídico de la hipoteca cambiaria. El estudio de tal Resolución podemos hacerlo diferenciando los aspectos sustantivos y los aspectos formales. Comencemos por los aspectos sustantivos.

1.º *Aspectos sustantivos*

a) El problema sustantivo básico que aborda y resuelve la citada Resolución es el de si la hipoteca en garantía de varias letras de cambio es única o plural.

Veamos las dos respuestas posibles:

- De acuerdo a una primera posición doctrinal es admisible que una sola hipoteca garantice varias letras de cambio.

En favor de esta idea se alega lo dicho por el artículo 154 LH, precepto que, como dijimos, constituye el fundamento de la admisión de la hipoteca cambiaria en nuestro Derecho. Dicho artículo permite constituir una única hipoteca en garantía de una pluralidad de títulos endosables o al portador emitidos en serie. Si bien la letra no es un título emitido en serie, sí lo es a la orden, por lo que se entiende que existe base suficiente para la aplicación analógica de tal artículo.

Por ello se admite una hipoteca en garantía de varias letras de cambio. Tal criterio supone, en definitiva, flexibilizar o, mejor dicho, excepcionar el principio, ya citado anteriormente, «una deuda, una hipoteca».

La propia DG, en las Resoluciones de 31 de octubre de 1978 y de 18 de octubre de 1979, se manifestó en favor de esta tesis.

- La postura doctrinal opuesta es la que entiende que debe haber tantas hipotecas como letras de cambio se garanticen.

Tal es la opinión que sustenta la Resolución de 18 de diciembre de 1996, que ahora estamos estudiando. Dicha Resolución provoca un cambio de criterio radical respecto a la doctrina que la propia DG había establecido en las Resoluciones anteriormente citadas.

Se basa dicha tesis en que, en este punto concreto, no es posible la aplicación analógica del artículo 154 LH a la hipoteca cambiaria. La Resolución mencionada entiende que debemos diferenciar dos supuestos distintos:

- El primer supuesto es la emisión en serie de una pluralidad de obligaciones.

En este caso, pese a ser varias las obligaciones, se configura un empréstito único, en el que cada obligación no tiene un carácter plenamente autónomo. Por ello cabe hablar de una única deuda —el empréstito—, lo que justifica el criterio del artículo 154 LH, autorizatorio de una única hipoteca.

- El segundo supuesto consiste en la emisión de varias letras de cambio.

En este caso no estamos ante títulos emitidos en serie sino que se libran en forma individual. Por tanto, cada una de ellas configura una obligación autónoma, llamada a desenvolverse en forma independiente, de acuerdo a los principios de incorporación, literalidad y autonomía. Incluso cada letra puede ser exigida aisladamente y provocar una ejecución hipotecaria separada.

La doctrina de la DG presupone, aunque no se mencione expresamente, la aplicación del criterio «una hipoteca, una deuda». Por ello si cada letra es una obligación autónoma e independiente y la hipoteca sólo puede garantizar una única obligación, necesariamente se ha de entender que existen tantas hipotecas como letras de cambio.

En conclusión: la Resolución de 18 de diciembre de 1996 establece que existen tantas hipotecas distintas como letras de cambio se garanticen.

El criterio expuesto tiene importantes repercusiones a la hora de configurar el régimen jurídico de la hipoteca cambiaria. Pasemos a estudiarlas.

b) La distribución de responsabilidad hipotecaria

En el supuesto analizado por la Resolución de 18 de diciembre de 1996, se trataba de la hipoteca en garantía de varias letras que, además, recaía sobre varias fincas.

Recordemos, como punto de partida, que lo que determina la necesidad de distribuir la responsabilidad hipotecaria no es la pluralidad de letras sino la pluralidad de fincas: la responsabilidad hipotecaria no se distribuye entre letras sino entre fincas.

El análisis genérico de la distribución de tal responsabilidad en la hipoteca cambiaria, en base a la premisa establecida por la Resolución que estudiamos (esto que existen tantas hipotecas como letras), exige diferenciar tres supuestos distintos:

1.º Si el gravamen recae sobre una sola finca, aunque sean varias las letras, no cabe distribución de responsabilidad hipotecaria, ya que tal distribución, como acabamos de decir, presupone no pluralidad de letras sino de fincas. Lo oportuno en este caso es constituir varias hipotecas sobre la finca gravada (tantas como letras).

Ahora bien, la pluralidad de hipotecas cambiarias sobre una finca obliga a señalar el orden de las mismas, precisando cuál es primera, segunda, etc. La alternativa a todo ello es incluir en la escritura de constitución de tales hipotecas el pacto de igualdad de rango entre las mismas (art. 227 RH).

Por tanto, si la finca es única aunque las letras (y sus respectivas hipotecas) sean varias, no cabe distribución de responsabilidad.

2.º Si la obligación garantizada está incorporada a una única letra de cambio y la hipoteca recae sobre varias fincas es necesario distribuir la responsabilidad hipotecaria entre ellas. Así lo impone la regla general del artículo 119 LH.

3.º Si hay varias letras y son varias las fincas hipotecadas, de nuevo es obligatorio distribuir la responsabilidad. En este supuesto se combinan las reglas que acabamos de enunciar para los dos anteriores.

Dado que existen varias hipotecas, cada una de ellas ha de señalar a qué finca afecta, y si la hipoteca en garantía de una letra recae sobre dos o más fincas se precisará distribuir la responsabilidad entre tales fincas.

En realidad las conclusiones anteriores no son propiamente consecuencia de que cada letra tenga su propia garantía hipotecaria. Aunque la hipoteca de varias letras se considerase que es única si recae sobre varias fincas también hubiere sido preciso distribuir la responsabilidad entre las mismas.

c) Pacto de vencimiento anticipado

Tal pacto tiene lugar cuando en la escritura de constitución de hipoteca se conviene que el impago de cualquiera de las cambiales será causa de vencimiento anticipado de las demás, con lo que se posibilita que la hipoteca se reclame por la totalidad de las letras garantizadas (21).

Dicho pacto consta en la escritura de constitución de hipoteca pero no en la letra de cambio. Por tanto, de acuerdo al principio de literalidad de la letra, tal pacto no podrá afectar a los tenedores de la letra en cuanto no consta en la misma; tal circunstancia parecería considerar que no cabe admitir el mencionado pacto de vencimiento anticipado. Sin embargo la cuestión es más compleja.

(21) Sobre este extremo, ver ALBIOL MARES, «Comentario a la Resolución de 18 de diciembre de 1996», en *La Notaría*, 2/1997, en concreto, págs. 227 y 228.

De nuevo el tratamiento jurídico que ha de recibir este pacto varía según se considere que la hipoteca en garantía de varias letras tiene carácter unitario o plural. Distinguiremos, de nuevo, ambos supuestos:

1.º Si se considera que la hipoteca es única, tal pacto es admisible.

Es cierto que se plantearían graves problemas si todas las letras no pertenecen al tenedor ejecutante; en este caso los restantes acreedores ignorarían que su letra ya está vencida y la hipoteca en ejecución, con lo que podrían quedar al margen de la ejecución y no beneficiarse del dinero obtenido en la subasta.

Para evitar tal inconveniente la DG en las Resoluciones de 31 de octubre de 1978 y 23 de octubre de 1981, en orden a admitir la validez del pacto de vencimiento anticipado, exigieron que se explicitara que al interponerse la demanda, además de presentarse los documentos señalados en el artículo 131 LH, el tenedor-acreedor cambiario aportará todas las cambiales cuyo cobro ha sido garantizado y son de vencimiento posterior a la letra impagada (en mi opinión también habría que presentar todas las de vencimiento simultáneo a la letra que se ejecute).

2.º La doctrina anterior queda superada por la contenida en la Resolución de 18 de diciembre de 1996.

Si se considera que hay tantas hipotecas como letras, entonces no tiene sentido que la ejecución de una letra arrastre a la de hipotecas distintas.

La ejecución unitaria de todas las letras es razonable si la hipoteca es única. Si las letras son autónomas entre sí y las hipotecas son independientes una de otras, el incumplimiento de una de ellas es irrelevante en relación a las demás letras e hipotecas.

Por tanto, de acuerdo a este planteamiento, ya no parece admisible el pacto sobre vencimiento anticipado de las cambiales, ya que:

- Tal y como dijimos, vulnera el principio de literalidad de la letra.
- Haría depender entre sí obligaciones que operan en forma autónoma unas de otras.
- Sólo tiene sentido provocar una ejecución unificada si la hipoteca es única, no si hay varias hipotecas.

d) Cancelación

El punto clave del que vamos a ocuparnos es determinar si la cancelación de la hipoteca cambiaría se rige por las reglas generales o, por contra, se aplican también las normas especiales contenidas en el artículo 156 LH que se refiere a la cancelación de la hipoteca en garantía de obligaciones endosables o al portador.

El artículo 156 LH, en lo que ahora nos interesa y referidas a títulos al portador (22), contiene dos reglas sobre cancelación parcial de hipoteca: en el párrafo cuarto autoriza tal cancelación parcial cuando estén debidamente inutilizadas obligaciones que representen una décima parte de la total emisión; en el párrafo quinto se permite tal cancelación cuando las obligaciones inutilizadas representen la total responsabilidad de una finca determinada, aunque su importe no llegue a la décima parte.

Se trata, por tanto, de determinar si la cancelación de la hipoteca cambiaria se rige por las normas generales o, por contra, también se aplican las normas especiales del artículo 156 LH. Todo ello presupone, de nuevo, acudir a la doctrina establecida por la Resolución de 18 de diciembre de 1996 y diferenciar los siguientes supuestos:

1.º Si se considera que la hipoteca en garantía de varias letras es una única hipoteca, la cancelación parcial ha de encauzarse por la vía del artículo 156 LH (que, a fin de cuentas, es un precepto previsto para el supuesto de una hipoteca en garantía de una pluralidad de títulos).

Tal ha venido siendo el criterio de la DG. Así, en el supuesto de hecho de la Resolución de 15 de enero de 1991, existían varias fincas en garantía de varias letras de cambio. El deudor, invocando el artículo 156 LH, pretende liberar una de las fincas en virtud de un acta notarial que acredita que están en poder del deudor letras por importe equivalente a la responsabilidad a la que está afecta tal finca, letras que representan más del 10 por 100 de la total obligación. La DG confirma tal pretensión y ordena que se inscriba la cancelación parcial solicitada.

2.º Por contra, si consideramos que hay tantas hipotecas como letras, el tratamiento de la cancelación de la hipoteca cambiaria, separándose de los criterios del artículo 156 LH, ha de sujetarse a las reglas generales. En tal sentido cabe señalar lo siguiente:

- Si la letra está parcialmente pagada la hipoteca continúa en vigor. Recordemos, a estos efectos, que el portador de una letra no puede rechazar un pago parcial; el librado podrá exigir que tal circunstancia se haga constar en la letra y que se le dé recibo del mismo, artículo 45 LCCh. En este caso sólo se podrá cancelar parcialmente la hipoteca si el acreedor lo consiente.
- Si una letra está íntegramente pagada, la hipoteca que la garantiza queda extinguida, y ello con independencia de que el importe de dicha letra no represente el 10 por 100 de la total deuda incorporada a las letras emitidas para incorporar el crédito resultante de la relación sub-

(22) La doctrina considera que tales reglas también son aplicables a los títulos endosables: así ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, págs. 421 y 422.

yacente. En realidad ni siquiera tiene sentido hablar de «total deuda», ya que la deuda que representa cada letra sería independiente de la de las demás.

- Si la garantía de una letra recae sobre dos o más fincas, la responsabilidad entre ellas debe estar debidamente distribuida. Por tanto, se aplican las reglas generales de los artículos 119 y siguientes de la LH; como consecuencia de ello, el tercer poseedor podrá liberar su concreta finca si abona el importe de que responde la misma. Por contra, entre partes, todas las fincas gravadas responden solidariamente de la letra.
- Si hay varias letras y varias fincas las reglas sobre cancelación son una combinación de las anteriores: el pago de la letra extingue la obligación principal y, por ello, su garantía hipotecaria. Quedará libre la finca o fincas que estaban gravadas en garantía de la letra pagada.

f) Recapitulación crítica

Vemos, por tanto, cómo el régimen jurídico de la hipoteca cambiaria es muy distinto según consideremos que la hipoteca es única o que existen tantas hipotecas como letras de cambio.

Sin embargo el criterio de la Resolución de 18 de diciembre de 1996, favorable a la pluralidad de hipotecas, es, quizá, un tanto discutible.

Su fundamento radica, no propiamente en el principio de especialidad (al que se hacía referencia en la mencionada Resolución) sino en el criterio «una obligación, una hipoteca». Pero posiblemente las exigencias de dicho criterio, en relación a la hipoteca cambiaria, se estén llevando demasiado lejos, por una doble razón:

- En primer lugar, dicho principio tiene un apoyo normativo escaso e indirecto (23). El hecho de que su fundamento sea más doctrinal que de Derecho positivo debe movernos a emplearlo con cautela.
- En segundo lugar se dice que, en el supuesto del artículo 154 LH, la pluralidad de obligaciones endosables o al portador no obsta al carácter unitario del empréstito, lo que permite la constitución de una sola hipoteca. Pues bien, en el supuesto de emisión de varias letras de cambio también puede existir cierto aspecto unitario, lo que justificaría una garantía hipotecaria única.

(23) Remitimos a lo ya dicho y a lo que se dirá más adelante en sede de hipoteca de máximo.

El mencionado carácter unitario de la emisión de varias letras puede hallarse, tratándose de hipoteca cambiaria, en la relación jurídica subyacente. Imaginemos que las letras que se emiten incorporan el precio aplazado de una compraventa: aunque la obligación cambiaria se independice de la relación subyacente todas las letras documentan la contraprestación de un mismo negocio jurídico. La causa de la emisión en el momento inicial es común a tales cambiales, con independencia de que posteriormente operen en el tráfico en forma abstracta.

Tal unidad causal subyacente, nunca totalmente desvinculada de las letras (antes hemos dicho que la letra es un título abstracto: en realidad sólo lo es en alguna de las relaciones que despliega, en las otras sigue siendo causal), quizá permitiera encontrar un punto de conexión último entre las diversas letras que permitiese que la hipoteca que las garantice sea única.

2.º Aspectos formales

La Resolución de 18 de diciembre de 1996 clarifica dos aspectos de índole formal, relativas a las circunstancias a consignar en la letra garantizada con hipoteca.

a) La constancia de la constitución de la hipoteca en la letra de cambio

Se considera necesario que se haga constar en la letra garantizada los datos de la fecha y Notario autorizante de la escritura de constitución de la hipoteca. Los argumentos son los siguientes:

- Es una exigencia derivada de la aplicación analógica del artículo 154, último párrafo de la LH.
- Sólo de esta forma el ulterior tenedor de la letra puede tomar conocimiento de la existencia de la hipoteca y del protocolo notarial en el que recabar información adicional.

b) La constancia de los datos de inscripción de la hipoteca en la letra de cambio

Por contra, la mencionada Resolución no considera necesario hacer constar en la letra los datos de la inscripción registral de la hipoteca. Por ello no es necesario presentar las letras en el Registro de la Propiedad con dicho fin.

El fundamento para tal exigencia, en opinión del Registrador calificador, radicaba en la aplicación analógica del artículo 154.3 LH.

Sin embargo, la DG considera innecesario aplicar dicho precepto a la hipoteca cambiaria por los siguientes motivos:

- El artículo 154 LH no se aplica íntegramente a la hipoteca cambiaria. Hay que interpretar cuáles de sus mandatos han de integrar el régimen jurídico de tal hipoteca y cuáles no.
- Si en la letra ya se consigna quién es el Notario autorizante y los datos de su escritura, todos los interesados pueden conocer que existe la hipoteca y dónde informarse sobre su clausulado y condiciones. La mencionada información notarial (que permite identificar la finca registral que se grava), a su vez, permite acceder a la información registral.
- La propia ley de circulación de las letras aconseja no inmovilizarlas (en este caso, en el Registro de la Propiedad) sin motivo justificado.
- La letra es un título formal por lo que, en principio, sólo hay que consignar las menciones legalmente exigidas. Además no existe en la Ley Cambiaria y del Cheque una previsión equivalente a la contenida en su artículo 36 respecto del aval (que es un ejemplo de garantía que necesariamente ha de insertarse en la letra o en su suplemento).

La Resolución de 18 de diciembre de 1996 es más bien polémica en el tratamiento de los temas sustantivos. Sin embargo es francamente acertada en el tratamiento de los dos aspectos de índole formal que acabamos de analizar.

LA HIPOTECA EN GARANTÍA DE OBLIGACIONES AL PORTADOR

1. *Planteamiento de la cuestión*

En este epígrafe no vamos a emplear el término «obligación» como equivalente a «deuda» sino, en un sentido documental, como título-valor negociable y emitido en serie que representa una fracción de un empréstito.

En la práctica, junto a las emisiones promovidas por grandes sociedades, tenía lugar con relativa frecuencia la emisión de obligaciones al portador con garantía hipotecaria por parte de personas físicas. Tales emisiones se solían documentar en un pequeño número de títulos y, a veces, se pretendía dejar indeterminada la persona del primer tenedor invocando que tales títulos lo eran al portador ya desde el momento inicial.

Lo cierto es que la creación de tales obligaciones por particulares se contemplaba, en ocasiones, con cierta prevención ya que, dado su carácter al portador, se decía que provocaban la aparición de títulos fiscalmente opacos, que favorecían la elusión de las normas fiscales.

Pues bien, además de las posibles complicaciones de índole fiscal, se plantearon ciertos problemas jurídicos que estudiaremos a continuación.

Antes de entrar en el análisis de la hipoteca en garantía de obligaciones al portador, hemos de señalar que la Disposición Adicional 3.^a de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 23 de marzo de 1995 sólo permite emitir obligaciones a las sociedades anónimas y a las comanditarias por acciones. Por tanto ya no es posible la emisión de obligaciones por parte de personas físicas. Sin embargo la doctrina fijada por la DG mantiene su interés, ya que es perfectamente aplicable a las futuras emisiones que verifiquen las sociedades que sí pueden emitir las.

La posición de la DG respecto a la validez de tales emisiones, y, por tanto, de su garantía hipotecaria, se ha centrado en dos aspectos distintos:

- En un primer momento (quizá presuponiendo la validez de los títulos emitidos) se plantea la cuestión de determinar si tales emisiones quedan sujetas a los requisitos que impone el artículo 26 de la Ley de Mercado de Valores (en adelante LMV), que incluye la previa auditoría de cuentas de los estados financieros del sujeto emisor y el cumplimiento de ciertas obligaciones formales y de información (que, en los casos concretos planteados ante la DG, no habían sido cumplimentadas por los recurrentes).

Por tanto, no se cuestionaba la validez de las obligaciones emitidas, sino la aplicación a las mismas de la normativa sobre mercado de valores.

La DG (así en la Resolución de 5 de noviembre de 1990) consideró que, si las obligaciones se emiten en serie, se ha de aplicar la LMV.

- Por contra en las Resoluciones de 17 de septiembre de 1996 y 24 de enero de 1997, que son las que ahora nos interesan, la DG ya no se centra en la aplicabilidad o no de los requisitos de la LMV. Ahora se ocupa de un problema previo como es determinar si los documentos librados por el emisor son verdaderas obligaciones.

A continuación vamos a hacer un estudio conjunto de las dos últimas Resoluciones mencionadas, comenzando por describir el supuesto de hecho.

2. *El supuesto de hecho*

Las circunstancias fácticas pueden resumirse en los siguientes términos: unas personas físicas hipotecan una finca de su propiedad en garantía del cumplimiento de un documento (dos en el caso de la Resolución de 1997) que denominan expresamente como «obligación al portador» (en ellos se reconoce

el derecho del tenedor a cobrar cierta cantidad al tiempo del vencimiento de tal «obligación». El primer tenedor del documento comparece en la escritura y queda debidamente identificado (24).

3. *La calificación de la obligación garantizada*

Recordemos que la LH, en su artículo 154, permite la hipoteca en garantía de títulos al portador. Por tanto lo primero que hemos de estudiar es si la deuda que se quiere garantizar con hipoteca es un verdadero título al portador. La respuesta será positiva si se trata de una verdadera obligación en sentido documental, ya que éstas, efectivamente, son títulos-valores (25).

En este punto, el planteamiento de la parte recurrente y el de la DG divergen:

- a) La parte recurrente entiende que estamos en presencia de verdaderas obligaciones al portador y, por ello, ante títulos-valores; a estos efectos sería irrelevante que se emita una sola obligación o varias: el documento librado es un título-valor que puede circular y que se abonará a quien acredite ser su tenedor.
- b) La DG, por contra, entiende que el documento o documentos que se quiere garantizar hipotecariamente no son verdaderas obligaciones al portador y, por ello, no son títulos-valores.

El punto de partida para obtener tal conclusión lo constituye el hecho de que en nuestro ordenamiento la determinación de cuáles son los títulos-valores, y qué requisitos han de reunir para ser considerados como tales, no corresponde a las partes sino a la ley. Por tanto, la autonomía de la voluntad ni puede crear nuevos títulos-valores ni modificar los requisitos legalmente exigidos para configurar los ya existentes.

(24) En la Resolución de 5 de noviembre de 1990, la DG señaló como uno de los defectos que impedian la inscripción de la hipoteca en garantía de obligaciones al portador la indeterminación del tenedor inicial: si el título sigue en poder del emitente —por no haberlo aceptado todavía el primer tenedor— se daría entrada a una hipoteca de propietario (la cual está prohibida por nuestro Derecho). Para evitar tal obstáculo, en los supuestos de las dos Resoluciones que estamos estudiando, comparecía ante Notario el primer tenedor de las obligaciones, con lo que quedaba acreditada la existencia e identidad del tenedor.

(25) Cabe entender la obligación desde una doble perspectiva: desde un punto de vista sustantivo, como parte de un préstamo; desde un punto de vista documental, como un título-valor que incorpora el derecho de crédito del obligacionista frente al sujeto emisor.

Ver en tal sentido, JOAQUÍN GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo 1, 1976, pág. 532.

Pues bien, la DG concluye que los documentos objeto de las Resoluciones que estudiamos no son obligaciones al portador en base a un esquema argumental que podemos desarrollar en tres fases:

1.º Las obligaciones en sentido documental han de estar emitidas en serie. Tal requisito no se cumple en los casos estudiados, en que la emisión se produce en forma aislada (recordemos que sólo se emite uno o dos documentos).

2.º Por ello, ya que no cabe entender que son verdaderas obligaciones al portador, y la autonomía de la voluntad no puede crear nuevos títulos-valores, los documentos emitidos sólo tendrán tal condición si son equiparables a alguno de los títulos-valores legalmente admitidos.

Sin embargo el título o títulos referidos no cumplen los requisitos correspondientes a ninguno de aquéllos.

La DG considera que, en el presente caso, el emitente verifica una promesa de pago, similar a un «pagaré», en favor de quien resulte tenedor del documento. Sin embargo tales títulos no son verdaderos «pagarés» por una doble razón: la primera es de índole formal, ya que no se consigna en el documento la denominación de «pagaré»; la segunda y decisiva, de carácter sustantivo, consiste en que tal título no puede ser un pagaré por la sencilla razón de que en nuestro ordenamiento no se admite el pagaré al portador (el art. 94.5.º de la Ley Cambiaria y del Cheque, respecto al pagaré, exige consignar en el mismo el nombre de la persona a quien haya de hacerse el pago o a cuya orden se haya de efectuar —esto es, ha de ser nominativo o a la orden—).

Por tanto los títulos objeto de garantía hipotecaria en las dos Resoluciones que estudiamos, no pueden ser calificados de obligaciones en sentido documental por no estar emitidos en serie, ni tampoco pueden asimilarse a otros títulos-valores admitidos por nuestro ordenamiento (en concreto pagarés) por no reunir los requisitos legalmente establecidos para ello.

Se concluye, en base a lo expuesto, que los mencionados títulos no son verdaderos títulos-valores sino meros documentos probatorios de la relación causal existente entre las partes.

3.º Entremos ahora en la tercera fase argumental. Si tales documentos no se consideran títulos-valores es inadmisibile su garantía hipotecaria por las siguientes razones:

- No cabe fundamentar su hipoteca en el artículo 154 LH, ya que este precepto sólo se refiere a la garantía de verdaderos títulos a la orden o al portador.
- Pero tampoco cabe acudir a otra modalidad hipotecaria distinta, ya que tales documentos, en cuanto operan desvinculados del contrato causal,

tienen carácter abstracto. Y en tal sentido hemos de recordar que, en nuestro ordenamiento jurídico sólo cabe desvincular un crédito de su relación subyacente cuando así lo permite la Ley de modo expreso (que es precisamente lo que ocurre con los títulos-valores).

Por ello la pretendida hipoteca de tales documentos no es válida, ya que garantiza una obligación abstracta, lo que provoca una desconexión entre el crédito y su garantía, vulnerando tanto el principio de especialidad como el carácter accesorio de la hipoteca (26).

La DG, por las razones expuestas, concluye que tales hipotecas no son válidas (27).

4. *Valoración crítica*

La doctrina de la DG que acabamos de exponer merece una opinión favorable en cuanto al resultado (denegar la inscripción de la hipoteca) pero su fundamentación podría ser, en mi opinión, más acertada.

Está claro que la hipoteca que regulan los artículos 154 y siguientes de la LH no puede garantizar el pago de cualquier título o documento que creen las partes sino sólo aquéllos que sean verdaderos títulos-valores endosables o al portador.

Por tanto para que el título sea hipotecable de conformidad con dichos preceptos ha de tratarse de una obligación en sentido documental. A su vez, el documento de que se trate, para recibir tal calificación, ha de cumplir un doble requisito: primero, estar emitido en serie; segundo, ser negociable. La DG sólo se fija en el primero de ellos y, sin embargo, se han de combinar ambos requisitos para forjar el criterio distintivo entre una verdadera obligación documental y otros posibles documentos que no lo son. Haremos una breve referencia a cada uno de ellos.

(26) En las dos Resoluciones estudiadas también se planteaba en el recurso si era necesario, en su caso, aplicar a la emisión de las obligaciones los requisitos de la legislación de mercado de valores (comunicación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, publicidad, registro del folleto informativo, auditoría previa de los estados financieros del emisor). Ahora bien, el no considerarse tales títulos como obligaciones al portador hizo innecesario resolver tales temas.

(27) La DG ha vuelto a reiterar recientemente la doctrina de que, dado nuestro sistema causal de negocio jurídico, no es posible la hipoteca en garantía de una obligación abstracta; ver en tal sentido la Resolución de 30 de marzo de 1998 (sobre hipoteca de un reconocimiento abstracto de deuda).

a) La emisión en serie

La obligación es un título que se ha de emitir en serie. Por tanto es evidente que no se cumple tal requisito cuando sólo se emite un pequeño número de títulos.

La Resolución de la DG de 5 de noviembre de 1990, como ya dijimos, consideró el carácter seriado de la emisión como el punto clave para determinar la existencia de verdaderas obligaciones documentales. Y tal parece ser el criterio de las dos Resoluciones posteriores que estamos analizando, del cual arranca toda la argumentación posterior sobre si los documentos emitidos son o no verdaderas obligaciones documentales.

Sin embargo tal requisito, por sí solo, es insuficiente como principio diferenciador, ya que puede ser que el número de títulos emitidos sea muy elevado, se haga en forma simultánea, las características de los documentos sean uniformes y, además, que todos ellos respondan a una operación unitaria; si se dan tales circunstancias se cumpliría, al menos aparentemente, el requisito de la emisión en serie. Y sin embargo no me parece que ello sea suficiente para que el documento merezca la consideración de obligación en sentido documental. Por ello hemos de completar lo expuesto acudiendo a una segunda exigencia.

b) La negociabilidad

La negociabilidad del título es el criterio decisivo para determinar si un determinado documento es efectivamente una verdadera obligación documental, y por ello un título-valor.

Tal negociabilidad no puede identificarse con la mera transmisibilidad, ya que, en principio, todos los derechos patrimoniales son transmisibles (art. 1.112 del Código Civil) (28). Para que lo transmisible sea además negociable hay que cumplir una exigencia adicional.

En tal sentido consideramos que un título es negociable cuando su suscripción se ofrece al público en forma genérica, esto es, cuando su tráfico se verifica de forma generalizada e impersonal en un mercado de índole financiera.

Por ello la obligación es negociable en cuanto tiene un destinatario indeterminado, como ocurre cuando se dirige al público en general. Tal motivo la convierte en idónea para cumplir fines de carácter financiero, pero no propiamente los de tipo comercial (29).

(28) En tal sentido, ver BELLOCH JULBE, «La emisión de obligaciones y otros títulos con garantía hipotecaria», en *AAMN*, XXXIV, págs. 174 y sigs.

(29) Sobre la distinción papel comercial-papel financiero y la importancia del destinatario genérico en la emisión de obligaciones, ver GIMÉNEZ DUART, «Comentario a la

En conclusión, y completando la doctrina de la DG, hemos de decir que la obligación es un verdadero título-valor, y por ello susceptible de ser garantizada hipotecariamente en los términos del artículo 154 LH, si reúne el doble requisito de ser negociable y estar emitida en serie.

c) La aplicación de los requisitos contenidos en la LMV

Llegado a este punto hemos de añadir que si la obligación se emite en serie y con carácter negociable a tal emisión se le aplicará en todo caso el artículo 26 de la LMV, relativo a los requisitos de tal emisión desde la perspectiva del mercado de valores.

El fundamento es el siguiente. La LMV se aplica a «los valores negociables emitidos por personas o entidades, públicas o privadas, y agrupados en emisiones» (art. 2 LMV). Los documentos se presentan en forma de «emisión», como ya hemos dicho, precisamente cuando surgen en serie y tienen carácter negociable. Por tanto, las obligaciones que se emiten al portador sólo son válidas si son seriadas y negociables y, a su vez, si cumplen ambos requisitos quedan bajo el imperio de la LMV (en cuyo caso les resulta de aplicación a tales obligaciones los requisitos contenidos en el art. 26 LMV).

d) Resumen

En base a las afirmaciones anteriores, la emisión de obligaciones al portador con garantía hipotecaria ha de cumplir los siguientes requisitos, en orden a que su hipoteca sea válida e inscribible:

- Ha de estar emitida por una sociedad anónima o comanditaria por acciones (Disposición Adicional 3.^a LSRL).
- La emisión ha de estar hecha en serie y los títulos emitidos han de tener carácter negociable.
- Además de los requisitos generales y específicos previstos para la emisión de obligaciones y la constitución de hipoteca (legislación mercantil e hipotecaria respectivamente) se han de cumplimentar los correspondientes a la LMV (30).

Resolución de 17 de septiembre de 1996», en *La Notaría*, 10/1996, en especial nota a pie de página.

(30) No obstante, el artículo 30 LMV excepciona ciertas emisiones de lo dispuesto en el artículo 26 LMV y concordantes.

LA HIPOTECA DE MÁXIMO

La hipoteca de máximo es una modalidad de hipoteca que plantea ciertos conflictos jurídicos en la práctica notarial-registral, y ello se trasluce en la abundancia de Resoluciones sobre este tema (31). Se trata de una figura jurídica flexible, y esta misma nota de flexibilidad es la que explica por una parte el gran uso que se hace de la misma y, por otra, las dudas interpretativas que suscita.

Entre los diversos problemas que ha tratado la DG sobre la hipoteca de máximo hemos seleccionado, para su análisis, los dos siguientes:

- La calificación de la garantía de los intereses variables como hipoteca de máximo.
- La posibilidad de garantizar con una sola hipoteca de máximo una pluralidad de operaciones entre cierto acreedor y cierto deudor, las cuales se unifican (o pretenden unificar) por su ingreso en una cuenta bancaria.

Comencemos con el primero de ellos.

1. *La hipoteca en garantía de un préstamo con intereses variables como hipoteca de máximo*

La doctrina consolidada de la DG (ver, por ejemplo, la reciente Resolución de 24 de agosto de 1998, que reitera lo ya establecido por otras anteriores) considera que la hipoteca en garantía de un préstamo con interés variable es, necesariamente, una hipoteca de máximo (32).

(31) El estudio de la modalidad de hipoteca calificada como de máximo suscita, en mi opinión, numerosas incertidumbres. Desde luego tal modalidad no está contemplada en nuestro Derecho positivo, por lo que se trata de una construcción doctrinal. Incluso hay quien opina que la hipoteca de máximo «no supone una verdadera categoría de hipoteca, sino simplemente una *cualidad* de ciertas hipotecas que afecta, no a la constitución, sino a la ejecución» (la cita es de GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ SAAVEDRA, en «Hipotecas especiales: problemática actual de las hipotecas de seguridad y de máximo», en *Hipotecas y Seguridad Jurídica*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1991, pág. 231).

Por tanto, lo primero que ignoramos sobre la hipoteca de máximo es si verdaderamente existe como tal hipoteca.

(32) La hipoteca de máximo es la que se constituye por una cantidad máxima en garantía de créditos indeterminados en su existencia o cuantía, que sólo se indican en sus líneas fundamentales, y cuya determinación se efectúa por medios extrahipotecarios.

La definición es de ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, pág. 317.

La calificación de la hipoteca en garantía de los intereses variables como de máximo plantea, al menos, dos interesantes problemas jurídicos:

a) El primero de ellos es determinar si, en este caso, estamos en presencia de una garantía única o plural.

Son dos las respuestas posibles:

1.º Vayamos con la primera. De acuerdo con este criterio si el préstamo lo es a interés variable tendríamos, en realidad, dos hipotecas: una ordinaria o de tráfico, por el capital (que es una cifra fija y «determinada»), y otra de máximo por los intereses variables (cifra variable e «indeterminada»).

Pero no nos detengamos aquí. Siguiendo la lógica de esta idea deberíamos hablar de una tercera hipoteca de máximo por los intereses de demora (cuya existencia e importe también son inciertos *ab initio*) (33), de una cuarta para las costas (cuya eventual existencia e importe queda indeterminado hasta el momento de su liquidación) y, porqué no, de una quinta por los gastos extrajudiciales si también se garantizan (de momento también indeterminados en su existencia y cuantía).

2.º Ocupémonos ahora de la segunda respuesta. El presupuesto lógico de la misma consiste en que no parece muy razonable provocar este fraccionamiento de la garantía. Por ello entiendo más acertado propugnar una segunda opción consistente en entender que la hipoteca sigue siendo única, aunque ya no sea ordinaria sino de máximo (además, como veremos luego, defenderé que en este supuesto —el préstamo a interés variable— la hipoteca sigue siendo ordinaria).

Esto es, el préstamo hipotecario con interés variable provoca una única deuda aunque ésta tenga, o mejor pueda tener, varios componentes (capital, intereses, demoras...). Siendo la deuda única también lo es su garantía hipotecaria.

Son diversas las razones que abogan por esta segunda postura:

- Precisamente porque sólo hay una hipoteca y no varias es por lo que en la práctica no se tiene que estipular el pacto de igualdad de rango entre la que garantiza el capital y la que garantiza los intereses o las costas (el pacto de igualdad de rango lo contempla el art. 227 RH).
- Además no cabe la ejecución separada de los intereses por un lado y el capital por otro. La deuda es única y por ello su ejecución queda unificada, referida al conjunto de lo debido por los diversos integrantes de tal deuda. Si acudimos a los modelos de préstamo hipotecario

(33) Quizá, más exactamente, la hipoteca en garantía del interés de demora lo es de una obligación futura: si el devengo de los intereses de demora se produce alguna vez, lo será en un momento futuro, posterior a la constitución de la hipoteca.

empleados por las entidades de crédito, el incumplimiento del pago de los intereses o el capital es causa de vencimiento anticipado, no de tales intereses o capital aisladamente considerados, sino de la total deuda garantizada, esto es, del total préstamo.

- Pero si los anteriores argumentos son relevantes, el que me parece fundamental radica en que, ya desde el momento de estipular la garantía, está clara la voluntad de las partes de configurar un único negocio jurídico —el préstamo hipotecario— que responde a una causa única. Por ello surge, lógicamente, una sola obligación y, por ello, procede una sola hipoteca (34).

b) Ahora vamos a dirigir nuestra atención a la idea que se encuentra en el núcleo central del planteamiento de la DG: se trata de debatir, tal y como he anunciado, si es acertado calificar a la hipoteca del préstamo a interés variable como hipoteca de máximo (35).

Personalmente entiendo que tal criterio es dudoso por varias razones:

1'. El primer motivo ya lo hemos apuntado: si se califica la hipoteca en garantía del interés variable como hipoteca de máximo parece disociarse artificialmente entre la garantía del capital (cuya hipoteca sería ordinaria) y la de los intereses (cuya hipoteca sería de máximo). Sin embargo tal deslinde no es adecuado ya que, como vimos, la deuda es única y también su hipoteca.

2'. El segundo argumento se deriva de las consecuencias que resultan de considerar a la hipoteca de máximo como una variedad de la hipoteca de seguridad.

En efecto, en la hipoteca de seguridad, como dice ROCA SASTRE (36), «la fe pública registral, así como la legitimación por el Registro, no se extienden del derecho real de hipoteca al correspondiente crédito garantido, por quedar la existencia o cuantía de dichos créditos supeditados a la realidad jurídica extrarregistral...».

(34) El carácter unitario de la deuda principal y los intereses también podemos constatarlo en la condición resolutoria expresa. Tal condición sólo puede garantizar el precio aplazado del inmueble (art. 1.504 del Código Civil). Sin embargo la DG permite que también cubra los intereses en cuanto que también forman parte de la contraprestación (económicamente los intereses son también precio, en cuanto retribuyen el aplazamiento del mismo). De nuevo vemos como la obligación principal (precio) y la accesoría (intereses) operan en forma unitaria.

Ver Resoluciones de 5, 6, 7 y 19 de febrero de 1990, reiterada en otras posteriores (por ejemplo, Resolución de 5 de julio de 1992).

(35) La crítica a la mencionada doctrina de la DG (que considera de máximo la hipoteca del interés variable) ya la verificó en su momento GARCÍA VILA, en su trabajo «comentarios a las Resoluciones de la DGRN de 16, 17 y 26 de diciembre de 1996», en *La Notaría* 2/1997, págs. 201 a 204.

(36) *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, pág. 289.

Tal afirmación provoca que el tercer adquirente o cesionario del crédito hipotecario no quede garantizado por el Registro de la Propiedad. Por ello, en opinión del citado ROCA SASTRE, el artículo 144 LH (que contempla dicha protección al tercero cesionario) se aplica en el supuesto de hipoteca ordinaria, pero no en el de hipoteca de seguridad (37).

Sin embargo en la hipoteca en garantía de un préstamo con interés variable, el crédito garantizado sí debe quedar subsumido en el artículo 144 LH, ya se describe de modo suficiente como que el tercer adquirente pueda beneficiarse de la publicidad material del Registro. Por tanto, el tratamiento que recibe en este punto no es el propio de la hipoteca de seguridad sino el de la hipoteca ordinaria.

3'. La tercera razón hace referencia a la formación del título ejecutivo.

Tratándose de hipotecas de máximo, y a diferencia de lo que ocurre con la hipoteca ordinaria, la deuda no está inicialmente determinada (el «título constitutivo» no tiene todavía los requisitos para ser un «título ejecutivo»). Por ello el título, para devenir ejecutivo, se ha de completar de acuerdo a un sistema de liquidación de la deuda en la que el deudor goce de suficientes garantías:

- En tal sentido se entiende que dicho procedimiento, en el supuesto de hipotecas de máximo concedidas por entidades de crédito, ha de ser el contemplado en el artículo 153 LH (que prevé que sea la parte acreedora quien liquide la deuda mediante un certificado librado por ella unilateralmente en base a sus libros de contabilidad, pero a la vez se concede un derecho de oposición al deudor, quien puede impugnar en plazo tal liquidación).
- Sin embargo, en el supuesto que estamos estudiando, el préstamo hipotecario con interés variable, de nuevo nos separamos de las reglas aplicables a la hipoteca de máximo: en efecto, para determinar la deuda ejecutivamente reclamable no se acude al mencionado artículo 153 LH sino al artículo 131.3.º 4.º LH. Este precepto prevé un sistema liquidatorio distinto, ya que se limita a exigir que se aporte el documento que, en base a las oportunas operaciones aritméticas, permita determinar el interés aplicable (que, tratándose de tipos de referencia oficiales, será el ejemplar del *BOE* que los publique).

Por tanto, la formación del título ejecutivo, en la reclamación del préstamo hipotecario con interés variable, se hace no conforme a las reglas de la hipoteca de máximo sino a las de la hipoteca ordinaria.

(37) *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, pág. 294.

4'. Expongamos ahora el cuarto y último argumento.

Parece razonable entender, como punto de partida, que la hipoteca ordinaria es el supuesto general y que la hipoteca de máximo es la excepción.

Sin embargo si se entiende que cualquier indeterminación en la cuantía de la deuda provoca que su hipoteca lo sea de máximo, resultará que, en la práctica, casi todas merecerán tal calificación. Con ello logramos que la excepción —la de máximo— sea la regla general y, simétricamente, que la hipoteca ordinaria sea algo excepcional.

Por tanto, no parece prudente aceptar que la existencia de cualquier indeterminación en alguno de los elementos integrantes de la deuda provoque que su garantía hipotecaria lo sea de máximo.

De hecho, cierta previa indeterminación en la cuantía de la deuda que se reclamará es consustancial a la mayoría de las deudas aplazadas. E insisto en que tal circunstancia no ha de provocar necesariamente que su hipoteca lo sea de máximo.

Vamos a desarrollar esta idea; comprobemos como la indeterminación va en buena medida unida al préstamo hipotecario. Con tal fin diferenciaremos dos tipos de indeterminación:

a') Supuestos en que la indeterminación de la deuda garantizada existe desde el momento inicial en que se constituye la hipoteca

El préstamo hipotecario se encuentra en esta situación en los siguientes casos:

- Si el préstamo hipotecario lo es a interés variable, como ocurre abundantemente en la práctica, la propia variabilidad suscita una evidente indeterminación en la cuantía de los intereses devengados. La DG, como venimos diciendo, y por este motivo, califica su hipoteca como de máximo.
- Pero si el interés del préstamo es fijo también existe una clara indeterminación en cuanto a cuál será el posible importe de la deuda garantizada, ya que ésta puede integrarse, asimismo, por conceptos de existencia incierta como son las demoras y las costas.
- Es más, incluso en el supuesto en que sólo se garantizara el interés fijo (prescindiendo de las demoras y costas, lo cual es meramente un caso de laboratorio) también surge la indeterminación. En efecto, en la hipoteca ordinaria, entre acreedor y deudor, no existe límite a los intereses cubiertos (38). Por tanto, en el momento inicial, se ignora

(38) Los motivos por lo que no ha de existir límite entre las partes a la cobertura de intereses son tres:

— De derecho positivo: el artículo 114 LH expresamente señala que el límite a la cobertura de intereses en la hipoteca sólo opera frente a terceros.

que es lo efectivamente garantizado entre partes, ya que la garantía de los intereses es ilimitada (y sin perjuicio de que el acreedor no pueda reclamar los intereses prescritos).

Por tanto resulta que tanto si el préstamo es a interés variable como si lo es a interés fijo existe, ya desde el momento inicial constitutivo, una indeterminación respecto a la cifra que constituirá la deuda finalmente reclamada. Si entendemos que tal indeterminación provoca que su hipoteca, necesariamente, lo sea de máximo, resultará que la hipoteca ordinaria prácticamente desaparece de la práctica notarial-registral.

b') Supuestos en que la indeterminación surge en el momento de reclamar la deuda garantizada con la hipoteca

Hasta ahora nos hemos referido al préstamo hipotecario que devenga intereses. Detengámonos ahora en la garantía del capital.

Es cierto que la deuda principal, en el momento constitutivo, está debidamente determinada. Sin embargo, si la hipoteca se ejecuta suele surgir, en la práctica, un problema de determinación de la cifra debida.

Me explico. En la mayor parte de los casos los préstamos tienen el carácter de deudas de amortización; esto es, el capital se satisface a lo largo del tiempo mediante pagos periódicos de acuerdo a una tabla de amortización. Tales pagos pueden acceder al Registro de la Propiedad practicándose la oportuna nota marginal del artículo 240 RH.

Sin embargo, en la práctica, los pagos parciales no se suelen hacer constar en tal Registro ya que, para el común de los prestatarios, son pagos de pequeña cuantía, de modo que los costes y molestias de la constancia registral no compensan (39).

Por ello, cuando llegado el caso, la parte acreedora reclama el capital adeudado, normalmente por el procedimiento ejecutivo ordinario del artículo 131 LH, resulta que existe una discordancia entre el Registro y la realidad

— De orden histórico: la Exposición de Motivos de la LH de 1861 ya señalaba que, mientras no exista tercero que pueda ser perjudicado, «conserva toda su fuerza la regla de que es extensiva la hipoteca a la seguridad de todos los intereses».

— De orden doctrinal: En tal sentido cabe aportar nada menos que la opinión de ROCA SASTRE. Ver su *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, pág. 79.

La DG, como venimos diciendo, al menos respecto a la hipoteca de máximo, considera que sí existe límite a la cobertura de intereses incluso entre partes.

(39) Imaginemos, como viene siendo frecuente en la práctica, un préstamo a treinta años que se paga por cuotas mensuales. Se trata de 360 pagos: será muy raro que el deudor cada vez que paga una cuota obtenga un documento público acreditativo de tal pago y lo lleve al Registro en orden a practicar el asiento oportuno.

extrarregistral. En efecto, en aquél consta como deuda la totalidad del capital mientras que en la realidad lo adeudado al acreedor es una cifra distinta, a determinar en base a qué cuotas han quedado impagadas.

De nuevo surge la indeterminación o incertidumbre que ha de ser solventado con la práctica de operaciones extrarregistrales, determinando qué cuotas son las pagadas y cuáles las debidas.

Incluso si la deuda no fuere de amortización, sino que debiere pagarse al final del plazo de espera pactado por las partes, llegado el momento de reclamar hay que precisar si, por mutuo acuerdo de ambas partes (art. 1.127 del Código Civil), han existido pagos anticipados de todo o parte del capital. También en este caso surge la necesidad de distinguir lo que efectivamente se debe frente a lo teóricamente debido.

Por ello entiendo que no es improcendente entender que, tratándose de deudas aplazadas, la indeterminación *ab initio* o en el momento de reclamación es, en buena medida, inseparable de las mismas. Pero ello no ha de provocar que todo crédito afectado por la indeterminación provoque que su hipoteca lo sea de máximo, a costa de suprimir en la práctica la hipoteca «normal». No sería mal consejo el de ser prudente al afrontar este tema.

5'. Conclusión

Hemos aportado diversos argumentos encaminados a demostrar que la necesidad de fijar un máximo de responsabilidad, como consecuencia de existir cierta indeterminación en la deuda, no comporta que siempre tal hipoteca lo sea de máximo.

En mi opinión, la hipoteca de máximo no se define sólo por la fijación de un máximo de responsabilidad. No siempre que aparece la necesidad de fijar tal «máximo» de responsabilidad surge necesariamente la «hipoteca de máximo». La cuestión, tal y como hemos visto, es más compleja.

Por ello, para calificar una hipoteca como de máximo hemos de tener presente otros criterios, como pueden ser los siguientes:

- Hay que concretar de qué tipo de incertidumbre se trata. En efecto, la incertidumbre puede ser inicial o bien sólo existir al tiempo de concretar la cantidad adeudada. Sobre todo entiendo que no es lo mismo que recaiga sobre la obligación principal (lo que parece sugerir que entonces la hipoteca pueda ser de máximo) que sobre las accesorias.
- Se ha de evitar que la calificación de una hipoteca sobre cierta obligación como de máximo provoque una disociación artificial entre los diversos integrantes de la deuda única (capital, intereses, demoras, costas, gastos extrajudiciales).

- Procede averiguar si el Registro de la Propiedad cubre con su publicidad material el crédito garantizado (si no lo cubre estaríamos en el campo de la hipoteca de seguridad, a la que pertenece la de máximo).
- Finalmente hay que considerar si la formación del título ejecutivo se hace conforme a las reglas generales de la hipoteca ordinaria o, por contra, de acuerdo a las de máximo.

2. *La hipoteca en garantía del saldo de una cuenta en la que se han reunificado diversas obligaciones*

a) Planteamiento del problema

En la práctica bancaria es frecuente el supuesto en el que una entidad de crédito desea obtener una garantía hipotecaria en seguridad del cobro de una pluralidad de deudas, presentes o futuras, que tiene, o puede llegar a tener, con un determinado deudor.

Es habitual que tal situación se plantee precisamente cuando el cliente se encuentra con dificultades para cumplir las obligaciones ya contraídas con cierto Banco o Bancos y, además, se prevé que surjan nuevas deudas que también deben ser satisfechas. Los Bancos, ante esta situación, quieren conceder al cliente un aplazamiento y posibilitarle el pago de sus obligaciones presentes y futuras, pero a cambio desean una garantía real que asegure dicho pago (40).

En principio lo que no cabe es constituir una sola hipoteca en garantía de varias deudas ya que, como hemos visto con anterioridad, rige en la jurisprudencia registral el criterio «una hipoteca, una deuda».

Por tanto, las asesorías de los Bancos pretenden unificar las distintas deudas del cliente en una sola obligación. Con tal fin se instrumenta una cuenta en la entidad bancaria en la cual se van cargando los diversos pagos de obligaciones de la parte deudora. De este modo lo que finalmente se garantiza con hipoteca no son las concretas obligaciones originales sino una nueva obligación autónoma constituida por el saldo de la cuenta, el cual será exigible el día de su cierre.

Los Bancos, además, consideran que la cobertura legal de este *modus operandi* se encuentra en el artículo 153 LH (el cual regula la hipoteca en garantía de una cuenta corriente). La subsunción de la hipoteca en dicho precepto le confiere al Banco acreedor una ventaja adicional, ya que le permite determinar la deuda reclamable por medio de una certificación de saldo

(40) Sobre este tema, ver GIMÉNEZ DUART, «La financiación de la crisis y la jurisprudencia registral», en *RJN*, 3, págs. 273 y sigs.

que libra en forma unilateral (sin perjuicio del derecho de oposición del deudor, art. 153.5 LH).

- b) La exigencia de que la reunificación de las deudas a través de una cuenta sea expresión de una relación jurídica subyacente

La práctica descrita, sin embargo, ha encontrado numerosas dificultades. En efecto la DG, a partir de la Resolución de 23 de octubre de 1987, considera que no basta la simple reunión contable de diversas operaciones a través de una cuenta para que surja una deuda autónoma, distinta de sus elementos integrantes.

Para lograr tal reunificación se precisa que ésta obedezca a una relación contractual subyacente, en concreto que se constituya como instrumento técnico y contable de un contrato mercantil de apertura de crédito en cuenta corriente.

Pues bien, la determinación de si existe o no tal relación subyacente ha sido el punto clave para denegar la inscripción de tales hipotecas (que la doctrina, en ocasiones, denomina «hipoteca flotante»). En efecto, la DG sólo considera que estamos ante una verdadera apertura de crédito en cuenta corriente si se dan dos requisitos:

Primer requisito. La inclusión de la deuda en la cuenta ha de conllevar su novación.

Es precisamente tal novación lo que produce que el crédito o deuda originarios pierdan su individualidad y se conviertan en un mero apunte contable.

Ahora bien, si el crédito pierde su autonomía, la novación necesariamente provocará la pérdida tanto de las garantías que lo aseguraban como de su prelación conflictual.

Para evitar tales consecuencias los Bancos, en algunas ocasiones, expresamente estipulaban que la inclusión del crédito en la cuenta no tenía efectos novatorios. La DG, por la razón expuesta, consideraba que en tal caso no estábamos ante una apertura de crédito en cuenta corriente.

Sin embargo, los efectos del ingreso del crédito en la cuenta, pese a la seguridad con que se manifiesta la DG, son objeto de debate doctrinal. En concreto hay dos puntos en disputa:

— Lo primero que es debatible es que la novación opere en sede de apertura de crédito en cuenta corriente.

La novación es un efecto propio del contrato de cuenta corriente mercantil. Ahora bien, tal figura es distinta de la apertura de crédito, ya que en aquélla ambas partes se conceden crédito recíprocamente, mientras que en ésta la concesión de crédito es unidireccional, del Banco al cliente.

La DG, como hemos visto, considera que en la apertura de crédito el ingreso de la deuda en cuenta corriente provoca su novación (ver en tal sentido las Resoluciones de 23 de diciembre de 1987 y 24 de julio de 1998). Quizá el fundamento de tal afirmación, que la DG parece dar por sentada, radique en que en ambas figuras contractuales existe una situación de cuenta corriente.

— En segundo lugar, presuponiendo que existe novación, hay que determinar cómo y en qué momento actúa.

Cabría entender que el efecto novatorio no se produce por el mero ingreso del crédito en la cuenta. La novación, de acuerdo a este criterio, tendría lugar en un momento posterior: en la liquidación y cierre de la cuenta (41). Mientras tanto, el crédito o remesa mantiene su individualidad, de modo que el Banco podría prescindir de tal cierre y ejecutarlo por la vía ordinaria.

No es éste el parecer de la DG, la cual considera que el efecto novatorio no queda aplazado hasta el momento del cierre de la cuenta, sino que la novación se produce de forma instantánea en el momento en que el crédito ingresa en la misma.

Segundo requisito. Lo constituye la libre disponibilidad de cantidad apertura: el Banco ha de poner a disposición del acreditado cierta suma de dinero durante un período de tiempo determinado.

De conformidad con ello, la DG considera que, por no existir tal requisito, no existe apertura de crédito en cuenta corriente en los siguientes supuestos:

- Cuando el acreditado no puede disponer de cantidad alguna con cargo a la cuenta (Resolución de 26 de noviembre de 1990).
- Cuando el destino del importe del crédito aparece ya vinculado por el Banco para verificar cierto pago o pagos (Resolución de 24 de julio de 1998).
- Cuando el Banco se reserva el derecho a determinar si una determinada partida se ingresa o no en la cuenta (Resolución de 7 de julio de 1998).

Por tanto, para que la DG aprecie la existencia de una apertura de crédito en cuenta corriente han de concurrir simultáneamente los dos requisitos vistos (la deuda queda novada al ingresar en cuenta, el acreditado tiene la libre disposición de la suma concedida).

En caso contrario, la DG considera que no estamos ante una apertura de crédito en cuenta corriente. Como consecuencia de ello la reunificación de deudas pretendida tiene un alcance meramente contable de modo que, desde la perspectiva sustantiva, lo debido no es el saldo de la cuenta sino cada una

(41) Ver en tal sentido URÍA, *Derecho Mercantil*, undécima edición, 1976, págs. 632 y 633 (relativas al contrato de cuenta corriente).

de las deudas originarias (el mencionado saldo carece de entidad autónoma y no configura una verdadera deuda).

Como consecuencia de tal razonamiento, y de conformidad con el principio «una obligación, una hipoteca», cada una de las deudas ha de tener su propia garantía: no cabe admitir una sola hipoteca en garantía del conjunto de tales deudas.

De acuerdo al planteamiento de la DG, los argumentos en contra de la validez de tal hipoteca única son los siguientes:

- No existe una única obligación autónoma sino que persisten las diversas obligaciones originarias, por lo que no procede una sola hipoteca sino un aseguramiento separado de cada una de las concretas relaciones crediticias.
- Se estarían garantizando unitariamente créditos que no tienen conexión causal entre sí, ya que el ingreso en cuenta no les dota de una causa común.
- Además, en ocasiones se mezclan créditos presentes y futuros, descritos en términos muy generales, con lo que se vulnera el principio de determinación de la deuda.

c) Valoración crítica

El fundamento de la doctrina de la DG que acabamos de exponer es doble:

Por una parte radica en el principio «una hipoteca, una deuda», al cual ya nos hemos referido.

Por otra, en la necesidad de que la reunificación de créditos en cuenta sea expresión contable de una concreta relación jurídica subyacente: el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente.

Hagamos una breve referencia a cada uno de ellos en orden a determinar su solidez doctrinal:

1.º En primer lugar hemos de señalar que el criterio «una deuda, una hipoteca» ha suscitado opiniones encontradas en nuestra doctrina:

- Un sector doctrinal se manifiesta en favor de tal criterio (42), encontrando su fundamento o apoyo en el carácter accesorio de la hipoteca respecto a la obligación que garantiza (43).

(42) Me refiero a AVILA NAVARRO, *La hipoteca (Estudio registral de sus cláusulas)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1990, pág. 64 y sigs.; también en *Comentarios de Jurisprudencia Registral*, Bosch, Barcelona, 1994, págs. 84 y sigs.

(43) Tal fundamentación no me parece decisiva: la hipoteca podría ser accesorio ya no de una deuda, sino de varias que responden a cierta causa o relación común a todas

- Por contra, ROCA SASTRE (44), tal y como ya dijimos, considera que una hipoteca de máximo puede garantizar la pluralidad de deudas derivadas de una misma relación subyacente entre un acreedor y un deudor.

En este punto hemos de reiterar las dudas expresadas con anterioridad acerca de una aplicación rigurosa del criterio «una deuda, una hipoteca».

2.º La DG sólo admite que existe verdadera reunificación si ésta es reflejo de un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente. Lo que ocurre es que impone un concepto quizá demasiado restrictivo de lo que es dicho contrato.

Veamos las razones de tal crítica:

— Es cierto que la novación es precisa para que la pluralidad de créditos se reconduzca a una sola deuda.

Sin embargo lo que no es necesario es que el efecto novatorio se produzca por el mero ingreso del crédito en la cuenta. Bastaría que tal efecto tuviere lugar en el momento del cierre de la cuenta. Mientras tanto cada crédito mantendría su autonomía de modo que, como ya hemos dicho, el acreedor podría prescindir de la garantía hipotecaria y ejecutar por vía ordinaria uno o varios créditos en forma aislada (45).

Por tanto, la novación es imprescindible pero sería suficiente entender que sus efectos se producen al cierre de la cuenta.

— En cuanto al segundo requisito examinado, la disponibilidad de una suma de dinero en favor del acreditado, considero que ambas partes, de mutuo acuerdo, pueden modalizar su funcionamiento.

En tal sentido sería admisible pactar que el acreditado no pueda retirar dinero en efectivo, sino que la suma disponible se destine necesariamente a pagar sus deudas (46). En mi opinión, en este caso, aunque modalizada, sigue existiendo disponibilidad; lo que ocurre es que el acreditado no pueda retirar cantidades en metálico con cargo a la cuenta, sino que sólo puede destinar la cifra disponible a pagar sus deudas (letras, cheques, pagarés y demás documentos de giro librados a su cargo).

Por contra, entiendo que si se pacta que la cuenta se destine a satisfacer las deudas del acreditado, el Banco, existiendo fondos, no puede reservarse la

ellas. No parecería existir vulneración de la accesoriedad de la garantía respecto a la deuda.

(44) *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, págs. 324 y 325.

(45) Ver sobre este particular lo dicho por GIMÉNEZ DUART, *La financiación de la crisis y la jurisprudencia registral...*, ya citado.

(46) Parece manifestarse, en tal sentido, BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, 1983, pág. 461.

facultad de determinar si una concreta deuda se ha de cargar o no en tal cuenta. Tal pacto es contrario al carácter de disponible de la cuenta, por lo que vulneraría uno de los requisitos exigibles para que exista apertura de crédito en cuenta corriente.

Entiendo, por tanto, que los dos fundamentos expuestos de la doctrina de la DG son susceptibles de ser revisados de acuerdo a los criterios expuestos.

d) Reflexión final, o de cómo la realidad se impone a la teoría

Una vez analizada la doctrina de la DG parecería que dos ideas han quedado claras: por una parte, la vigencia del criterio «una deuda, una hipoteca»; por otra, el hecho de que sólo se admite una reunificación de varias deudas a través de una cuenta si tal reunificación tiene apoyo en una relación subyacente de apertura de crédito que cumpla todos los requisitos mencionadas.

De esta forma parece que la denominada «hipoteca flotante» ha quedado bajo anatema y, en consecuencia, excluida de la práctica notarial-registral. Nada más lejos de la realidad: a diario se autorizan e inscriben sin problema hipotecas que vulneran las dos ideas expuestas en el párrafo anterior. Me explico.

La «Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona» creó hace unos años un producto denominado «crédito abierto» (47). Se trata de una cuenta de crédito dotada de amplia disponibilidad (el cliente puede hacer cargos y abonos) (48), cuyo saldo se garantiza con hipoteca (por ello se apoya en el art. 153 LH).

Tras ciertos titubeos iniciales dicho producto se terminó admitiendo en la práctica jurídica y accediendo normalmente al Registro de la Propiedad.

Pues bien, una vez que transcurre un tiempo desde que el mencionado «crédito abierto» se consolida en la práctica, la entidad acreedora da un paso más y añade a sus modelos una cláusula que le permite de forma unilateral, mientras exista saldo disponible, cargar en dicha cuenta cualquier deuda presente o futura que tuviera el deudor con la parte acreedora (sea por avales, pólizas, descubiertos en cuenta, etc.) (49).

(47) Este producto ha sido imitado posteriormente por otras entidades empleando términos similares como «crédito total» o «hipoteca total».

(48) En realidad, el acreditado no dispone de la cuenta de forma automática, ya que la entidad puede denegar su uso en varios supuestos: situación de demora, disminución de los ingresos, situación de quiebra, suspensión o concurso, etc.

(49) En concreto el pacto, contenido en la cláusula financiera primera, dice así: «No obstante, "la Caixa" queda especialmente facultada e irrevocablemente autorizada en lo menester por la parte acreditada, para aplicar, con cargo a la parte disponible por

Tal añadido, en lo que yo conozco, se viene aceptando sin problema alguno. Y, sin embargo, al prever la inclusión de tales deudas en la cuenta:

- No se establece que su ingreso conlleve la obligatoria novación de las deudas originarias.
- La decisión sobre realizar o no su cargo en cuenta queda al arbitrio de la entidad acreedora.
- Se pueden incluir en dicha cuenta tanto obligaciones presentes como futuras.
- Finalmente las deudas que se cargan en cuenta pueden carecer totalmente de conexión tanto entre sí como respecto de la operación de apertura de crédito.

Pues bien, pese a las objeciones señaladas, lo cierto es que tales escrituras, que son ciertamente abundantes, se autorizan e inscriben con plena normalidad, sin plantear, que yo sepa, conflicto jurídico alguno. Por tanto, no se sigue el criterio impuesto por la DG (lo cual quizá ocurra porque dicho criterio no se ajusta a las necesidades de la práctica).

De esta forma se logra que una sola hipoteca garantice una pluralidad de deudas (se vulnera el tan repetido principio «una hipoteca, una deuda»), las cuales, como ya he dicho, carecen entre sí de conexión causal alguna, que pueden ser incluso futuras y sin que expresamente se prevea la novación de las mismas por su inclusión en la cuenta. De nuevo la teoría y la práctica siguen caminos distintos.

Por ello la hipoteca flotante, que parecía fatalmente condenada en virtud de la doctrina de la DG, resurge, por una vía indirecta, llena de pujanza.

JOSÉ-MARÍA NAVARRO VIÑUALES
Notario de Reus

la misma del presente crédito, cualquier obligación de pago vencida y no satisfecha de dicha parte o de cualquiera de las personas que la integran, dimanante de cualesquiera operaciones, tales como, a título enunciativo, descubiertos en cuenta, avales, préstamo, créditos, descuentos o cualquier otra. Tal cargo, que será notificado a la parte acreditada con detalles de la operación de que se trate, tendrá el carácter de disposición efectuada por la misma con vencimiento a la fecha de vencimiento final del crédito y sujeción al régimen de disposiciones regulado en este pacto, a excepción del importe por disposición que no estará sujeto al límite mínimo».

Naturaleza jurídica del llamado contrato para persona a designar

SUMARIO: I. CONCEPTO Y CONSIDERACIONES GENERALES.—II. FINALIDAD PRACTICA.—III. FIGURAS CON LAS QUE SE HA INTENTADO IDENTIFICAR: 1. EL CONTRATO A FAVOR DE TERCERO. 2. LA PROMESA DEL HECHO DE UN TERCERO. 3. EL CONTRATO POR CUENTA DE QUIEN CORRESPONDA. 4. EL NEGOCIO JURÍDICO *PER RELATIONEM*. 5. LA TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN Y DEL MANDATO.—IV. NATURALEZA JURÍDICA: PREMISAS INICIALES. DIVERSAS CAUSAS QUE ORIGINAN LA DESIGNACIÓN: a) *En virtud de un previo encargo*. b) *Por libre designación del que se reservó esta facultad*.—V. TRATAMIENTO FISCAL.

I. CONCEPTO Y CONSIDERACIONES GENERALES

Con frecuencia los contratantes incluyen en el contenido de sus convenciones determinadas cláusulas o introducen algunas modalidades mediante las cuales los efectos propios del contrato son queridos de una determinada manera o el desenvolvimiento del contrato tiene lugar de un modo un tanto específico que el Ordenamiento admite siempre que responda a un interés digno de protección.

Uno de estos casos ocurre con la cláusula «por persona a designar», *emptio pro amico eligendo*. En los derechos francés y belga es uniforme la designación de venta *avec declaration de command*, en Suiza *promesse de vente pour soi ou pour son nommable*; en Italia se usan las fórmulas *dichiarazione di commando* o contrato *per persona da nominare* (como aparece en los arts. 1.401 y sigs.) y del mismo modo en Portugal en los artículos 452 y siguientes *contrato para pessoa a nomear*.

Estas expresiones son bastantes reveladoras. En efecto, una primera aproximación a su concepto permite definirlo como aquel contrato que normalmente es de compraventa, aun cuando no existe ningún inconveniente para que sea de cualquier otro tipo (1), en que en el momento de su conclusión uno de los

(1) En principio la cláusula para persona a designar puede incluirse tanto en los contratos con efectos reales como para aquéllos con efectos meramente obligatorios. Especial aplicación tiene en el Derecho italiano en el *Contratto Preliminare*, a dicho contrato direc-

contratantes —estipulante— se reserva la facultad de nombrar con posterioridad a una tercera persona que le sustituirá con eficacia retroactiva (2).

tamente estipulado para persona a designar se aplica en vía directa y no por analogía los artículos 1.401 y 1.402 del Código Civil italiano que lleva por rúbrica «*del contratto per persona da nominare*» (vid. REBECCA-SIMONI, *Preliminari di compravendita immobiliare*, Milán, 1998, pág. 13 y sigs.; CUFFARO, «Preliminare di contratto a favore di terzi e riserva di electio amicis», en *Giurisprudenza italiana*, I-1, 1982, págs. 1461 y sigs.; PESCATORE-RUPERTO, *Codice civile*, t. I, Milán, 1997, págs. 2313 y 2315 y sigs.; DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati (promesse de vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo)*, Padova, 1991, págs. 110 y sigs.).

Puede incluirse en todo contrato con la sola exclusión de aquéllos en los cuales la misma causa típica de ellos resulte incompatible con el mecanismo de la designación. Utilizándose mayormente —dice la doctrina italiana— no tanto en la conclusión de contratos definitivos, cuanto en la opción (en el Derecho italiano puede verse Cass. 5-6-1987, *Sull'ammissibilità di un'opzione a titolo gratuito per persona da nominare*, núm. 4901, *Giurisprudenza civile, massimario*, 1986, fasc. 6.º, pág. 1397) y en el precontrato.

Según la doctrina mayoritaria se excluyen en los negocios jurídicos que no admiten representación (a ello se refiere el art. 452.2 del Código Civil portugués, y Acordao de 18 de março de 1982) y aquellos contratos que por ley o por voluntad de las partes es necesaria la determinación precisa del sujeto frente al que se obliga y la sustitución de una persona en otra es inadmisibles (por ejemplo, en la donación), en los contratos gratuitos en general. Vid. STOLFI, «La conclusione dei contratti per persona da nominare», en *Riv. Dir. Civ.*, 1925-26, pág. 544. Tampoco será de aplicación en los contratos con prestaciones a cargo de una sola de las partes, o en los contratos con contenido no patrimonial (como en los negocios familiares, vid. ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, Coimbra, 1994, pág. 293 —hay ed. de 1998—), o dirigido a modificar o extinguir una determinada relación preexistente. Vid. GAZZONI, «Contratto per persona da nominare», en *Enciclopedia Treccani*, t. IX, 1988, pág. 2. Vid. PERLINGIERI, *Codice civile annotato*, Torino, 1980, pág. 519, ni se incluiría en los negocios traslativos de derechos pertenecientes al mismo sujeto que estipula el contrato, no es concebible que el estipulante actúe para persona a designar desde el momento que el poder de disposición y la consiguiente legitimación corresponde precisamente sólo a él.

Para VISALLI, «Natura giuridica del contratto per persona da nominare», en *Foro italiano*, 1960-I, pág. 1388, la cláusula es inaplicable al esquema del negocio de permuta, la estricta interdependencia entre las dos transmisiones excluye la compatibilidad de este mecanismo (Cass. 7-2-1972; Cass. 8-5-1958, según dicha sentencia constituye un contrato a favor de tercero y no un contrato para persona a designar aquél en que un sujeto transmite un suelo para edificar de su propiedad con el pacto de que el adquirente transmitirá a la persona que éste designe un apartamento del edificio a construir. Es válida la cláusula de un contrato a favor de tercero que implica una estipulación en vía alternativa y sólo eventual a favor de un tercero todavía no designado; pero posteriormente otra sentencia, Cass. 28-7-1980, núm. 4864, la admite en un contrato de permuta con efectos obligatorios —como la de cosa futura— pero no en la permuta con efectos instantáneos como aquélla que se realiza con el intercambio inmediato de bienes existentes.

Para SACCO-DE NOVA, *Trattato di diritto privato, Obbligazioni e contratti*, t. II, Torino, 1982, pág. 412, una particular aplicación del contrato para persona a designar se tiene en el caso del mediador «que no manifiesta a un contratante el nombre del otro»; TROISI, «La mediazione come atto del procedimento di formazione del contratto», en *Riv. dir. civ.*, núm. 1, 1997, págs. 37 y sigs.; CAPOZZI, *La mediazione*, Napoli, 1961.

(2) Vid., por su parte, las definiciones de DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I, Madrid, 1993, pág. 416. LETE DEL RÍO, *Derecho de obligaciones*,

La compraventa perfeccionada tiene junto a los elementos esenciales y definidores del tipo contractual un elemento accesorio: un pacto o una cláusula (3) por la cual el estipulante —el comprador— se reserva la facultad de nombrar con posterioridad a una tercera persona que le sustituirá con efectos retroactivos, desapareciendo el primero de la relación contractual como si nunca hubiera intervenido. Así, el contrato concluido con dicha cláusula difiere en consecuencia del contrato del tipo elegido bajo el perfil de la posible fungibilidad de las partes (4). Por tanto, en él no hay incertidumbre sobre la persona de uno de los contratantes sino sobre si la persona del contratante originario se sustituirá o no por otra persona, contratantes siempre hay desde el origen (5). En consecuencia, la designación sirve para modificar uno de los elementos del negocio jurídico, por lo que se refiere al resto del contrato es idéntico al concluido por el estipulante.

El promitente (6) autoriza al estipulante la inclusión de la cláusula en el contrato que le permite en un plazo determinado, fijado convencionalmente, nombrar al contratante definitivo (7). Mientras, el estipulante adquiere por sí,

vol. 2.º, Madrid, 1998, pág. 97. BLASCO GASCO, VV.AA., coord. por Valpuesta Fernández, *Derecho civil, Obligaciones y contratos*, Valencia, 1988, págs. 437 y 438. GETE-ALONSO, vol. col., *Manual de Derecho civil*, t. II, Madrid, 1996, pág. 627. ENRIETTI, «Contratto per persona da nominare», en *Novissimo Digesto italiano*, t. IV, Torino, 1964, pág. 667. MERLIN, *Repertoire universel et raisonné de Jurisprudence*, voce «Election d'ami», vol. IV, París, 1812, págs. 517 y sigs., «l'acquéreur d'un immeuble feudal ou censual se réserve la faculté de le rétrocéder à un ami élu ou à élire». PLANIOL y RIPERT, *Traité élémentaire de Droit civil*, t. II, París, 1952, pág. 747. GHESTIN, *Traité de Droit civil, Les obligations, Les effets du contrat*, París, 1992, pág. 787. HUET, *Traité de Droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, París, 1996, pág. 372. REYMOND, *La promesse de vente pour soi ou pour son nommable*, Laussanne, 1945, pág. 7, «pour soi ou pour son nommable se réserve la possibilité de designer ultérieurement un tiers que prendra sa place dans l'acte de vente». ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, Coimbra, 1996, pág. 441. Acórdao 20-2-1992, CJ 1992, 1, 162.

(3) Que es necesario que esté incluida en el contrato, ya que una estipulación sucesiva —apunta STORCK, *Le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, París, 1982, pág. 221, núm. 74— constituiría una modificación precedente del contrato y en consecuencia nuevo contrato.

(4) MESSINGBO, *Trattato di Diritto civile e commerciale, Il contratto in genere*, Milán, 1968, págs. 508 y 509, configura el contrato para persona a designar como una relación contractual con sujetos alternativos. Para GAZZONI, *Contratto...*, cit., pág. 3, hay que hacer una distinción entre sujetos alternativos y facultad alternativa de sustitución.

(5) ¿Por qué queda vinculado el estipulante si no designa al tercero?: para proteger al vendedor, interpretando la voluntad contractual, por culpa del estipulante si no designa, si no quedase vinculado estaríamos ante otra naturaleza jurídica, los efectos serían distintos, por eso se generalizó la fórmula «para mí o para la persona que yo designe», ENRIETTI, *Contratto...*, cit., pág. 672.

(6) Que se denomina así porque se compromete a reconocer al tercero, cualquiera que sea, como contraparte. Mientras que el estipulante estipula a su favor la reserva de sustituirse a sí mismo por un tercero en la adquisición.

(7) Se debe fijar un término dentro del cual se comunique la declaración de nombramiento. La fijación del término es un elemento esencial ineliminable de la figura, ya

respecto de la contraparte, las obligaciones propias derivadas y nacidas del contrato, de las que no podrá liberarse, en principio, más que después de la designación del tercero y de su ulterior aceptación (8). Lo que excluye que

que garantiza la unidad del negocio. El nombramiento del tercero de forma ineludible tiene lugar dentro del plazo acordado en el contrato —Sentencia del TS de 18 de febrero de 1994—, no se aceptaría un negocio cuya efectividad dependiera de un plazo indefinido, por tanto, en el caso de que el término no se hubiera fijado podría solicitarse que se estableciera por la autoridad judicial, o según Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. I, cit., pág. 419, pasado un plazo razonable el promitente puede considerarse como definitivo contratante al estipulante. Con toda seguridad se convierte éste en contratante definitivo cuando pasado el plazo fijado el estipulante no hace la elección, una vez transcurrido el plazo de caducidad se extingue sin más la facultad de elegir (Sentencia del TS de 18 de febrero de 1994). A juicio de PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. I, Barcelona, 1978, pág. 272, si no ha quedado establecido el plazo, la elección deberá hacerse dentro del término de que disponga el estipulante para cumplir la obligación contractual.

(8) La aceptación por parte del tercero electo es esencial, pues si no faltaría la manifestación de su consentimiento sin el cual no podría quedar vinculado a ningún negocio —vid. DIAS MARQUES, *Noções elementares de Direito civil*, Lisboa, 1992, págs. 149 y 159, porque a nadie le es lícito intervenir en la esfera ajena—. En el artículo 1.402 del Código Civil italiano para que la declaración de nombramiento tenga efecto debe existir un poder anterior al contrato o bien la declaración tiene que ir acompañada de la aceptación del tercero; de forma semejante, en el artículo 453.2 del Código Civil portugués. Por tanto, debe recaer sobre la persona que haya conferido al estipulante los debidos poderes representativos o la que acepte. En todo caso, debe recaer sobre una persona jurídicamente capaz y que tenga además los requisitos que hayan sido eventualmente establecidos en el contrato.

Se ha planteado el problema de si es admisible una aceptación parcial por parte del nombrado. En principio debe rechazarse en cuanto la situación jurídica constituye un todo homogéneo que no puede aceptarse por partes. Sin embargo, podrá valer —dice CARRESI, «Contratto per persona da nominare», en *Enciclopedia del diritto*, 1962, pág. 137— si se le considera como un acto que se añade a aquél del estipulante y lo integra para formar una parte compleja, análogamente a cuanto sucedería si el estipulante hubiese nombrado un tercero y conjuntamente a sí mismo. Pero este caso no es propiamente típico o encuadrable en el contrato para persona a designar, lo que sí podría suceder, y estaría dentro de las características genuinas de este negocio, es la posibilidad de designar a varios entre los cuales se repartirían el inmueble o reservarse una parte el estipulante y ceder al tercero el resto.

Y si antes de la aceptación por un primer designado, el comprador hiciera una segunda declaración, ¿cuál de los dos sería el beneficiario del contrato?, podría pensarse que el primero, aunque el comprador no ha hecho más que una oferta que podría retirar hasta que la aceptación no fuera definitiva, vid., REYMOND, *Promesse...*, cit., pág. 182.

En cualquier caso la aceptación no podría ser posterior al término útil para efectuar la elección.

No sería necesario, a su vez, el consentimiento del promitente para la perfección del acto, pues ya autorizó y aceptó en el contrato la incorporación de dicha cláusula que permite al estipulante sustituirse por otra persona.

Efectuada la aceptación por el tercero el estipulante debe comunicárselo al promitente, en consecuencia es una declaración recepticia que debe llegar a conocimiento del promitente dentro del término fijado (en los derechos italiano y portugués dentro del plazo convencional o dentro del plazo legal, que es especialmente breve —de tres y cinco días, respectivamente— para evitar abusos fiscales), plazo que se entiende (vid. GAZZONI,

sea un negocio de formación sucesiva, ya que antes de que se produzca la elección al negocio le faltaría un elemento necesario para su perfección, si el contrato para persona a designar produce efectos entre los contratantes originarios cuando la declaración de nombramiento no se hace en el término establecido demuestra que ha consumido su proceso formativo antes de que se produzca el nombramiento (9).

Contratto..., cit., pág. 7) no es renovable antes de su vencimiento en cuanto que una vez fijado es definitivo. Aunque sobre la posibilidad de prorrogar el plazo, alguna sentencia se ha mostrado favorable (Acordao de 18 de março de 1982), y en la doctrina suiza, REYMOND, *La Promesse de vente...*, cit., pág. 181, también da cuenta de la posibilidad de prolongar el plazo en las promesas de venta. Lo que sí será posible dentro del plazo es hacer varias declaraciones sucesivamente, una vez fallida la primera, pero no para el caso de que a su vez el elegido hiciera una nueva designación —en cuyo caso habría doble venta—, vid. SERRANO Y SERRANO, «El contrato a favor de persona por designar hasta la primera mitad del siglo XIX», en *Discurso de apertura del curso 1956-1957*, Universidad de Valladolid, 1956, págs. 64 y sigs.

Asimismo en el Derecho italiano la declaración de nombramiento y la aceptación no tienen efecto si no revisten la misma forma que las partes han utilizado para el contrato (art. 1.403). El defecto comporta la nulidad de la elección (a otros defectos de forma se refieren los arts. 1.402 y 1.405 —por hechos extrínsecos a la formación del negocio—). Cuya invalidez será otra causa del mantenimiento como contratante definitivo del estipulante.

(9) Para SCALONE, «Spunti critici in tema di contratto per persona da nominare», en *Riv. dir. comm.*, 1958, I, pág. 348, los efectos del contrato se producen cuando *scade inutilmente il termine per la nomina* (en el mismo sentido, CARRESI, *Contratto per persona da nominare*, cit., pág. 132), cuando parece más lógico, como se admite por la mayoría, que se produzcan cuando el contrato se ha concluido, porque si para la elección los efectos se producen *ex tunc*, es decir, desde la conclusión del contrato, parece razonable que se produzcan también para el estipulante desde el mismo momento.

En *Memento práctico*, F. Lefevre, *Inmobiliario*, 1997/1998, pág. 272, por su parte, se expresa que la regla general de perfección del contrato por la coincidencia de consentimientos tiene las siguientes excepciones: venta sujeta a condición suspensiva, en este supuesto el contrato no se perfecciona hasta que la condición se cumpla, así ha sido entendido en un supuesto de venta en el que se permite al comprador poder designar a favor de quien ha de otorgarse la escritura. Vid. también Sentencia del TS de 13 de mayo de 1983 (Ar. 2821), «el convenio reflejado fue con supeditación a que la escritura pública reflejadora de la compraventa concertada a medio de aquél fuere otorgada a nombre de la persona que (se) designase... no se perfecciona la venta por el consentimiento cuando se hace depender de la eficacia del otorgamiento de la escritura».

Para SACCO-DE NOVA, *Trattato...*, cit., pág. 412, no es ni siquiera «contrato para persona a designar el contrato de compraventa inmobiliaria estipulado en documento privado en el que se prevé que el adquirente puede indicar otro sujeto como adquirente en documento público», la operación es considerada a efectos fiscales como una doble venta. También lo ha expresado la jurisprudencia italiana: la simple cláusula con la cual en un contrato estipulado por escritura privada el adquirente de un inmueble se reserva la facultad de pedir que el acto público de transferencia se concluya sucesivamente en un tiempo determinado con otro sujeto no puede encuadrarse en el contrato por persona a designar, estando dirigida a la reventa del inmueble a los fines de sustraerse las transmisiones intermedias a las cargas fiscales (Cass. 26 de octubre de 1968, núm. 3570; Cass. 10 de abril de 1987, núm. 1003).

Así, la relación contractual queda originariamente establecida entre estipulante y promitente y una vez efectuada la elección el electo pasa a ocupar el lugar del estipulante, quedando este último desligado del contrato como si nunca hubiera estipulado. Por lo tanto, el designado adquiere con efectos retroactivos y de manos del vendedor, pues fundamental ha sido, para su eficacia práctica, que en esta forma de contratación sólo se viera una sola transmisión. Es decir, sucedida la *electio* no habría dos transmisiones sucesivas de propiedad (una: de vendedor al primer adquirente que se ha reservado elegir al tercero, y otra: del primer adquirente al electo), sino una sola: del vendedor al electo. Sucedida la formal y tempestiva designación del tercero no se realiza un contrato entre éste y el promitente distinto de aquél que el estipulante hubo concluido también para sí.

Esta particular forma de contratar no podría sino dar lugar a las discusiones teóricas más variopintas. Y de hecho se ha desarrollado y ha funcionado sin que se diera de él una explicación completa y coherente (10). Toda la preocupación de los autores era lograr que se viera que en este mecanismo no había más que una venta y por tanto no se debían dos impuestos de transmisión sino uno. Pero cuando se proyectó todo el esquema negocial sobre el Derecho privado y se vieron sus consecuencias se comprendió la dificultad de esta figura (11). A pesar de lo cual, el profesor SERRANO Y SERRANO en su

Volviendo con el tema anterior, aunque aquí no se defiende, debe hacerse constar que, en efecto, para una parte de la doctrina el contrato no sería idóneo para producir efectos hasta que el estipulante no ejercite la facultad de nombramiento o bien deje transcurrir el término fijado para el mismo. A la luz de esta interpretación el contrato en cuestión —se ha dicho— estaría caracterizado por el hecho de que la sucesiva indicación de la persona que debe adquirir los derechos y asumir las obligaciones derivadas del contrato se plantea no ya como variación en la titularidad de una relación contractual ya existente sino como elemento perfeccionador de un tipo negocial de formación progresiva. La consecuencia sería, según PIROTTA, «Contratto per persona da nominare», en *I contratti*, núm. 4, 1996, págs. 338 y sigs., que a falta de indicación de tercero el estipulante no asumiría obligaciones y derechos, en cuanto que el contrato no habría sido concluido, sino que estaría expuesto a responsabilidad precontractual.

Otra cosa sería, según GALVAO TELLES, *Direito das obrigações*, Coimbra, 1989, pág. 176, que se conviniese que el interviniente que se reserva esta facultad no contrata para sí sino sólo para un tercero, en este caso si no fija el nombramiento en los términos legales el contrato —dice— no produce ningún efecto ni para el tercero ni para el interviniente porque no contrata en nombre propio. O en el caso de que expresamente se pacte una condición suspensiva, tanto en relación al tercero como en relación al estipulante, quedando el contrato en el tercero si fuera nombrado legalmente o en el estipulante si transcurre el plazo sin designación.

(10) FLATTET, *Les contrats pour le compte d'autrui*, París, 1950, pág. 296.

(11) Sobre la gran diversidad de opiniones que se vertieron desde el origen, puede verse REYMOND, *Promesse...*, cit., pág. 193. Incluso ante tantas dificultades algunos autores rechazaron incluirlo dentro de una institución determinada, pues ninguna parecía suficiente para explicar esta cláusula, «*un tapis trop étroit pour une table trop large*». O se decía que se trataba de un contrato *sui generis* del que es difícil precisar su naturaleza

trabajo sobre el análisis histórico de esta institución invita a su tratamiento proyectado sobre el derecho actual en general y sobre el español en particular, pues «el contrato por persona a designar bien merece que se le estudie echando mano de la dogmática moderna» (12).

II. FINALIDAD PRACTICA

Precisamente el hecho de que este contrato haya seguido su camino y desenvolvimiento sin preocupaciones de tipo teórico revela su destacada utilidad práctica y su necesidad.

Las diversas causas que le dieron origen explican las numerosas finalidades alcanzables con este tipo de contratación. Aún perviven las razones de su aparición en los siglos XIV y XV (13), respectivamente, en Francia e Italia: impedir su tributación (en aquellos momentos feudal) y favorecer las transacciones mercantiles. La exención del pago de un segundo impuesto y el ahorro para el estipulante de los gastos de una segunda escritura fueron factores importantes para el éxito de esta figura. Los primeros tratadistas atribuyen su expansión a la posibilidad de sustraerse a dichos gastos (14), a eludir sobre todo, como se decía, el pago de los tributos señoriales. Por eso, todo el esfuerzo se ponía en demostrar que sólo había una transmisión y que el tercero elegido adquiere directamente de manos del vendedor, para explicar, lo cual no siempre se recurría a claras y coherentes construcciones doctrinales.

También nace históricamente como respuesta a otras exigencias prácticas: ocultación de la categoría o riqueza personal para evitar altos precios, o para impedir que se especule sobre el particular interés que tendría el adquirente real —típico caso para la adquisición de un terreno por el colindante— (15).

jurídica en sus relaciones con los principios generales del Derecho. Pero esto equivaldría a renunciar a explicar esta particular forma de contratación.

Y FLATTET, *Les contrats pour le compte d'autrui*, cit., pág. 297, concluye que «chercher à le faire entrer, coûte que coûte, dans une catégorie préexistante doit aboutir à un échec... La force de la réalité s'est imposée. Le contrat avec réserve de command a poursuivi sa carrière en dehors des catégories consacrées... Par la volonté même des concluants, le contrat a produit ses effets au delà du cercle des parties présentes. Cette extension trouve sa source dans les volontés individuelles».

(12) SERRANO Y SERRANO, «El contrato a favor de persona por designar hasta la primera mitad del siglo XIX», en *Discurso de apertura del curso de 1956-1957*, Universidad de Valladolid, 1956, pág. 88.

(13) Sobre su origen ver, entre otros, ENRIETTI, *Contratto...*, cit., págs. 667 y sigs.

(14) STOLFI, «La conclusione dei contratti per persona da dichiarare», en *Riv. di Dir. Civ.*, 1926, págs. 538 y sigs.

(15) Para un tema específico de retracto agrario, RICCIUTO, «Contratto preliminare per persona da nominare e prelazione agraria», en *Giurisprudenza italiana*, 1991-I-2, págs. 213 y sigs.

Satisface además la exigencia de aquellas personas de elevada condición social que podrán participar en las ventas mediante subasta judicial sin necesidad de manifestarse y sin necesidad de aparecer como adquirentes; o se evitaría colocarlas ante una situación que revelara su falta de medios para pujar en una subasta hasta lograr el remate, afectando a su prestigio social; o para evitar que se relacione al verdadero adjudicatario con aquel deudor que ha sufrido las consecuencias de una expropiación o embargo (16). Circunstancias que revelan además el origen del contrato por persona a designar en el ámbito de las subastas judiciales (17).

Y para insistir en la aplicabilidad e importancia práctica de este negocio, el profesor DE CASTRO apunta como otra finalidad a cubrir la exención de responsabilidad del estipulante por los vicios de la cosa vendida, «es posible utilizar la cláusula de reserva para que produciéndose los efectos contractuales entre promitente y designado eximirse el estipulante de responsabilidad por los vicios de la cosa vendida y del riesgo de insolvencia del designado» (18).

En la actualidad contribuye a la difusión de su empleo el fenómeno de la especulación de terrenos. Como algunos negocios que ha desencadenado la reciente transformación económica y la acusada dinamicidad que caracteriza al tráfico jurídico (por ejemplo, es posible su recurso en el ámbito de las operaciones de *leasing*) (19).

Presentándose, en todo caso, como un excelente instrumento para la circulación de bienes.

III. FIGURAS CON LAS QUE SE HA INTENTADO IDENTIFICAR

Nace históricamente como respuesta a concretas exigencias prácticas, pero se origina una figura un tanto desdibujada, de complicada configuración, con muchas semejanzas a otras instituciones pero en el fondo distinta de todas ellas.

1. EL CONTRATO A FAVOR DE TERCERO

No han faltado autores que han tratado de incluir el contrato por persona a designar en el esquema negocial del contrato a favor de tercero (20); de

(16) Vid. SERRANO Y SERRANO, *El contrato...*, cit., págs. 31 y sigs.

(17) Vid. ENRIETTI, *Contratto per...*, cit., pág. 668.

(18) DE CASTRO, «Contrato por persona a designar», en *ADC*, 1952, pág. 1379.

(19) Según SACCO-DE NOVA, *Trattato di diritto privato*, dir. da P. Rescigno, 10, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1982, pág. 410.

(20) DE SEMO, *Istituzioni di Diritto privato*, Florencia, 1952, pág. 429, núm. 722. Vid., por su parte, PACCHIONI, *Contratti a favore dei terzi*, Milán, s/d, págs. 219 y sigs.

hecho, se han planteado teorías semejantes para explicar su naturaleza jurídica. Pero la identidad terminológica y el parecido que guardan en algunos aspectos no deben hacer olvidar las características diferenciales de ambas instituciones, que comienzan ya en su distinta finalidad.

La estipulación o el contrato a favor de tercero se explica como una excepción al principio de relatividad del contrato. Conforme al axioma *res inter alios acta aliis neque nocet neque prodest* «los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos» (art. 1.257.1 del Código Civil). Complemento del artículo 1.091 del Código Civil en virtud del cual *inter partes* el contrato tiene la misma autoridad que la ley.

La reglamentación de los propios intereses sólo puede afectar a la esfera jurídica de sus autores. Si el contrato es una manifestación de la voluntad privada, ley entre los particulares, el principio de la autonomía de la voluntad conduce necesariamente a limitar el efecto obligatorio del contrato a las partes contratantes (21).

Pero es el derecho objetivo y no la autonomía de la voluntad quien, finalmente, determina los efectos que se derivan del acuerdo de voluntades, el que determina las condiciones de formación del contrato y su sanción, como la fuerza obligatoria que conviene reconocer al contrato; el derecho objetivo, partiendo de principios de justicia contractual y de utilidad social, fija el ámbito de los efectos del contrato (22). Lo que explica que, a renglón seguido, el segundo párrafo del artículo 1.257 prescriba que «si el contrato contuviere alguna estipulación a favor de tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiere hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada» (23).

Se reconoce, así, la posibilidad de que las partes intervinientes en un contrato estipulen que una de ellas realice una prestación en favor de un tercero o que todo el contrato se celebre en su favor. En favor de una persona

(21) Vid., entre otros, OSSORIO MORALES, *Lecciones de Derecho civil*, Granada, 1986, pág. 239; Díez-PICAZO, «Eficacia e ineficacia del negocio jurídico», en *ADC*, 1961, págs. 809 a 814.

(22) GHESTIN, *Traité de droit civil. Les obligations, Les effets du contrat*, París, 1992, pág. 554.

(23) GIOVENE, *Il negozio giuridico rispetto ai terzi*, Nápoles, 1916; WEIL, *La relativité des conventions en droit privé français*, París, 1939; SAVATIER, «Le prétendu principe de l'effect relatif des contrats», en *Rev. trim. de droit civil*, 1934, pág. 525 y sigs.; DEMOGUE, *Des obligations en générale, effets des obligations*, t. VII, París, 1933, págs. 121 y sigs.; Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. I, Madrid, 1993, págs. 403 y sigs.; CARIOTA-FERRARA, «Diritti potestativi, rappresentanza, contratto a favore di terzi», en *Riv. Dir. Civ.*, 1960, I, págs. —; CARIOTA-FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, Padova, 1936, págs. 411 y sigs.; FOLCO, «Il diritto del terzo nei contratti a favore di terzi», en *Riv. Dir. Civ.*, 1934; LEITE DE CAMPOS, *Contrato a favor de terceiro*, Coimbra, 1991.

ajena al mismo. En efecto, todas las definiciones destacan en virtud del mismo la creación de un verdadero derecho a favor de una persona que no ha intervenido en el contrato y ha sido extraña a su conclusión. Da lugar al nacimiento de un crédito en favor de persona distinta de las partes (24).

Y ésta precisamente es una diferencia importante que separa el contrato a favor de tercero del contrato por persona a designar. Mientras este último pone a otro en lugar de uno de los contratantes originarios, en el contrato a favor de tercero sin operar por vía de sustitución, el tercero toma una cualidad diferente de la asumida por cada contratante primitivo. En efecto, la principal diferencia es que el tercero beneficiario de la prestación no se convierte en aquella parte contractual, mientras que sí asume tal cualidad la persona designada con la *electio* (25) (26).

(24) Vid., en este sentido, RAMS ALBESA, en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, Barcelona, 1994, pág. 549; OSSORIO MORALES, *Lecciones de Derecho civil*, cit., pág. 248; en sentido estricto sólo puede hablarse de contratos a favor de tercero si se admite que de un contrato celebrado entre dos personas puedan nacer derechos exigibles por un tercero que no ha sido parte en el mismo; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. 3, Madrid, pág. 748; PACCHIONI, *I contratti a favore dei terzi*, Milán, s/d.; ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho privado*, t. I, Madrid, 1946, pág. 210; BONET RAMÓN, «Los contratos a favor de tercero», en *AAMN*, 1961, 213; NART FERNÁNDEZ, «Notas sobre los contratos a favor de tercero», en *AAMN*, t. V, 1950, pág. 450 y sigs.

(25) En este sentido VISALLI, «Naturaleza giuridica del contratto per persona da nominare», en *Foro italiano*, 1960, pág. 1388; MESSINEO, *Il contratto in genere*, en CICU-MESSINEO, *Trattato di diritto civile e commerciale*, XXI, t. I, Milano, 1968, pág. 507; vid., por su parte, CALICETI, *Contratto e negozio nella stipulazione e favore dei terzi*, Padova, 1994, pág. 78. Y en la doctrina portuguesa, ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, Coímbra, 1996, pág. 442, en el contrato a favor de tercero ni el promitente ni el promisorio dejan de ser los únicos contratantes, incluso después de la adhesión del tercero no tiene éste la categoría de contratante. En el contrato para persona a designar, una vez efectuada la aceptación, uno de los intervinientes pierde la cualidad de contratante, desapareciendo de la relación contractual como un personaje que misteriosamente sale de escena, y el tercero nombrado en virtud de la cláusula especial pasa a figurar como contratante desde la celebración del contrato.

(26) Por su parte, DUALDE, «Todavía sobre el concepto de terceros», en *RDP*, 1947, pág. 352, manifiesta que la calidad de tercero en el caso del artículo 1.257 del Código Civil sólo la tiene momentáneamente. «En cuanto hay provecho desaparece el tercero puesto que viene a ser partícipe del contrato, y partícipe y parte son equivalentes», aunque el iter contractual y su tiempo en integrarse en el contrato con el carácter de parte es distinto. Distingue entre: 1.º Estipulación a favor de tercero, pero vigente sólo entre los otorgantes del contrato, sin que el tercero tenga acción; 2.º Contrato que entraña una promesa ya de los contratantes, ya de uno de ellos, pendiente de aceptación por el tercero, caso de contrato-oferta, que es la concepción que en su opinión sigue nuestro Código Civil, una vez que acepte habrá concluido un contrato mediante la aceptación, como cualquier otro contratante normal. (Pero en este caso el derecho del tercero no nacería del contrato entre promisorio y promitente, sino de un contrato nuevo y distinto. Lo cual parece un rodeo inútil como manifiesta ROCA SASTRE, en *Estudios de Derecho privado*,

t. 1, cit., pág. 221); y 3.º Contrato mediante el cual se constituye un derecho a favor del tercero antes de su aceptación y sin necesidad de ella. En las tres modalidades el tercero está destinado a dejar de serlo.

GHESTIN, *Traité de Droit civil*, cit., pág. 554 y sigs., trata ampliamente de la relatividad y de la ambigüedad de la noción de tercero. En efecto, los terceros se oponen a las partes, a las personas que han concluido el contrato. Pero la distinción es en exceso complicada por la existencia de tantas categorías intermedias que tienden a aproximar más o menos su situación a las de las partes mismas. Por eso el autor propone una nueva clasificación que distingue, de un lado, las partes, y de otro, los terceros vinculados por los efectos obligatorios del contrato.

Por lo que se refiere a la categoría de las partes: distingue entre personas que son partes del contrato desde su formación y las que no tienen esta cualidad más que en el momento de su ejecución; son las primeras las que pueden ser calificadas de partes contratantes en la medida en la que ellas verdaderamente han concluido el contrato, las otras no son más que partes vinculadas por el contrato. Pero todas las partes, que sean contratantes o no, están vinculadas por el contrato y deben estarlo en virtud de una manifestación de voluntad efectiva. En defecto de una u otra de estas dos condiciones no se trataría más que de terceros, vinculados o no por el contrato. Las partes, en el momento de la formación del contrato son, de un lado, las que han concurrido a la formación del contrato expresando ellas mismas la voluntad de estar vinculadas por él, de otra parte, las personas representadas. Y en cuanto a las partes en el momento de la ejecución del contrato hay que distinguir entre las personas que han adquirido la cualidad de parte y las que han perdido esta cualidad. En el primer caso se trata de personas que han consentido convertirse en acreedoras o deudoras en virtud del contrato. Esta condición es necesaria y suficiente para tener la cualidad de parte. Han dado su consentimiento antes de la conclusión del contrato, otras lo han dado después.

Y en este apartado trata específicamente la situación del tercero beneficiario de una estipulación por otro. Ciertamente —manifiesta— la cuestión de saber si el tercero beneficiario adquiere una cualidad de parte contratante es controvertida. Se deduce de que no puede ejercer la acción de nulidad o de resolución del contrato generador de la estipulación por otro quien no tenga la cualidad de parte en este contrato, pero la cuestión solamente es saber si una persona que no ha participado en la conclusión del contrato puede hacerse, por una manifestación de voluntad, sujeto de un efecto obligatorio nacido de este último. El tercero beneficiario se convertirá, por la aceptación de la estipulación hecha en su beneficio por el estipulante, acreedor de la deuda asumida por el promitente. O mejor, será considerado como habiendo sido desde el origen el solo beneficiario de este crédito que entra directamente en su patrimonio sin pasar por el del estipulante. Se puede considerar que este tercero beneficiario se ha convertido así en parte en tanto que titular, desde el origen como consecuencia del efecto retroactivo de su aceptación del crédito nacido del contrato.

Pero la cualidad de parte no debe ser reservada a éste que desde el origen fue esto al precio de una retroactividad, es titular de un efecto obligatorio nacido del contrato. Se debe considerar igualmente —dice— como parte, como acreedor o deudor del otro contratante, la persona que ha adquirido esta situación posteriormente a la conclusión del contrato (pág. 569).

Por lo que se refiere a los terceros vinculados por los efectos obligatorios del contrato, son partes todas las personas vinculadas por los efectos obligatorios del contrato con su consentimiento efectivo cualquiera que sea la forma o el momento. Son terceros todos los demás (comprendiendo aquellas que están vinculadas por los efectos obligatorios del contrato) desde el instante que ellas no han consentido a este efecto obligatorio —con excepción de las personas representadas en virtud de una representación legal—.

Esta clasificación de partes y de terceros se esfuerza en conciliar el papel de la voluntad con la necesidad de tener en cuenta que la extensión de los efectos obligatorios

Por esta razón, a su vez, al tercero no se le exige capacidad para contratar, que sí ha de concurrir en el electo. Y así, en el primer caso (27), como el tercero no ha sido parte en el contrato, no tiene acción de resolución.

Al mismo tiempo, en el contrato a favor de tercero, el estipulante, al contratar con el promitente, adquiere derecho a que éste realice la prestación en favor del beneficiario, derecho que no pierde por la aceptación de este último. El estipulante no puede exigir al promitente que cumpla frente a él la prestación convenida, pero puede exigir que la ejecute en provecho del tercero (28). Por el contrario, en el contrato por persona a designar una vez nombrado el tercero y efectuada su aceptación, el originario estipulante desaparece de la relación como si nunca hubiera intervenido, tomando el tercero la posición del primitivo contratante con efectos retroactivos. El tercero designado se convierte verdaderamente en parte contratante como si el negocio hubiera sido concluido por él personalmente, por lo que «la titularidad de los derechos y de las obligaciones no es más que la consecuencia lógicamente inmediata de la adquisición de aquella cualidad» (29).

Así, mientras que en el contrato a favor de tercero el promitente se ha obligado respecto al estipulante a ejecutar su promesa a favor del tercero, en el contrato por persona a designar, el promitente sólo queda obligado respecto del propio tercero. El contrato a favor de tercero es una operación triangular en sus efectos aunque bilateral en su formación (30).

La aceptación también tiene un valor diverso en ambos contratos. Se señala que el contrato a favor de tercero es perfecto desde que lo celebran las partes contratantes, de modo que desde este momento el tercero es titular del derecho con independencia de su aceptación que tiene la función de hacerlo irrevocable, no en el sentido de hacer depender de ésta la adquisición o titularidad del derecho, aunque algunos autores lo consideran

del contrato no es y no puede estar limitada a las personas que inicialmente han formado el contrato por el intercambio de consentimientos. Las partes son las personas que han aceptado ser y permanecer o convertirse acreedoras o deudoras por el efecto del contrato. Todas las demás son terceros.

(27) Apunta ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho privado*, t. I, cit., pág. 228.

(28) RAMS ALBESA, en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho civil*, t. II, cit., pág. 553.

(29) Como dice MARTÍN BERNAL, *La estipulación a favor de tercero*, Madrid, 1985, pág. 298.

(30) STOLFI, «La conchiusione dei contratti per persona da nominare», en *Riv. Dir. Civile*, 1925, pág. 547, mientras el estipulante que contrae *pro amico eligendo* adquiere todos los derechos y las obligaciones nacidas del negocio como si hubiese actuado en nombre propio y sin reserva alguna, el estipulante que contrae a favor del tercero vincula al promitente que no puede retraerse del compromiso asumido, pero no adquiere normalmente el derecho a pedir que la prestación sea efectuada a su favor, sino sólo la posibilidad de obligar al promitente a efectuarla al tercero.

como una *condictio iuris* o un requisito legal para la adquisición del derecho (31).

Por lo que se refiere a las causas de extinción de la estipulación a favor de tercero, no son estrictamente de aplicación al contrato por persona a designar, sin que se plantee el problema del destino de la prestación, pues de no nombrarse al tercero, el originario contratante queda definitivamente vinculado (32).

2. LA PROMESA DEL HECHO DE UN TERCERO

La *electio amici* tampoco es una promesa del hecho ajeno como igualmente entiende STOLFI (33). Aún menos semejanzas hay con esta figura, pues la promesa de hecho ajeno a los contratos dirigidos a la prestación del tercero (34) son aquéllos en los que una de las partes promete a la otra la prestación que debe cumplir un tercero extraño al contrato, se promete la realización de algo que debe ejecutar un tercero, pero para vincular al tercero, lógicamente, éste ha de prestar su consentimiento. En el caso de que el tercero no consintiera, el promitente se ve obligado a indemnizar.

Aun debatida la verdadera naturaleza jurídica de la obligación que nace de la promesa del hecho ajeno (35), debe distinguirse esta figura del contrato

(31) BONET, «Comentario jurisprudencial», en *RDP*, 941, pág. 110; ROCA SASTRE, «Estipulaciones en favor de tercero», en *Estudios de Derecho privado*, t. I, cit., pág. 224.

LETE DEL RÍO, *Derecho de obligaciones*, vol. II, Madrid, 1998, pág. 94.

(32) Sobre la diferencia entre el contrato para persona a designar y el contrato a favor de tercero puede verse también LORDI, «Responsabilità di chi contratta per persona da dichiarare», en *Riv. dir. comm.*, 1938-II, pág. 367; PERCATORE-RUPERTO, *Codice civile*, cit., págs. 2311 y 2312. Ampliamente LEITE DE CAMPOS, *Contrato a favor de terceiro*, Coimbra, 1991, págs. 75 y 76.

(33) STOLFI, *La conclusione dei contratti per persona da dichiarare*, cit., pág. 547. VAZ SERRA, «Contrato para pessoa a nomear», en *Boletim do Ministerio da Justícia*, núm. 79, 1958, pág. 170.

(34) Como también los denomina GULLÓN BALLESTEROS, «La promesa del hecho ajeno», en *ADC*, 1964, pág. 13.

(35) Vid. GULLÓN BALLESTEROS, *La promesa del hecho ajeno*, cit., pág. 11, quien entiende que el promitente asume una obligación de garantía, «la prestación del promitente es una prestación de garantía. El que promete el hecho ajeno, lo que hace es garantizar al acreedor o promisorio que su interés será satisfecho, respondiendo de las consecuencias perjudiciales en caso contrario. En otros términos, el promitente asume frente al promisorio el riesgo de que el tercero no cumpla. El promitente dice: yo no estoy facultado para obrar. Esta ausencia de poderes hace nacer un indudable riesgo, puesto que el tercero podrá ratificar o no el contrato que ha celebrado en su lugar. Pero este riesgo yo lo cubro. Yo me obligo a indemnizar de todo daño que pueda causar la no ratificación. ... Así pues, no existen inconvenientes para ver en la promesa de hecho ajena una asunción por parte del promitente del riesgo que supone para el interés del acreedor o promisorio el que el tercero no cumpla... El declara que el tercero hará o no hará, pero mani-

por persona a designar (36), en este último caso el estipulante necesariamente no ha de nombrar ni siquiera al tercero o tener en cuenta al tercero, el promitente cumplirá frente al estipulante o frente al tercero, según ejerza el estipulante la facultad de designación o no, en cuyo caso —si no nombra al tercero— del contrato se derivarán los efectos normales del tipo de que se trate (es decir, característica esencial de la figura es, en su caso, el nombramiento «sucesivo» al momento de la conclusión del contrato). En el supuesto de que se designe al tercero, éste se colocará en la misma posición que asumió el estipulante, mientras que en la promesa de hecho ajeno ninguna parte se superpone o se sustituye, el promitente no queda obligado en modo alguno a cumplir lo que ha prometido que hará el tercero (37).

Una vez que se nombre al tercero en el contrato por persona a designar, desaparece de escena el estipulante, como si nunca hubiera contratado, en la promesa de hecho ajeno una vez consienta el tercero, quien desaparece en todo caso es la figura del promitente, «una vez realizado el promitente ya no está obligado a más y queda desligado de los demás avatares del desarrollo de lo convenido» (38). O, según CRISTÓBAL MONTES, «cuando aquél cuya conducta se prometió acepta el compromiso, se tiene ya la seguridad de que

festando que no tiene poderes para vincular inmediatamente a dicho tercero, sino que será él, precisamente, quien tendrá que tomar la última decisión. El promitente se obliga directamente, y desde un primer momento, con el promisorio, mediante la asunción del riesgo de que el tercero no cumpla».

Así que antes de que el tercero acepte sobre el promitente, pesa el riesgo de que aquél rehúse y tenga que indemnizar daños y perjuicios, aunque por excepción hay supuestos en los que falta la aceptación pero hay liberación (descritos por el autor en la pág. 17).

Teoría a la que pone serias objeciones CRISTÓBAL MONTES, «Naturaleza jurídica y efectos de la obligación que nace de la promesa del hecho ajeno», en *RDP*, 1974, págs. 671 y sigs., vid. también, págs. 678 y sigs., entiende que «surge a cargo del promitente la obligación principal, autónoma, directa e inmediata de indemnizar al estipulante los daños y perjuicios que se deriven de no poder obtener del tercero la prestación que se esperaba; no se trata de ningún resarcimiento por inejecución de un anterior vínculo que derivaría de la promesa, ni tampoco de una prestación accesoria».

(36) Como también entiende GULLÓN BALLESTEROS, *La promesa...*, cit., pág. 16.

(37) Vid. GULLÓN BALLESTEROS, *La promesa del hecho ajeno*, cit., pág. 19, tratando las consecuencias que derivan para el promitente del hecho de que el tercero no acepte vincularse con el promisorio y planteado por la doctrina la posibilidad de que el mismo promitente pueda sustituir al tercero en la ejecución del hecho, reitera el autor que su prestación es de riesgo, «en el caso de que el promitente se obligase subsidiariamente habría que pensar en el contrato por persona a determinar». CRISTÓBAL MONTES, *Naturaleza jurídica...*, cit., pág. 683 y págs. 696 y sigs., llega a la misma conclusión en el sentido de que «el promitente en ningún caso, ni antes de producirse ni frustrado el evento, está sujeto a realizar la actuación del tercero prometida porque la aceptación de una consecuencia semejante conduciría inelectablemente a la desnaturalización de la figura y ocasionaría la pérdida de la justificación de su existencia».

(38) Dice RAMS ALBESA, en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho civil*, t. II, cit., pág. 549.

la *condicio iuris*, de cuya verificación dependía la vinculación del promitente, ya no se producirá y, en consecuencia, no es que éste quede liberado, sino que ya no puede resultar obligado» (39).

Según MESSINEO, «*la promessa del fatto d'un terzo importa obbligazione soltanto del promittente e, in ogni caso, presuppone, oltre la promessa del contraente, una prestazione da parte del terzo; nel contratto per persona da nominare, il contraente promette il fatto proprio, e soltanto eventualmente —e alternativamente— il fatto del terzo: con l'effetto che, se la dichiarazione di nomina sia valida, il nominato non può legittimamente rifiutarsi di adempiere*» (40).

En la promesa de hecho ajeno la vinculación jurídica del tercero sólo puede surgir desde el momento que acepta obligarse, mientras que la aceptación del tercero del contrato por persona a designar tiene efectos retroactivos (idea de eficacia retroactiva que no engarza exactamente con los efectos normales y lógicos de la promesa del hecho ajeno). Por lo tanto, si el tercero rehúsa, las consecuencias son distintas, pues distinta es además la estructura de cada negocio. En el primer caso da lugar a una indemnización, en el segundo caso el estipulante no promete nada, de no aceptar el tercero, el estipulante continúa como contratante.

3. EL CONTRATO POR CUENTA DE QUIEN CORRESPONDA

La diferencia con este contrato queda también patente en la propia definición. Según MILITERNI, «*contratto per conto de chi spetta si ha ogni qualvolta si stipuli un contratto a favore de un terzo indeterminato, con cui si cauteli un interesse di costui, in attesa che in base a circostanze oggettive si riveli il titolare dell'interesse*» (41). De este modo, la determinación del beneficiario o sujeto del interés no tiene lugar por voluntad y decisión de uno de los contratantes, sino por efecto de acontecimientos objetivos. Todo lo contrario ocurre en el contrato por persona a designar, el tercero es nombrado por voluntad del estipulante. Siendo este último parte contratante, condición que no asume el otorgante por cuenta de quien corresponda (42). En esta hipótesis quien actúa, actúa expresamente en nombre y por cuenta de otro y no se convierte en parte del contrato, y puesto que se actúa en relación a una

(39) CRISTÓBAL MONTES, «Naturaleza jurídica y efectos jurídicos de la obligación que nace de la promesa de hecho ajeno», en *RDP*, 1974, pág. 689.

(40) MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., pág. 507.

(41) MILITERNI, «Il contratto per conto de chi spetta nella teoria generale del diritto», en *Diritto e Giurisprudenza*, 1960, pág. 381, sobre su naturaleza jurídica, págs. 382 y sigs.

(42) MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., pág. 507.

posición subjetiva de la cual no se ha determinado todavía el titular la determinación de quién es parte efectiva del contrato, se reenvía a un momento posterior, en el que se concretará el titular de la posición subjetiva. Es decir, el sujeto es indeterminado, ni cierto ni eventual, como ocurre en el contrato por persona a designar (43).

4. EL NEGOCIO JURÍDICO *PER RELATIONEM*

El negocio jurídico *per relationem* como una especificidad de los negocios determinables se ha definido como «el negocio perfecto e incompleto, en el que la determinación de su contenido o de alguno de sus elementos esenciales se realiza mediante la remisión a elementos extraños al mismo». «El negocio jurídico *per relationem* es un negocio jurídico existente o concluso, pero no eficaz y no consumado; su eficacia depende de que se realice la *relatio*», que es el elemento diferenciador o específico de este negocio y que le atribuye autonomía dentro de la vasta categoría de los negocios jurídicos. Sólo llegado aquel momento puede hablarse de negocio jurídico *per relationem* consumado, de negocio plenamente eficaz, pues la realización de la *relatio* agota el *iter* negocial. Es preciso, por tanto, la existencia de una indeterminación en el contenido o en algunos de sus elementos esenciales con posibilidad de ulterior determinación y que esta determinación se realice mediante la remisión a elementos extraños al negocio jurídico (44).

Concebido de este modo el negocio jurídico *per relationem* ha de diferenciarse necesariamente del contrato por persona a designar. En efecto, y como se ha dicho tantas veces, en el contrato por persona a designar el promitente y el estipulante están siempre concretados y determinados, aunque se permita la posibilidad de que el estipulante se sustituya, no hay ninguna indeterminación, como mucho ésta puede ser relativa, cuando además si la elección no se realiza —o es inválida o intempestiva— el originario contratante se hace definitivo, el negocio no deviene inexistente como ocurre en los negocios *per relationem*, sino que tiene plena eficacia, por configurarse como un contrato con todos los elementos requeridos.

En el contrato por persona a designar no hay ninguna incertidumbre en el sentido que existe en el negocio jurídico *per relationem*. En el primer caso es un negocio que despliega sus efectos jurídicos, mientras que los segundos

(43) MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., pág. 322; CIAN-TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, Padova, 1992, pág. 1124; PIROTTA, «Contratto per persona da nominare e collegamento negoziale», en *I contratti*, 1996, pág. 340.

(44) DÍAZ-AMERONA BARDAJI, *El negocio jurídico per relationem en el Código Civil*, Madrid, 1994, págs. 74 a 77.

sólo producen consecuencias jurídicas si se cumple la *relatio* y si esta circunstancia implica una remisión a elementos extraños al negocio, la elección del tercero en el contrato por persona a designar depende de la voluntad del estipulante que es parte contratante del negocio.

Por su parte, DÍAZ-AMBRONA entiende que aunque el contrato por persona a designar tenga algunos rasgos del negocio *per relationem*, no debe incluirse dentro de esta categoría dogmática (45).

5. TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN Y DEL MANDATO

El planteamiento tradicional para explicar la especialidad de los efectos de este contrato ha partido de la teoría de la representación, especialmente en la doctrina francesa e italiana, no en vano las expresiones que se utilizan son *dichiarazione di commando* o *vente avec declaration de command*, terminología que invoca la idea de representación o mandato (46).

En el Derecho francés ha sido defendido por BAUDRY-LACANTINERIE y SAINAT: la venta *avec réserve d'élire command* es una venta en la que el comprador, tratando en su nombre, deja entender que quizá él no compra para él y se reserva hacer conocer en un plazo convenido la persona para la cual compra, semejante reserva hace suponer que el comprador ha sido encargado para comprar por una persona que no quiere todavía darse a conocer. *Cet mandat supposé, qui n'est le plus souvent qu'une fiction, faisant considérer l'acheteur comme ayant reçu ordre ou commandement d'acheteur* (47). DEMOGUE: «*il peut y avoir contemplatio non seulement si le représentant a déclaré au tiers contracter pour telle personne, mais même s'il a écaré contracter pour d'autres qu'il ne désigne pas actuellement: ceci se produit forcément d'ailleurs s'il représente des personnes futures ou indéterminées. Mais cela peut avoir lieu encore si le représentant le déclare et si le tiers prend acte sans protestation. Cela se recontre lorsqu'une personne declare*

(45) *Ibidem*, págs. 116 y sigs.

(46) Es muy significativo que en el Código Civil italiano se incluya el contrato para persona que se designará entre la institución de la representación y la cesión del contrato. También en el Fuero Nuevo de Navarra, pero en sentido inverso (Ley 514).

De este modo manifiesta DE MATTEIS, «Contratto per persona da nominare», en *Contratto e impresa*, t. 2, 1993, pág. 537, «D'altronde la stessa collocazione topografica fornita dal codice che ha disciplinato il contratto per persona da nominare fra la rappresentanza e la cessione de contratto depone in tal senso e conferma una voluntas legis volta ad assegnare il connotato funzionale e teleologico di questo schema contrattuale alla zona di confineta gli ambiti concettuali della cooperazione giuridica e della circolazione dei rapporti obbligatori».

(47) BAUDRY-LACANTINERIE-SAINAT, *Traité théorique et pratique du droit civil*, París, 1908, núm. 172.

faire une assurance pour le compte de qui il appartiendra, ou encore lorsqu'un acheteur fait une déclaration de command» (48). PLANIOL y RIPERT: «*C'est la déclaration de command ou élection d'ami, parce que la personne qui traite l'achat déclare qu'un ami lui a commandé d'acheter à sa place*» (49); sentido en el que también se expresan MALAURIE y AYNES (50); del mismo modo, H. MAZEAUD y J. MAZEAUD: «*comme le mandataire, le commandé indique, lors de la formation du contrat, qu'il agit sur l'ordre d'un command*» (51); y más recientemente HUET, quien manifiesta que se aproxima su mecanismo al del mandato, porque «*l'apparent joue le rôle d'un simple intermédiaire*» (52); y BENABENT: «*le commandé (mandataire) indique alors qu'il agit pour autrui, mais se réserve un délai pour dévoiler le nom de son command (mandat). A l'expiration de ce délai il se décharge en révélant le nom du command et il a alors rétroactivement mandat: seul le command est tenu du contrat. S'il ne déclare pas ce nom, le commandé demeure personnellement tenu*. El mecanismo juega, en consecuencia, como una representación eventual» (53); y los ya citados H. y J. MAZEAUD expresan, por su parte, que la *déclaration de command* es, en consecuencia, un mandato bajo la condición de revelar el nombre del mandante en el plazo fijado, se trata de una representación condicional.

Para GHESTIN hay que analizarlo como una representación opcional, un supuesto de representación imperfecta. En los supuestos de representación imperfecta —explica— el compromiso del representado puede estar sometido a la voluntad del tercero de buena fe (*prête-nom*) o a la del representante o del representado (*déclaration de command*), casos en los que se puede hablar de representación opcional. Pero puede también que el representante se limite a cumplir actos materiales en nombre y por cuenta del representado (representación comercial): y habría que hablar entonces de representación incompleta (54).

Cuando se concluye el acto con el tercero, el mandatario se reserva la posibilidad de actuar en nombre y por cuenta de otra persona, respecto de la cual no revela por el momento su identidad, es decir, se presenta a los terceros en una doble cualidad: cocontratante o representante; y es procediendo o no

(48) DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. I, París, 1923, pág. 187.

(49) PLANIOL-RIPERT, *Traité élémentaire de Droit civil*, t. II, París, 1952, pág. 747.

(50) MALAURIE-AYNES, *Droit civil, Les contrats spéciaux*, París, 1989, págs. 253 y 254.

(51) MAZEAUD-MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, t. III, París, 1980, pág. 880.

(52) HUET, *Traité de Droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, París, pág. 372.

(53) BENABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux*, París, 1995, pág. 410. Vid. también STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, París, 1982, pág. 226, la *représentation du command per le commandé est une représentation non incomplete ni imparfaite, mais éventuelle*.

(54) GHESTIN, *Traité de Droit civil, Les obligations, Les effets du contrat*, París, 1992, pág. 784.

a la *declaration de command* como determinará su exacta cualidad. Es justo en el momento de esta declaración cuando se sabe si el mandatario actúa efectivamente en calidad de representante. La representación que permite la operación está en consecuencia sometida a una doble manifestación de voluntad: la declaración del mandatario y su aceptación por el mandante. La representación es así imperfecta porque está sometida a un evento incierto (55).

Asimismo en la doctrina italiana la tesis de la representación es una de las más defendidas (56). Entre otros por MIRABELLI, para quien la construcción más adecuada es aquélla que encuadra el contrato por persona a designar en la representación (57). Y del mismo modo PERLINGIERI, según el cual cualquiera que sea la tesis sostenida no parece que se pueda prescindir del esquema de la representación, en cuanto que en los artículos 1.402 y 1.403 se habla expresamente de «poder» que debe ser anterior al contrato, siendo su contenido de otorgamiento de poderes representativos para concluir un negocio, y ninguna importancia tiene, en esta hipótesis, la circunstancia de que el poder haya sido comunicado a los terceros en dos momentos, primero subjetivamente indeterminado y después nominativamente determinado (58). En el mismo sentido para BETTI esta hipótesis se acerca a la institución de la representación, ya que en el caso de que la declaración subsiga la nueva situación jurídica se produce exclusivamente respecto de la persona designada como si el negocio hubiese sido concluido en representación suya (59). Y recientemente también se ha manifestado cómo en el contrato por persona a designar las relaciones entre declarante y la persona nombrada, se regulan por la disciplina de la representación voluntaria y el contratante que se ha reservado la facultad de nombrar, asume la función de representante del tercero en el intervalo que transcurre desde la conclusión del contrato hasta la declaración de nombramiento (60).

Pero quizá sea ENRIETTI el autor más característico de esta teoría, sin duda por ser uno de los primeros en la publicación de un estudio monográfico —*Il contratto per persona da nominare*, Torino, 1950— (no en balde la doctrina italiana ha tenido una especial preocupación por esta figura jurídica motivada por su frecuente uso en el Derecho intermedio por comerciantes genoveses). El autor presenta su propia construcción sobre la base de dos contratos, el primer contrato, entre promitente y estipulante, tiene eficacia

(55) *Ibidem*, pág. 787.

(56) Vid. DE MATTEIS, «Il contratto per persona da nominare», en *Contratto e impresa*, t. 2, 1993, págs. 552 y sigs., sobre la preferencia de la jurisprudencia sobre esta tesis.

(57) MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1958, pág. 318.

(58) PERLINGIERI, *Codice civile annotato*, t. I, Torino, 1980, pág. 517.

(59) BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, pág. 424, si bien mantiene una opinión diversa en su trabajo, «Sulla natura giuridica della girata dei titoli all'ordine», en *Riv. dir. comm.*, 1927-I, pág. 566.

(60) PESCATORE-RUPERTO, *Codice civile annotato*, t. I, Milán, 1997, pág. 2311.

inmediata, aunque no definitiva, porque está sometido a la condición resolutoria de la *electio amici*, condición potestativa. Pero, como dice DE CASTRO, «si se admite esta clase de condición, ha de serlo con sus propios caracteres, o sea, dependiendo del mero querer de una de las partes; pero aquí los resultados del negocio penden además de uno de estos dos hechos ajenos a la voluntad del estipulante: existencia previa del poder conferido al estipulante o aceptación de la persona designada. Además, si se aceptan los postulados de Enrietti, resultará difícil admitir que la designación del sujeto sea condición del negocio, pues la designación condicionaría la determinación del sujeto y no sería ya extraña a la estructura del negocio, caracteres de la condición según el autor. (En definitiva) parece imposible admitir que el negocio promitente-estipulante esté todo condicionado resolutivamente, pues la *facultas designandi* nacida de este negocio no está condicionada, no se limita a resolver el contrato al ejercerse, ni se explica siquiera que la relación representativa entre estipulante y designado, pues liga desde la perfección del contrato promitente-estipulante al promitente a estar y pasar por la designación que haga el estipulante» (61).

(61) DE CASTRO Y BRAVO, «Contrato por persona a designar», en *ADC*, 1952, págs. 1374 y 1375; en el mismo sentido, VISALLI, *Natura giuridica del contratto per persona da nominare*, cit., pág. 1390, porque la condición es un suceso futuro e incierto al cual las partes subordinan la realización o resolución de la relación derivada del negocio; aquí, sin embargo, la incertidumbre no se refiere al vínculo obligatorio en sí mismo considerado sino a la determinación de uno de los sujetos. «*Inoltre, non può configurarsi come condizione sospensiva una dichiarazione di volontà di contenuto negoziale, qual'è l'electio amici, la quale tende ad inserire nel rapporto giuridico, originato dal contratto, un terzo rimastori fino allora estraneo, ed ha pertanto, nei riguardi dello stesso, valore costitutivo del vincolo obbligatorio. In fine, il medesimo evento non può funzionare da condizione sospensiva e risolutiva, nello stesso tempo, di un'unica fattispecie negoziale*».

También ZINCANI, *Schemi di diritto privato*, Bolonia, 1992, pág. 355, descarta la tesis de la condición: por defecto de unidad y por utilización impropia del instrumento condicional.

Pero no debe olvidarse que una buena parte de la doctrina ve en la *electio* una modalidad de cualquier contrato conmutativo que funciona como una condición resolutoria de la adquisición del estipulante y como condición suspensiva de la adquisición del tercero. En este sentido, STOLFI, *La conclusione...*, cit., pág. 548, entiende que el estipulante asume sobre sí todas las obligaciones nacidas del contrato y se convierte por eso en propietario de la cosa adquirida y como tal hace suyos los frutos, sufre los efectos del caso fortuito y puede constituir actos de disposición y constituir sobre la cosa derechos reales de garantía o de goce. El tercero no tiene ningún derecho hasta que no haya sido designado al promitente, efectuada la designación se le transfiere la propiedad de las cosas automáticamente como si hubiera intervenido personalmente en la contratación, lo que produce dos consecuencias: que el estipulante debe restituir los frutos y no debe respetar los actos de disposición realizados por el estipulante porque la retroactividad lo debe hacer entender como cumplidos *a non domino*.

Especialmente la teoría de la condición resolutoria ha sido acogida por la doctrina portuguesa: MOREIRAS, *Instituições do direito civil português*, vol. II, Coimbra, 1925, pág. 658; ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Coimbra, 1996, pág. 448; RIBEIRO

Y el segundo contrato, entre promitente y designado es —según ENRIETTI— un contrato *in fieri* (que se perfeccionará sólo con la *electio amici*), teniendo las siguientes características: 1.^a es un negocio de formación sucesiva, y 2.^a es un negocio concluido siempre por medio de representante, y esta cualidad puede resultar de un poder o de la ratificación (62).

Podría añadirse, aunque con menor repercusión, el Derecho suizo. En este sentido, ENGELS expresa que la representación de una persona indeterminada se da sobre todo a propósito del contrato por cuenta de quien corresponda o *pour son nommable ou declaration de command* (63).

IV. NATURALEZA JURIDICA

Ciertamente que en la doctrina ha habido numerosas y contrastadas tentativas de encuadramiento sistemático de la figura, con lo que la anterior

DA FARIA, *Direito das obrigações*, vol. 1, Coimbra, 1991, pág. 336; DOMIGUES DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, vol. 2.º, Coimbra, 1974, pág. 295; GALVAO TELLES, *Direito das obrigações*, Coimbra, 1989, pág. 174; y en la jurisprudencia puede verse, Acordao 23 de enero de 1986, BMJ, núm. 353, 429. En la doctrina española, PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, Barcelona, 1978, t. II, vol. 1.º, pág. 273, entiende que «el contrato puede ser construido como si la reserva de elección permitiera la eficacia de una condición resolutoria de los efectos ya producidos, y al mismo tiempo la eficacia de una condición suspensiva que afectaba al derecho del designado». En el Derecho italiano también puede citarse, además, a CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, Nápoles, s/d, pág. 705.

(62) También en su trabajo *Novissimo Digesto italiano*, t. IV, Torino, 1964, págs. 666 y 667.

Más en concreto, parte de que en dicho contrato hay dos estipulaciones, dos negocios, porque el estipulante hace dos declaraciones de voluntad distintas y son aceptadas por el promitente, una en nombre propio y en otra en nombre ajeno, el promitente contrata aquí a la vez con el estipulante y con el tercero. Dos relaciones que no se configuran como autónomas sino interdependientes.

El primer contrato entre promitente y estipulante es un contrato sometido a condición resolutoria, siendo la condición la *electio amici*, y como depende de la voluntad del estipulante es una condición potestativa. Por tanto, éste es un negocio perfecto y eficaz desde el principio, hasta que al efectuarse la designación desaparece por entero la relación.

Mientras que el contrato entre promitente y designado, no es un contrato existente desde el principio, porque no puede hablarse de contrato cuando uno de los sujetos es incierto, aunque sea determinable, por lo que es un contrato de formación sucesiva. A la vez que siempre concluido por medio de representante. La *facultas amicum eligendi* es un poder jurídico que faculta para originar un acto que viene a completar el contrato entre promitente y designado, por lo cual es lo mismo que el estipulante tenga o no poder del designado, si carece de él es necesaria la ratificación, lo que no significa que antes de ella este contrato esté incompleto, está completo pues reúne todos los elementos estructurales ya antes de la ratificación, no falta ningún elemento interno del contrato, sino un mero presupuesto (la legitimación del estipulante).

(63) ENGELS, *Traité des obligations en droit suisse*, Neuchâtel, 1973, pág. 262.

enumeración no se trata de una relación exhaustiva, y es que la íntima contradicción existente en la posición del contratante que es tal, efectivamente, pero puede ser sustituido por otro sin que tenga lugar una sucesión, no puede sino sugerir numerosas hipótesis.

Tampoco la intervención legislativa ha disuadido la polémica, como puede verse en Italia o Portugal (64), cuyos códigos civiles regulan expresamente el contrato para persona a designar y, dado que la disciplina es lo suficientemente detallada, la previsión legal debería haber aplacado la discusión sobre la calificación del fenómeno (65).

En cualquier caso, todo ello revela que aunque es evidente y claro el interés práctico de la figura, como se ha visto, por el contrario, desde el punto de vista teórico no es fácil y pacífica su ubicación en alguna de las conocidas categorías del Derecho privado. La claridad de su finalidad desde luego no ha impedido a la doctrina dudar de su naturaleza jurídica, y las mayores dificultades proceden, en efecto, de las evidentes semejanzas con otras instituciones jurídicas.

De cara al análisis de su naturaleza jurídica interesaría tener presente que para que la figura responda mejor a su función económica deberían cumplirse dos premisas fundamentales:

1.^a Que el contrato se presente como una unidad.

2.^a Y que la parte que se reserve la facultad de nombrar quede inmediatamente vinculada hasta la efectiva designación del tercero y su correspondiente aceptación. (Originariamente la relación contractual quedaría establecida entre estipulante y promitente, el estipulante es parte del contrato y quedaría vinculado, en principio, al cumplimiento de las obligaciones derivadas del negocio. Y una vez que se designe y acepte el tercero, queda desligado del contrato como si nunca hubiera estipulado, pasando el tercero a ocupar su lugar adquiriendo con efectos retroactivos.)

Pero la eliminación del comprador al que se le autorizó la reserva y la entrada como adquirente del tercero con efectos retroactivos y directamente de manos del vendedor son precisamente los dos problemas más arduos de resolver.

De otro lado, si lo más frecuente es que dicha cláusula se inserte en un contrato de compraventa, a juicio de VALLET DE GOYTISOLO no es posible prescindir de tener en consideración su régimen, la solución del problema no puede independizarse de la naturaleza y los efectos que corresponden al con-

(64) La legislación actual portuguesa reproduce en lo esencial el articulado inicial de VAZ SERRA. De otro lado, esta figura ya estaba reconocida en el artículo 465 del Código de Comercio, que se refiere a la compraventa mercantil de cosas muebles para persona que después haya de nombrarse.

(65) Vid. SACCO-DE NOVA, *Trattato di Diritto privato*, Diretto da P. Rescigno, 10, Obligationi e contratti, t. 2.º, Torino, 1982, pág. 410.

trato de compraventa en el Código Civil español (66). A lo que habría de añadirse —como aconseja el profesor DE CASTRO muy certeramente— la consideración de las relaciones internas que determinan la convención, su significado —dice— depende de la relación interna que en cada supuesto matice a toda la relación jurídica compleja, «debe atenderse a la pluralidad de las relaciones internas posibles. Con lo que de un modo realista se tendrán en cuenta los oficios para los que esta figura se utiliza en la práctica. Para ello deberán considerarse las distintas situaciones que pueden ocupar cada una de las tres partes que intervienen» (67).

Teniendo en cuenta tales premisas, la designación podría tener lugar:

- a) en virtud de un previo encargo;
- b) o por libre designación del que se reservó esta facultad. Es decir, en interés del electo o en interés del estipulante.

No debe olvidarse que lo único que le diferencia de un contrato ordinario de la misma clase es la eventualidad de una ulterior designación que a veces obedece a una relación previa entre estipulante y el designado y en otras a una relación futura. Por eso, en efecto, para saber lo que hay exactamente habrá que tener en cuenta la relación interna, que estará en función de la finalidad que persigan los particulares, lo que será muchas veces un problema de interpretación (68).

Cuando el estipulante se limita a declarar que contrata «para persona que se designará», puede no ser lo mismo que declarar contratar «por sí o para persona a designar» (69).

(66) VALLET DE GOYTISOLO, «Contrato de compraventa a favor de persona a designar», en *AAMN*, t. VIII, 1954, pág. 563.

(67) DE CASTRO, «Contrato por persona a designar», en *ADC*, 1952, pág. 1378. Del mismo autor en *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972, pág. 125. También en *Estudios jurídicos* del profesor F. de Castro, t. II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997, págs. 1435 y sigs.

(68) ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, cit., págs. 293 y sigs., de cualquier forma habrá que interpretar el contrato para que se depuren los términos exactos en que el estipulante originario se obligó y su consecuente responsabilidad.

Y en la jurisprudencia ha venido destacado, a propósito de esta misma figura, en la Sentencia del TS del 9 de junio de 1990: «la naturaleza de un negocio jurídico depende de la intención y declaraciones de voluntad que lo integran y no de la denominación que le hayan atribuido las partes, siendo el contenido real del contrato el que determina su calificación».

(69) Cass. 12-12-1995, núm. 12733 Banco Ambrosiano-De Benedetti. Controversia nacida del hecho de la obligación de adquirir, por parte del Banco Ambrosiano, acciones procedentes adquiridas por De Benedetti «por persona o ente a designar», hipótesis que el Tribunal distingue del contrato «por sí o por persona a designar».

Por el contrario, las cláusulas «para sí o para persona a designar» y «para sí y para persona a designar» tienen el mismo valor (vid. SERRANO Y SERRANO, *El contrato a favor de persona...*, cit., págs. 51 y sigs., también REYMOND, *La promesse...*, cit., págs. 75 y

a) En el primer caso podría deducirse que hay quizá un previo encargo, podría pensarse entonces que hay una representación (si bien no necesariamente porque el estipulante puede contratar de este modo simplemente para disimular que él es el verdadero interesado). Pero en ningún caso se trataría, aunque también presuponga una relación previa, de un *nuntius*, que carece de una voluntad propia en la formación del negocio jurídico y que no responde propiamente a la configuración del contrato por persona a designar, aunque históricamente para explicar los efectos de este contrato se haya concebido al estipulante como un mero nuncio o como un simple órgano o instrumento (70), pues recuérdese que en el contrato por persona a designar, el estipulante queda originariamente vinculado, la relación contractual queda establecida entre promitente y estipulante, el primero es parte del contrato y queda compelido al cumplimiento de sus obligaciones (claro, que para algunos autores no hay diferencia entre *nuntius* y representante —es una diferencia de cantidad de poder, no de cualidad—) (71).

Pero también habría que descartar la idea de una representación directa (72), según los clásicos presupuestos dogmáticos, en cuanto el representante actúa en ésta en nombre del representado y los efectos se producen directa e inmediatamente en la persona de este último, sin que quede vinculado contractualmente el representante. Es esencial la concurrencia de la llamada *contemplatio domini*. Respecto de lo cual manifiesta muy certeramente

76), como manifiesta BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité...*, cit., núm. 176, «l'acheteur peut dire qu'il achète pour lui ou pour un ami, ou même pour lui et pour un ami, l'emploi de la conjonction et ne l'oblige pas à garder pour lui une partie du marché». Tampoco hay que presumir —cuando se utiliza la partícula «y»— que el comprador se haya querido constituir fiador u obligar solidariamente con el tercero. Aunque originariamente el término que se usaba para designar al tercero era el de *compagnon*: persona que se interesa con otras en un negocio —apunta REYMOND, *La promesse...*, cit., págs. 72, 92 y sigs. y 199—, defendiéndose en su momento la teoría de compra en común: el *nommable* debía ser considerado como coadquirente del comprador, y esta compra en común ficticia permitía aplicar el principio de que el propietario no paga jamás el impuesto por la compra que él hacía de la porción indivisa de su adquirente (los juristas vaudois del siglo XVIII construyeron en teoría la *vente pour soi ou pour son nommable* como una compra en común). Luego fue el término de *command* para denominar al tercero, el que se hizo más popular, y se construyó la figura sobre la base de un negocio fiduciario, el negocio para persona a designar —recuerda ENRIETTI, *Contratto...*, cit., págs. 668 y sigs.— deriva históricamente del negocio fiduciario concluido mediante *command*, se llamaba *fiduciarus emptor*, tanto en Francia como en Suiza, al adquirente *pro nominanda* persona «porque le véritable acquéreur se fie à la foi de celui qui achète pour lui». Pero la contratación por persona a designar asume después un funcionamiento técnico y una estructura jurídica del todo propia.

(70) En SERRANO Y SERRANO, *El contrato a favor de persona por designar hasta la primera mitad del siglo XIX*, cit., pág. 34.

(71) Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho civil*, t. 1, vol. 3.º, Barcelona, 1990, pág. 296.

(72) También DE CASTRO, *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972, pág. 124.

DE CASTRO que aunque la doctrina haya desnaturalizado el contenido de la representación directa para alcanzar ciertos resultados prácticos, la aplicación teórica exige que «la representación directa sea abierta, es decir, que se conozca al representado, ¿cómo aceptar como deudor a quien se desconoce?, ¿cómo establecer una relación jurídica directa con quien ni siquiera se sabe si existe?, ¿cómo derivar del poder la vinculación jurídica con el representado cuando se desconocen su extensión, sus términos y hasta su existencia? Es necesario para que exista la representación directa que sea posible establecer inmediatamente la relación directa y ¿cómo será esto posible mientras que no se levante el telón que oculta al representado?» (73).

Otra diferencia se halla en la capacidad, pues el representante ha de tener capacidad general para la realización de actos jurídicos, aunque carezca de la capacidad requerida para el negocio de que se trate. Mientras que en el contrato por persona a designar, el estipulante requiere de la capacidad y legitimación correspondientes, en el sentido de que la formación del acuerdo contractual supone la capacidad de los contratantes, capacidad para contratar, es necesaria la subsistencia de los requisitos del contrato mismo respecto del estipulante en el momento de la estipulación, en cuanto que el estipulante se compromete asimismo y sólo eventualmente al tercero, si el estipulante se obliga válidamente el contrato es válido también si por azar el tercero no puede obligarse o de otra manera no se obliga válidamente, pues el contrato produce sus efectos entre los contratantes originarios. Al mismo tiempo habrá que tener en cuenta las prohibiciones para contratar del artículo 1.459 del Código Civil.

Por tanto no concurren los requisitos para estar en presencia de una representación directa, los presupuestos y las actuaciones exigidas para el contrato por persona a designar son contrarios a la noción de este tipo de representación. Como dice FLATTET, la variedad de efectos que ofrecen los contratos concluidos por una persona y se ejecutan con otra no pueden entrar en los límites estrechos de la representación (74).

Así, tampoco serviría para lograr en estos esquemas la inclusión del contrato para persona a designar el recurso a la técnica de la ratificación, asimilándola a la aceptación que debe manifestar el tercero para quedar vinculado (75). Son dos conceptos jurídicos diferentes, estando prevista la ratificación cuando una persona contrae como representante sin tener poder, es la ratificación la que permite dar eficacia a aquella relación jurídica en que se invocó el nombre

(73) DE CASTRO, *Contrato por persona a designar*, cit., pág. 1378. Vid. también DÍEZ-PICAZO, *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 439.

(74) FLATTET, *Les contrats pour le compte d'autrui*, París, 1950, pág. 296.

(75) En el mismo sentido, VISALLI, «Natura jurídica del contratto per persona da nominare», en *Foro italiano*, 1960, pág. 1389; SCALONE, «Spunti critici in tema di contratto per persona da nominare», en *Riv. Dir. Commerciale*, 1958-I, pág. 360.

del principal; por tanto, ello ocurre en un negocio hecho sin apoderamiento, representando la ratificación la concesión de efectos a un contrato que carecía de ellos; lo que no ocurre en la figura, objeto de estudio, donde el contrato es eficaz y las partes quedan vinculadas y, definitivamente, aunque el tercero no consienta, dicha aceptación no tiene por objeto reponer el negocio como si realmente hubiese emanado de aquél *ab initio* el exigible poder legitimador, que es la función que tiene la ratificación. De otro lado, la ratificación puede ser expresa o tácita, mientras que la aceptación en el contrato por persona a designar tiene que ser expresa. Como también difieren en cuanto a quién debe dirigirse la ratificación y a quién la aceptación del contrato por persona a designar, el destinatario de la ratificación, en todo caso, ha de ser el tercero que celebró el negocio con el supuesto representante. Suponen también consecuencias diversas en torno a sus efectos (76), la aceptación en el contrato por persona a designar tiene eficacia retroactiva absoluta, mientras que la ratificación deja a salvo los derechos de terceros (77).

De otro lado, el fin práctico que se logra con el contrato por persona a designar no se asemeja a las finalidades que se intentan alcanzar con la figura de la representación directa (78). Por eso, no se podrá relacionar siempre con esta institución porque se desvíen los efectos del contrato hacia otra persona.

En todo caso, podría haber una representación indirecta (la ocultación de personalidad —una de las finalidades de nuestra figura— fácilmente puede realizarse utilizando el esquema de la representación *in incertam personam*, pero no, desde luego, con el anterior tipo de representación). El contrato sólo con la fórmula «para persona a designar» ha sido calificado como una representación *in incertam personam*, entre otros por CARRESI, según el cual el contrato concluido sólo *per persona da nominare* (no contrato *per se o per persona da nominare*) es una hipótesis de representación *in incertam personam*, en el

(76) Vid. de nuevo DE CASTRO, *Contrato por persona a designar*, cit., pág. 1375.

(77) Vid. para el Derecho italiano, ZINCANI, *Schemi di diritto privato*, Bolonia, 1992, pág. 355.

ROMANO, *La ratifica nel diritto privato*, Florencia, 1964.

(78) Sobre la representación puede verse: DíEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1977; del mismo autor, *Comentario del Código Civil*, t. II, Madrid, 1993, págs. 439 y sigs.; y «El concepto jurídico de representación en el Derecho privado», en *AAMN*, 1968, t. XVI, pág. 133; FERRARA, «La representación», en *RDP*, 1928, págs. 134 y sigs.; GORDILLO, *La representación aparente*, Sevilla, 1978; TRAVIESAS, «La representación voluntaria», en *RDP*, 1922, págs. 193 y sigs.; SOTO NIETO, «Aspectos fundamentales de la representación», en *RJC*, 1974, págs. 65 y sigs.; FLUME, *El negocio jurídico*, trad. de Miguel González y Gómez Calle, Madrid, 1992, págs. 875 y sigs.; BADENAS CARPIO, *Apoderamiento y representación voluntaria*, Pamplona, 1998; MOSCO, *La rappresentanza volontaria nel diritto privato*, Napoli, 1961; PUGLIATTI, *Studi sull'rappresentanza*, Milán, 1965; NATOLI, *La rappresentanza*, Milán, 1977; AVILA NAVARRO, *La representación con poder*, Madrid, 1992; CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *El poder irrevocable*, Barcelona, 1998.

cual el nombramiento se configura como el cumplimiento de una obligación (79). Si bien, no asumido unánimemente, pues también se ha manifestado que si la hipótesis del contrato, sólo, por persona a designar debiera construirse como un supuesto de representación indirecta no podría en modo alguno justificarse que en el caso de falta de nombramiento o de elección irregular los efectos se produzcan en favor de los contratantes originarios (80). (Sin embargo, pensando en un supuesto práctico que afecte al negocio en cuestión sobre la duda de si quien contrata por el principal a designar después si no lo designa queda obligado contractualmente deberá entenderse normalmente obligado conforme a la intención presumible de las partes y al uso.)

Bien es verdad que el tercero puede haber conferido poder con anterioridad a la celebración del contrato, y no se revele la identidad de la persona en virtud de la cual se obra (81), sin que ello resulte, pues, incompatible con el contrato por persona a designar, no resulta inútil su utilización; si concurre, ¿para qué serviría además la cláusula de reserva?, según DE CASTRO, la cláusula de reserva serviría para ampliar y facilitar la eficacia de la representación indirecta u oculta, «la facilita en cuanto que prepara la prueba y la existencia previa del poder; la amplía porque la relación directa entre promitente y designado se extiende de la transmisión de bienes a la relación obligatoria, liberándose el estipulante de la vinculación respecto al promitente, en que si no se encontraría aún al descubrirse el poder. La misma designación puede, en este supuesto, ser útil cuando el mandatario haya recibido encargos iguales de varios mandantes para saber cuál cumplió o respecto de quién cumplió cada uno» (82). Y para GAZZONI, «quando non é ravvisabile un intento speculativo dello stipulante — che comunque non può costituirne di certo la ratio legis — l'istituto mira a tutelare il promittente, al quale garantisce in ogni caso la vincolatività dell'accordo a prescindere da vizi o difetti di procura, che possono invece renderlo inefficace in caso di rappresentanza» (83).

Y los efectos de la representación indirecta pueden ser similares a los que surgen del mandato (84), dependientes de la actuación del mandatario. Si actúa en nombre ajeno, según el artículo 1.725 del Código Civil, «El mandatario que obre en concepto de tal no es responsable personalmente a la parte con quien contrata sino cuando se obliga a ello expresamente o traspaşa los

(79) CARRESI, «Contratto per persona da nominare», en *Enciclopedia del Diritto*, 1962, pág. 130; ver también su trabajo «Funzione e struttura del contratto per persona da nominare», en *Riv. Dir. Civ.*, 1958-I, págs. 591 y sigs.

(80) En este sentido se expresa CRISTOFARO, «Sul contratto per persona da nominare e sulla sua efficacia», en *Notariato*, 1996, pág. 118.

(81) Como dice LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil. Parte general del Derecho civil*, t. I, vol. 3.º, Barcelona, 1990, pág. 346.

(82) DE CASTRO, *Contrato por persona a designar*, cit., pág. 1377.

(83) GAZZONI, «Contrato per persona da nominare», en *Enciclopedia giuridica Treccani*, t. IX, 1988, pág. 1.

límites del mandato sin darle conocimiento suficiente de sus poderes», será el mandante parte del negocio o de la relación jurídica creada, en su esfera ingresan inmediatamente los derechos y obligaciones correspondientes, quedando el mandatario fuera de tal relación. (Mientras que en el contrato para persona a designar el contratante-estipulante actúa inicialmente cubriendo con su propio nombre y su propia responsabilidad los compromisos contraídos.) Pero si actúa el mandatario en nombre propio, sin declarar la calidad con la que obra, el artículo 1.717 del Código Civil prescribe que «cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante. En este caso el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo. Exceptúese el caso de que se trate de cosas propias del mandante. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario». Que según la opinión más actualizada debe ser interpretado entendiendo que el asunto gestionado por el mandatario es en efecto considerado como si fuera personal suyo pero en relación con el tercero, pues no se dice que ese asunto es personal suyo frente al mandante y al mandatario. «Si nos preguntamos por quién adquiere cuando el mandatario actúa en interés y por cuenta de otro (mandante), pero en su propio nombre, el artículo 1.717 no nos da más que una respuesta: el mandatario es el obligado frente a la persona con la que ha contratado. No nos dirá, pues, que la adquisición se verifica inmediatamente para el mandante, que él es el verdadero propietario desde el momento en que el tercero cumple su obligación de entrega respecto al mandatario, porque su campo de aplicación no es éste propiamente, sino es el de la *denegatio actionis* entre tercero y mandante» (85). «Cuando el mandatario adquiere por cuenta del mandante utilizando únicamente su propio nombre, éste adquiere inmediatamente sin necesidad de ninguna transmisión dominical de aquél en su favor, pero exclusivamente en relación con el mandatario... De ahí la singularidad de este mandato para adquirir que origina una

(84) Sobre el mandato puede verse, entre otros, VISALLI, «In tema di acquisti del mandatario», en *Riv. dir. civ.*, 1997-I, pág. 73; GRAZIADEI, «Mandato», en *Riv. Dir. Civ.*, 1997-I, pág. 147; LEÓN ALONSO, *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 1523; RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho civil*, t. II, *Derechos de obligaciones*, vol. 2.º, Barcelona, 1995, pág. 225; SANPONS SALGADO, *El mandato*, Barcelona, 1964; PETEL, *Le contrat de mandat*, París, 1994.

(85) GULLÓN BALLESTEROS, «Mandatario que adquiere en nombre propio», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor De Castro*, t. I, Madrid, 1976, pág. 762, por eso «llama la atención que se haya difundido en nuestra doctrina la tesis de que en el mandato sin representación, que se simboliza en el actuar en nombre propio, el mandatario sea quien adquiera, y el mandante sólo será propietario cuando cumpla su obligación de transferirle las cosas previamente adquiridas por él». En este sentido la teoría de NÚÑEZ LAGOS, «Mandatario sin poder», en *RDP*, 1946, pág. 618.

disociación de efectos jurídicos, según se contemple frente a terceros o frente al mandante, motivada porque actúe en interés ajeno. Frente al mandante, el mandatario no es propietario; frente a terceros sí lo es... El mandante adquiere una propiedad que llamaremos sustancial, mientras que el mandatario, y frente a terceros ajenos al mandante, desconocedores del mismo, una propiedad formal» (86). Y JORDANO BAREA respecto del mandato para adquirir, también argumenta que la titularidad del mandatario *ad acquirendum* se configura como una titularidad fiduciaria, una titularidad sólo aparente, externa, relativa, formal, no esgrimible de cara al mandante, que puede reclamarla de cualquiera y reivindicarla. El resultado final del negocio gestorio es siempre del mandante, en las relaciones internas entre éste y el mandatario, «incluso cabe afirmar, con una interpretación amplia del artículo 1.717 del Código Civil, que lo es también en las relaciones externas o de cara a los terceros, en todos aquellos casos en que es notorio que la titularidad de los derechos, asuntos o intereses gestionados pertenecen al mandante» (87). Respondiendo el mandatario de los daños y perjuicios que de no ejecutar el contrato se ocasionaren para el mandante (arts. 1.717 y 1.726 del Código Civil) (88).

b) Pero el nombramiento no es necesariamente el cumplimiento de un compromiso anterior al contrato: el designado puede ser alguien desconocido para el estipulante en el momento de pactar y a quien por tanto no se representa ni tampoco se oculta al promitente, no hay ninguna relación previa entre él y el futuro designado. En este caso lo más característico es que la transmisión de las consecuencias del negocio aparece como posible pero no como inevitable; la designación del tercero supone así una opción y no una obligación.

El promitente le otorga la facultad o el poder de designación que ejercerá a su arbitrio y en su beneficio. En tales supuestos la facultad del estipulante de-

(86) GULLÓN BALLESTEROS, *ibidem*, pág. 766.

(87) JORDANO BAREA, «Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria», en *ADC*, 1983, págs. 1442 y 1447. Vid. también GULLÓN BALLESTEROS, «Mandatario que adquiere en nombre propio», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor De Castro*, t. I, 1976, pág. 759 y sigs.

(88) Si el objeto es una operación de comercio se trataría de una comisión mercantil, que es el mandato que tiene por objeto un acto u operación de comercio, es el mandato en virtud del cual el mandatario (comisionista) se obliga a realizar o a participar en un acto o contrato mercantil por cuenta de otra persona (comitente). Si el comisionista actúa en nombre del comitente se producen los efectos de la representación directa. Si actúa en nombre propio se establecen relaciones directas entre el comisionista y el tercero, sin embargo, como el comisionista obra siempre por cuenta del comitente ha de estimarse que en el caso que haya adquirido no es para él sino para el comitente, por lo que los artículos 908 y 909.4 del Código de Comercio consideran que en caso de quiebra del comisionista el verdadero dueño de las mercancías es el comitente, por lo que deben ponerse a su disposición, vid. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, t. II, Madrid, 1998, págs. 145 y sigs.; VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, Barcelona, 1990, págs. 294 y sigs.; GARRIDO, *Las instrucciones en el contrato de comisión*, Madrid, 1994; ALVAREZ CAFEROCHIPÍ, *El mandato y la comisión mercantil*, Granada, 1997.

riva de la relación promitente-estipulante y se basa en la autonomía de la voluntad que configura así una especie de subrogación convencional (89) (90).

(89) En el mismo sentido BETTI, «Sulla natura giuridica della girata dei titoli all'ordine», en *Riv. dir. comm.*, 1927-I, pág. 566.

De subrogación habla la Ley 514 del Fuero Nuevo de Navarra, lo denomina contrato con facultad de subrogación: «puede concertarse un contrato con facultad, para cualquiera de las partes, de designar posteriormente la persona que deba subrogarse en sus derechos y obligaciones. El otro contratante en cualquier momento, podrá requerir a quien esté facultado para que haga la designación dentro del plazo máximo de un año y un día, a contar del requerimiento, a no ser que en el contrato o por ley, se hubiera establecido otro término. La declaración que designe la persona deberá notificarse a la otra parte dentro del plazo. Hecha la notificación, la persona designada se subroga en los derechos y asume las obligaciones de la parte que le designó, con efecto desde el momento de la celebración del contrato. Si dentro del plazo no se notificare la designación de persona, el contrato producirá todos sus efectos entre las partes que lo celebraron».

Y en la doctrina italiana, VISALLI, «Naturaleza jurídica del contratto per persona da nominare», en *Foro italiano*, 1960-I, pág. 1392, concluye, después de haber rechazado numerosas teorías propuestas como inadecuadas para explicar la naturaleza del contrato para persona a designar, calificando dicho negocio regulado en los artículos 1.401 a 1.405 del Código Civil, de un supuesto de subrogación legal. A su entender, el único medio para alcanzar una solución adecuada es considerar como efectos legales y no negociables aquellos que se producen en cabeza del designado. Estos no son directamente imputables a la autonomía privada porque no pueden unirse a ningún esquema negocial que los justifique. Se sitúan fuera del área negocial y son reconducidos inmediatamente a la ley a través del mecanismo de la subrogación legal. La naturaleza jurídica del contrato sería la siguiente: el estipulante tiene la facultad alternativa de permanecer como tal o de hacer operativa, mediante la *electio amici*, la subrogación legal con un tercero en la titularidad activa y pasiva de las relaciones nacidas del negocio. La *electio* constituye un título jurídico que legitima al tercero designado a entrar en la idéntica posición jurídica, ya ocupada por el estipulante, por obra de la ley. La subrogación se verifica directamente por voluntad de esta última, recurriendo a un determinado presupuesto (*electio amici*) al cual la Ley da relevancia de título para el subingreso. En realidad, el estipulante, escogiendo la reserva, opera en dos direcciones: señala al promitente el sujeto que desea hacer entrar en su posición jurídica, y manifiesta, en consecuencia, la voluntad de retirarse del contrato; esta retirada unilateral determina la desaparición de la relación obligatoria para el contratante y hace posible al tercero nombrado entrar en el puesto de su negocio. Con lo que se explica así la resolución de la relación jurídica entre promitente y estipulante sin necesidad de recurrir a la institución de la condición. La subrogación legal hace de este modo que el nombrado ocupe la idéntica posición que correspondía al eligente, sin que el título jurídico del primero sea legado por ningún nexo derivativo a aquél del segundo. La adquisición de la titularidad de los derechos, nacidos del contrato, en favor de la persona designada, tiene carácter originario e independiente. La declaración de nombramiento no determina una adquisición derivativa, en el sentido de que no crea una relación entre estipulante y electo destinada a transferir del uno al otro dicha titularidad. Así, la Ley establece que la persona nombrada adquiera los derechos y las obligaciones derivadas del contrato directamente del promitente, así como adquiere la cualidad de parte contratante.

La Ley de 1791 —citada por BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité...*, cit., pág. 169, habla también de subrogación: «*toute personne au profit de laquelle aura été faite et qui aura accepté une déclaration de command ou d'amī, sera plein droit subrogée à l'acquéreur qui aura fait cette déclaration ou élection d'amī*».

(90) Sobre la subrogación puede verse, entre otros, CAPILLA RONCERO, «Subrogación», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, 1995, pág. 6385; VATTIER FUENZALIDA,

El contrato para persona a designar no supone ningún desvío al principio de relatividad de los contratos porque produce sus efectos entre los contratantes. En la práctica, el estipulante realiza un negocio en firme abonando el precio, recuperando, en su caso, las prestaciones del designado —fácilmente el promitente no aceptaría vender y cobrar el precio a cualquier tercero que podría ser un insolvente, quedando liberado el estipulante— (91). Es un negocio perfecto que, sin embargo, espera con el ejercicio de la facultad de nombramiento o con su no realización, concretizar el elemento subjetivo para producir la amplitud de los efectos que le son propios; se promete la consolidación de una futura posición contractual. Así, éste es un contrato con eficacia en un primer momento simplemente obligatoria, que en esta fase no produce su eficacia real (92).

La autonomía de la voluntad ha configurado un negocio que legitima a uno de los contratantes retirarse del contrato si ejerce la cláusula de la que

«Notas sobre la subrogación personal», en *RDP*, 1985, pág. 491; MESTRE, *La subrogation personnelle*, París, 1979; RUBIO TORRANO, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1993, págs. 989 y sigs.; GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. XIX, 1.º ed., 1980, págs. 581 y sigs.; SANCHO REBULLIDA, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. XVI, vol. 1.º, 1991, págs. 775 y sigs.; REBOLLEDO VARELA, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1993, pág. 1007.

(91) LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, t. I, vol. 3.º, cit., pág. 346.

(92) DE MATTEIS, «Il contratto per persona da nominare», en *Contratto e impresa*, 1993-2, pág. 565, manifiesta que a finales de los años treinta se destacó, anticipándose entonces a la formación que tiempo después será reconocida al contrato para persona a designar en la jurisprudencia, que sólo a condición de considerar el contrato para persona a designar teniendo eficacia en un primer momento simplemente obligatoria es posible alcanzar la exacta solución del problema. Vid. también VALLET, *Contrato de compraventa a favor de persona a determinar*, cit., págs. 561 y sigs.; VALCARCE, «La venta con reserva de elección de amigo o comprador en la LEC», en *Rev. de Derecho procesal*, 1952, pág. 352; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, cit., pág. 273. Y en la jurisprudencia puede verse la Sentencia del TS de 21 de noviembre de 1997, «el tercero, cuando se consuma el contrato, pasa a ocupar el lugar del estipulante, que queda, entonces, fuera del vínculo», o la Sentencia de 9 de junio de 1990 (del TSJN), no obstante, estas sentencias hacen alusión a un contrato de compraventa plasmado en documento privado conteniendo la cláusula en la que se comprometen a elevarlo a escritura pública donde como comprador podrá figurar el originario u otra persona que él designe.

GETE-ALONSO, vol. col., *Manual de Derecho civil*, t. II, Madrid, 1996, pág. 628, manifiesta que en este supuesto se produce una situación semejante a la que tiene lugar en la cesión de créditos, por ello el estipulante responde frente a la otra parte contratante de la misma forma que lo hace el cedente (art. 1.529 del Código Civil). Mucho se ha discutido sobre si el estipulante era garante de la solvencia del tercero frente al vendedor, REYMOND, *La promesse...*, cit., pág. 95, afirma que fue defendido en cierto momento debiendo ser aceptado el nombrado por el vendedor y si no era solvente el comprador quedaba obligado (vid. también pág. 154), sin embargo, quien acepta la cláusula ha de aceptar al tercero que se le nombre, en la práctica el estipulante previamente habrá pagado el precio al vendedor, pues éste no se arriesgará a vender y cobrar el precio a cualquier insolvente.

depende que el tercero nombrado entre en el puesto de su negocio (93). Si el estipulante ejercita la cláusula eficazmente, los efectos del contrato se producen en relación al nombrado, tal como se ha previsto en el contrato, justificándose el efecto retroactivo o bien porque el estipulante obró con base en un poder o mandato anterior al contrato (*contrato pro amico electo*) o bien porque el elegido se ha aprovechado del negocio por una aceptación posterior (*contrato pro amico eligendo*), viniendo el tercero siempre a ocupar la posición del contratante originario.

La subrogación hace que el nombrado ocupe la misma posición que correspondía al estipulante sin que el título jurídico del primero —como dice VISALLI— sea legado por ningún nexo derivativo. La adquisición de la titularidad de los derechos, nacidos del contrato, en favor de la persona designada, tiene carácter originario e independiente. La declaración de nombramiento no determina una adquisición derivativa, en el sentido de que no crea una relación entre estipulante y electo destinada a transferir del uno al otro dicha titularidad (94).

De esta forma no es imprescindible el recurso a la cesión del contrato, pues no hay una adquisición derivativa sino originaria (95), a todos los efectos existirá una sola transmisión, lo que elimina toda idea de cesión, ya que hecha la designación el sujeto nombrado es considerado como si él mismo hubiera concluido el contrato y con efectos *ex nunc*, desapareciendo el originario estipulante de la relación como si nunca hubiera existido, mientras que la cesión implica una idea de transmisión con efectos *ex nunc*, y la ausencia de retroactividad implica un reparto temporal de la cualidad de parte contratante —ajeno al contrato por persona a designar—.

(93) De la reserva de nombramiento surge para el estipulante el derecho de hacer la elección, discutiéndose si este derecho, perteneciente a la categoría de los derechos potestativos, es transmisible *mortis causa* o también por actos *inter vivos*, sobre lo que apunta CARRESI, «Contratto per persona da nominare», pág. 135: «il problema è se, nel caso, in cui la scelta non venga effettuata da nuovo titolare, costui acquisti i diritti e assuma gli obblighi nascenti dal contratto o se invece gli effetti contrattuali si riversino in capo allo stipulante. Quest'ultima soluzione sembra che debba preferirsi, salvo che non consti di un diverso accordo fra lo stesso stipulante e il cessionario del diritto di scelta».

(94) VISALLI, *Naturaleza giuridica...*, cit., pág. 1392.

(95) Vid. CRISTÓBAL-MONTES, «La cesión de contrato», en *ADC*, 1968, pág. 889; VALLS TABERNER, *La cesión de contratos en el Derecho español*, Barcelona, 1955, pág. 18; FORNER DELAYGUA, *La cesión de contrato*, Barcelona, 1989, pág. 14; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «La cesión del contrato en el Fuero Nuevo», en *RJN*, núm. 15, págs. 169 y sigs., «por su parte, el contrato con facultad de subrogación a que se refiere el artículo 514, recoge la figura más conocida habitualmente como contrato para persona a designar, distinto, conceptual y funcionalmente, de la cesión de contrato», del mismo autor puede verse también «La transmisión activa y pasiva de las obligaciones en el Derecho navarro», en *RJN*, núm. 18, 1994, pág. 19, núm. 16.

La cesión del contrato implica el traspaso a un tercero por parte de un contratante de la íntegra posición que en el contrato ocupa, el cesionario adquiere todas las obligaciones producidas por el pacto y los derechos que conferían al titular de dicha posición que la enajena, el contrato cedido se impone al cesionario tal y como había sido concluido por el cedente, ninguna diferencia con la situación que resulta de un contrato por otro —la misma realidad asume el tercero en el contrato para persona a designar, como si él mismo hubiera celebrado el negocio—, pero el reemplazo de un contratante por otro se opera en la cesión de contrato por medio de una transferencia, implicando un pasado y un futuro de la titularidad de la relación contractual, es decir, de una sucesión de contratantes (96). Dice CICALA que en el contrato por persona a designar no hay sucesión de persona nombrada en los efectos, sino producción de los efectos directamente en cabeza de la persona nombrada (97).

Asimismo también se ha exigido para que tenga lugar la cesión de contrato que existan obligaciones o relaciones pendientes entre las partes iniciales y derivadas del mismo contrato, es decir, que éste no se haya consumado aún (98). Circunstancia que necesariamente no ha de concurrir en el contrato por persona a designar, para aquellos autores que entienden que es posible que antes del nombramiento del tercero se haya consumado el contrato, es decir, que se producen también entre estipulante y promitente efectos reales, en cuyo caso sería necesario para ello pactar expresamente una condición resolutoria.

De hecho, el profesor SERRANO Y SERRANO (99) en su estudio histórico de esta figura pone de relieve cómo a los tratadistas de los siglos medio y modernos repugnaba toda situación de incertidumbre en la propiedad, por lo que convenido un contrato de compraventa, tenía que haber un propietario y hasta tanto no era designado el amigo, asumía completamente la condición de parte y adquiriría la propiedad el estipulante. Hecha la compra, tal comprador se decía *interim perfecto dominus*. La cláusula faculta para una designación como también para no designar, de manera que si no se hace el nombramiento continuará en el dominio de la cosa desde el principio adquirida para sí. Por tanto, hasta la declaración hecha y aceptada el estipulante podría ser propietario y una vez hecha, el estipulante desaparece ocupando el tercero su lugar.

Sin embargo, si el estipulante no desea conservar el contrato para sí y desea hacer uso de la reserva, se decía también en el Derecho histórico que

(96) Vid. AYNES, *La cession de contrat*, París, 1984, pág. 125.

(97) CICALA, *Il negozio di cessione del contratto*, Nápoles, 1962, pág. 56.

(98) Vid. Sentencia de 9 de junio de 1990 del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, y la Sentencia del TS de 26 de noviembre de 1982.

(99) SERRANO Y SERRANO, *El contrato a favor de persona por designar hasta la primera mitad del siglo XIX*, cit., págs. 41 y sigs.

aun siendo propietario no debía hacer actos de propietario (100), porque de otro modo consumía la opción a su favor. Considerándose actos de propietario la constitución de gravámenes, la venta en partes del inmueble, ...atendiendo, en todo caso, a la intención de las partes (101).

De esta manera trataba de evitarse al mismo tiempo un posible fraude de acreedores, frente a un adquirente que quisiera especular hábilmente con esta fórmula para sustraerse de sus obligaciones, que de verificarse podrán impugnar los acreedores (102).

V. TRATAMIENTO FISCAL

Desde un punto de vista fiscal también ha preocupado que sólo se viera una sola transmisión. En el artículo 20 del Reglamento del Impuesto de Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados (Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo) refiriéndose a las subastas a condición de ceder prescribe que «si la enajenación tuviera lugar en subasta judicial, y el postor a quien se adjudique el remate hubiera hecho uso, en el acto de la subasta, del derecho a cederlo en las condiciones establecidas por la normativa reguladora de la subasta de que se trate, se liquidará una sola transmisión en favor del cesionario. Si la declaración de haber hecho la postura para ceder se formula después de celebrada la subasta, no tendrá aplicación lo dispuesto en este apartado y se liquidarán dos transmisiones distintas: una al adjudicatario del remate, y otra, al cesionario de aquél».

Y aunque la cesión de remate a un tercero sea una modalidad del contrato por persona a designar (103), la previsión fiscal expresamente se refiere a la

(100) *Ibidem*, págs. 58 y sigs.

(101) Como decía también ENRIETTI, «Contratto per persona da nominare», en *Enciclopedia del Diritto*, cit., pág. 676, la *electio amici* debe suceder *rebus integris*: la relación contractual que liga al promitente con el electo es en todo y por todo idéntica al contrato fijado desde el origen por el estipulante con el promitente. Anteriormente BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité...*, cit., núm. 179.

(102) Vid. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité...*, cit., núm. 182, los acreedores no podrían ejercer sus derechos sobre los inmuebles que han sido objeto de la reserva. GAZZONI, *Contratto...*, cit., pág. 6; CARRESI, *Contratto...*, cit., pág. 132; CRISTOFARO, *Contratto...*, cit., pág. 119; SERRANO Y SERRANO, *El contrato a favor de persona...*, cit., págs. 35 y 42.

(103) LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, t. I, vol. 3.º, cit., pág. 345.

Sobre la variedad de teorías que se han propuesto para explicar su naturaleza jurídica, de forma paralela al contrato para persona a designar, puede verse BALLESTER GINER, «Cesión de remate», en *RDP*, 1988, págs. 347 y sigs.; ROBLEDO VILLAR, «Cesión de remate», en *AC*, 1994, págs. 667 y sigs., quien concluye —pág. 671— que es obligado sostener que la cesión de remate es, ante todo, una figura procesal, tras la cesión se oculta una relación entre sus protagonistas ajena al interés procesal. Sobre su naturaleza jurídica procesal, vid. también MORAL MORO, *La subasta judicial de bienes inmuebles*, Valladolid, 1998 (Tesis), págs. 441 y sigs.

cesión de remate en la subasta judicial, ni siquiera es de aplicación a otros tipos de subastas (104), y para estrechar más el círculo de ello sólo se puede beneficiar o sólo puede hacer postura a calidad de ceder el remate el ejecutante (art. 1.499.3 LEC) (más precisamente no todos los postores acreedores podrán hacer uso de la posibilidad de cesión, siendo preciso que su puja sea declarada la mejor y haya sido consignada en acta como aprobada judicialmente, por tanto, el acreedor ejecutante ha de ser postor y titular del remate para poder transmitirlo por cesión) (105) (106), limitación que no se ha trasladado a otros procedimientos de ejecución (107).

Realizada la cesión por el ejecutante, sólo se verifica una transmisión, pues una vez aprobado el remate, el rematante tiene la obligación de pagar el precio y efectuado se convierte en adjudicatario, luego si la cesión del remate ha de producirse previa o simultáneamente al pago del precio ofrecido no se habrá producido una verdadera transmisión jurídica del rematante-cedente y otra pos-

(104) A juicio de MARTÍNEZ LAFUENTE, *Manual del Impuesto sobre Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados*, Madrid, 1996, pág. 228, «no existe una justificación para mantener una regla de tributación que afecte sólo a una modalidad de subasta, pues idéntica razón existe para aplicar el mismo principio a las subastas administrativas y a las que se realizan ante notario; tal y como está redactado el precepto, la liquidación única sólo se admite en las subastas judiciales cuando se ha hecho expresión formal del deseo de ceder el remate».

(105) ROBLEDO VILLAR, «Cesión de remate», en AC, 1994, págs. 662 y 673 y sigs.

(106) La limitación al propio ejecutante que sea adjudicatario de la subasta tiene como objetivo acabar con el mercado altamente especulativo que habían originado los subasteros profesionales, que aprovechando la institución de la cesión, inmediatamente adquirido el bien a un bajo precio, lo revendían en el ámbito extrajudicial. Ahora el legislador se asegura de que el adjudicatario no es un profesional de la subasta, pero quizá como contrapartida se origine una menor motivación para tomar parte en ellas con perjuicio de los propios ejecutantes que pueden ver así reducidas sus expectativas en la satisfacción de sus créditos que, no obstante, se podría ver compensado con la posibilidad que se mantiene para el acreedor de transmitir el bien a un tercero interesado en las ventajas económicas que comporta dicha cesión, aunque el plazo que para ello conserva la ley sea demasiado breve (ocho días tratándose de bienes inmuebles —art. 1.511 LEC—), vid. *La reforma de los procesos civiles* (Comentario a la Ley 10/1992, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal), coord. por MONTERO AROCA, Madrid, 1993, págs. 167 y sigs.; ROBLEDO VILLAR, *Cesión de remate*, cit., págs. 673 y sigs.; DAMIÁN MORENO, GONZÁLEZ-CUELLAR, GARBEDI LLOBREGAT, *La reforma procesal civil, penal y administrativa de 1992*, Madrid, 1992, pág. 72; FERNÁNDEZ LÓPEZ, ILLESCAS RUS, MARTÍN BERNAL, PUYOL MONTERO, RODRÍGUEZ SAN VICENTE, *La reforma procesal por Ley 1992*, Madrid, 1992, págs. 318 y sigs.

(107) Vid. ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, t. IX, Barcelona, 1988, pág. 387, núm. 220, «la medida de reducir al ejecutante, una vez sea rematante de la finca, como titular de la facultad de ceder el remate a un tercero, responde, sin duda, a la conveniencia de evitar los llamados subasteros. Mas ésta no es razón bastante para estimar que la legislación hipotecaria ha sido modificada por el nuevo texto del párrafo 3.º del artículo 1.499 LEC». Vid. también LÓPEZ LIZ, *Procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria*, Barcelona, 1998, págs. 660 y 661.

teriormente al cesionario, sino una sola a favor del propio cesionario («...el ejecutante que ejercitare esta facultad habrá de verificar dicha cesión mediante comparecencia ante el propio juzgado que haya celebrado la subasta, con asistencia del cesionario, que deberá aceptarla, y todo ello previa o simultáneamente al pago del resto del precio del remate» —art. 1.499.3 LEC—; arts. 1.511, 1.514 y 1.515 LEC). Por ello se define la cesión del remate como «la actuación procesal pública, colectiva y solemne, en la cual el titular del remate, aprobado judicialmente, transfiere voluntariamente dicha calidad a un tercero, ajeno a la relación previa y que deberá aceptar dicha transmisión y todo ello con anterioridad a la definitiva aprobación y adjudicación» (108), pues una vez efectuado se firmará el acta y se dicta el auto aprobando el remate a favor del cesionario que podrá inscribirse en el Registro de la Propiedad (109).

En el contrato por persona a designar si el ejercicio de la cláusula es consecuencia de un previo encargo —como puede serlo también la cesión del remate— habría, de igual modo, una sola transmisión, el artículo 19 del mismo Reglamento declara en orden al pago de un solo impuesto que: «la declaración o reconocimiento de propiedad u otro derecho, a título de haber obrado en concepto de mandatario o gestor de la persona a cuyo favor se hacen, al verificar la adquisición de los bienes a que dicha declaración o reconocimiento se refieran, se considerará como verdadera transmisión, si en el título o documento acreditativo de la que se supone realizada por poder o encargo, no constaran consignados en legal forma tal característica y circunstancias y sin perjuicio de que tal actuación en concepto de mandatario o gestor pueda acreditarse por otros medios de prueba».

Y si se realiza la cláusula a iniciativa y conveniencia del propio estipulante, cuando es un poder de designación independiente, la autonomía de la voluntad ha configurado una convención con una especial fisonomía, en la que el tercero nombrado no adquiere derivativamente sino con efectos *extunc*, desapareciendo de la relación el contratante originario como si nunca hubiera estipulado, de manera que el designado adquiere de manos del vendedor o promitente.

El contrato para persona a designar es único, tanto desde el punto de vista civil como fiscal (110). Hasta que no se efectúe la designación personal no

(108) ROBLEDÓ VILLAR, *Cesión de remate*, cit., págs. 660 y 661.

(109) En el procedimiento ejecutivo extrajudicial hipotecario el licitador que se adjudique la finca dispone de ocho días para abonar la diferencia entre el importe consignado y el precio de remate. En este plazo debe aceptar el remate quien haya hecho posturas por escrito, y cederse el remate en caso de que se hubiese hecho con calidad de cederlo a un tercero. Pagado el precio se otorga la escritura de venta y el adjudicatario puede pedir la posesión de los bienes al juez. Vid. *Memento práctico* F. Lefebvre, Inmobiliario, 1997/1998, Madrid, 1997, pág. 375.

(110) Acordao 18 de marzo de 1982.

se sabe quién será realmente el contratante definitivo, y por tanto quién debe el impuesto, pues hasta que no se produzca el nombramiento no se habrá consumado la adquisición. No representa ningún fraude al fisco, por el contrario, la doble tributación (111) es la que representaría una auténtica extorsión por parte de Hacienda.

De otro lado, este contrato no debe suscitar necesariamente ningún recelo, pues en este último supuesto, que no es consecuencia de un previo encargo, tampoco necesariamente ha de ser para revender y ahorrarse los gastos de una segunda transmisión, como dice DE CASTRO, «es posible utilizar la cláusula de reserva para, que produciéndose los efectos contractuales entre promitente y designado, eximirse el estipulante de responsabilidad por los vicios de la cosa vendida y del riesgo de insolvencia. Además es posible que el promitente ponga sencillamente ese poder en manos del estipulante» (112).

ESTHER MUÑOZ ESPADA
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Valladolid

(111) Dice ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, cit., pág. 440, núm. 2.

(112) DE CASTRO, *Contrato por persona a designar*, cit., pág. 1379.

DICTAMENES Y NOTAS

Privilegios hipotecarios en favor de los municipios en el Derecho romano post-clásico

SUMARIO: A) *PRIVILEGIUM EXIGENDI MUNICIPII*: 1. ORIGEN Y ACTUACIÓN DEL *PRIVILEGIUM EXIGENDI MUNICIPII*. 2. RELACIONES CON TERCEROS: TRANSMISIBILIDAD DEL *PRIVILEGIUM EXIGENDI MUNICIPII*.—B) CONCLUSIONES.—C) BIBLIOGRAFIA

A) *PRIVILEGIUM EXIGENDI MUNICIPII*

1. ORIGEN Y ACTUACIÓN DEL *PRIVILEGIUM EXIGENDI MUNICIPII*

Al tratar sobre la cuestión del origen y actuación del *privilegium exigendi municipii* debemos de plantearnos varias interrogantes. En primer lugar, el propio término *privilegium* (de *privus*, privado o peculiar) como especial disposición concedida a un particular que reviste un sentido favorable o desfavorable según la época (1). Teniendo presente que el término *privilegium exigendi* es utilizado en las fuentes referente a la dote (*privilegium exigendi dotis*) (2), asignando al crédito dotal el carácter de preferente a cualquier otro crédito (3), salvo los créditos privilegiados en favor del fisco, a igual que

(1) Así en la Ley de las XII Tablas se prohíben los privilegios (*privilegia ne irrogato*, tabla IX, 1), incluso todavía a finales de la República aún conserva un sentido desfavorable (*Lex Clodia*, ann. 58 a.C.). Paulatinamente durante el Principado comienza a abrirse paso la consideración de algo favorable o desfavorable, según los casos, hasta decantarse en el Bajo imperio por el sentido de regla o disposición legal en favor de una persona por contraposición al derecho común. ANDREOLI, *Dei privilegi*, Bologna-Roma 1960; TUCCI, *I privilegi*, Torino, 1985, pág. 452.

(2) Sobre el problema de si el privilegio se extiende a la *actio rei uxoriae* para pedir la restitución de la dote en un matrimonio fallido o nulo, véase SOLAZZI, *Il Concorso dei creditori nel Diritto Romano*, III, Napoli, 1940, pág. 165 y sigs.

(3) La concesión del privilegio a la mujer ya en la época clásica, se puede ver en D.42.5.17.1 (*ULPIANUS, lib. LXIII ad Edictum*); en D.42.5.19 pr (*ULPIANUS, LXIII ad Edictum*).

también es utilizado en otras instituciones (4). En el caso particular del *privilegium exigendi fisci* se traduce en un sistema de privilegios del fisco, propio de una ejecución colectiva, en el cual el fisco puede, por su propia autoridad, proceder contra el deudor y apropiarse de sus bienes (5).

Otras cuestiones no menos interesantes y en las cuales vamos a centrar nuestro estudio son, entre otras, si el *privilegium exigendi municipii* es concedido con carácter general o sólo lo es a algunas ciudades, en qué momento histórico ocurre eso, si se produce la transformación de dicho privilegio sobre los bienes de los deudores en una garantía real, y qué posición tienen los acreedores particulares frente a los derechos de la ciudad.

Ante todo es necesario poner de relieve sobre la base de los textos y fuentes consultadas —y que veremos posteriormente— que dicho *privilegium exigendi* no es concedido con carácter general a todos los municipios (6), ya que lo cierto es que en algunas leyes municipales sólo se incluyen algunas competencias en materia urbanística o sobre derechos reales reconociendo a alguna ciudad la posibilidad de vender el solar de un edificio ruinoso (7), como en la *lex Ursonensis* —donde se prohíbe el desteje (*detegere*), demolición (*demolire*), o destrucción (*disturbare*) de un edificio de dicha ciudad—, y el hecho de encontrar disposiciones muy similares dirigidas bien a impedir la destrucción de edificios (como el S.C. Hosidiano, ann. 44 a.C.), o bien, a impedir la especulación con los materiales de construcción (D.30.41.1) con un contenido claramente local —como C.8.10.3; C.8.10.8 (del 377 d.C.)— o en la propia *lex Malacitana*, lleva a pensar a D'Ors en que quizá existió una ley general en el siglo I a.C., en tal sentido (8). Lo cual no deja de ser una especulación que nos lleva a tratar de responder en cuál sería el contenido del *privilegium exigendi*.

En principio, de los estatutos municipales que tenemos noticias y fueron concedidos, el estatuto únicamente determinaría los órganos municipales y sus competencias, la administración de los bienes y junto con las reglas de

(4) En relación a la tutela del pupilo, D.42.5.19.1 (*ULPIANUS, lib. LXIII ad Edictum*); en D.42.5.23 (*PAULUS, lib. LX ad Edictum*). Y la del sordo o del mudo, D.42.5.20 (*Paulus, lib. LX ad Edictum*).

(5) Aunque un acreedor privado hubiese embargado los bienes del deudor, el fisco no venía obligado a insinuar su crédito en el sistema ordinario de la *venditio bonorum*, y los acreedores debían de conformarse con los bienes remanentes. SOLAZZI, *Il Concorso dei creditori...*, III, págs. 141 y sigs.

(6) Como parece suponer MITTEIS, el cual considera que el privilegio es concedido con carácter general en la etapa intermedia entre Trajano (98-117 d.C.) y Paulo (hacia 210 d.C.). MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diocletians*, I, Leipzig, 1908, pág. 389.

(7) Así en C.11.29(30).4 (DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS): *Si secundum legem civitatis respublica cuius meministi ruina collapsis aedificiis...*

(8) D'ORS, *Epigrafía jurídica de la España romana*, Madrid, 1953, págs. 199-201.

policía y de ornato público se incluirían también disposiciones particulares en orden a los contratos, según SOLAZZI (9).

Por tanto estaría por ver si este *privilegium exigendi* contenido en el estatuto de las ciudades dentro de las reglas de policía y ornato público sí incluían entre estas competencias la posibilidad de reclamar los bienes del deudor insolvente.

En la doctrina sobre este punto, SOLAZZI (10) considera que el reconocimiento de un privilegio sobre los bienes del deudor a determinadas ciudades no es sino una aplicación de la *protopraxia* o privilegio similar al del fisco sobre los bienes del deudor (11). Preferencia ya contemplada por Tiberio Alejandro, pero atribuye a la etapa post-clásica el uso de conceder a los municipios el mismo derecho de hipoteca de los bienes del deudor reconocido al fisco (12). Con ello ya tenemos un primer punto de partida, aunque sigue sin estar claro el reconocimiento y atribución con carácter general del *privilegium exigendi municipii*, si bien es verdad que encontramos trazas del mismo en favor de algunas ciudades —lo cual sólo sería probatorio en lo que respecta al derecho local—, y en cambio se les niega a otras.

Veamos algunos casos:

De la correspondencia entre Plinio y Trajano (13), en el período clásico se encuentra la *Epistola X* donde se lee:

C. PLINIUS TRAIANO IMP. S.

Quid habere iuris velis et Bithynas et Ponticas civitates in exigendis pecuniis quae illis vel ex venditionibus aliisve causis debeantur, rogo, Domine, rescribas. Ego inveni a plerisque proconsulibus concessam eis protopraxian eamque pro lege valuisse. Existimo tamen tua providentia constituendum aliquid et sanciendum, per quod utilitatibus eorum in perpetuum consulatur...

(9) SOLAZZI, *Il Concorso dei creditori nel Diritto Romano*, vol. III, Napoli, 1940, pág. 152, notas 2 y 3.

(10) SOLAZZI, *Il Concorso dei creditori...*, op. cit., pág. 147.

(11) Pero no como lo considera MIQUEL como mero *privilegium exigendi*, sino como verdadero derecho real. MIQUEL, «El rango hipotecario en el Derecho romano clásico», en *AHDE*, 29 (1959), pág. 286, nota 242.

(12) No obstante, en D.26.7.46.1 parece confirmarlo para el derecho clásico:

Semproni, qui... debitor patriae suae existiterat, bona res publica iussu praesidis possedit.

En cambio, en D.50.12.8 (*Ulpianus. 3 de offi. consul.*) entendemos que sólo y de forma muy forzada se podría utilizar como ejemplo, al no poderse deducir privilegio alguno a favor de la ciudad en *in civitatem factis iudicium cognitionem esse...* en cuanto que el fragmento trata de una promesa no cumplida.

(13) *Plinius, Epistola X*, 109-110, recogida por SOLAZZI, op. cit., págs. 148-149.

TRAIANUS PLINIO S.

Quo iure uti debeant Bithynae vel Ponticae civitates in iis pecuniis quae ex quaque causa reipublicae debebuntur ex lege cuiusque animadvertendum est. Nam si habent privilegium, quo ceteris creditoribus anteponuntur custodiendum est; si non habent in iniuriam privatorum id dari a me non oportebit.

Plinio pide a Trajano que le responda sobre la vigencia de determinados privilegios —como son en materia de arrendamientos y de ventas— en favor de las ciudades de Bitinia y Pontos. Privilegios, que todo hace suponer, que no han sido concedidos con carácter general (14). Y Trajano en su respuesta busca que sea respetado el privilegio, en favor de las ciudades mencionadas, de todos aquellos créditos que son preferentes.

En el fondo lo que se produce es un conflicto de privilegios fisco-municipio del cual resultará una preferencia que postergará a otros créditos no preferentes. Pero si bien del texto examinado se daría a entender que tal privilegio era exclusivo de las ciudades de Bitinia y de Pontos, y que en todo caso esto sería probatorio únicamente respecto del derecho local de dichas ciudades. Seguiríamos sin responder a la cuestión de si ¿ocurriría esto mismo en otras ciudades?

La *lex Municipalis* de Antioquía es otro caso donde se menciona el *privilegium exigendi* concedido por Trajano —según resulta de Plinio— (15). Y puesto que en el Digesto los compiladores justinianos recogieron un fragmento de las *responsae* de Papiniano donde se alude expresamente al mismo en favor de la mencionada ciudad, no debería de plantearnos dudas su existencia. Dicho fragmento está concretamente en D.42.5.37 (*PAPINIANUS, lib. X Responsorum*):

Antiochesium Coelae Syriae civitati, quod lege sua privilegium in bonis defuncti debitoris accepit ius persequendi pignoris durare constituit.

El fragmento plantea, a nuestro juicio, dos cuestiones:

La primera es la relativa a la subsistencia para la ciudad de Antioquía de Siria del privilegio de perseguir por prenda los bienes del deudor fallecido. Aquí la utilización de *ius persequendi pignoris* parece mezclar dos cosas

(14) Como parecería dar por supuesto D.50.1.10, ya que, ciertamente, en la compilación justiniana tiene asumido un alcance general.

(15) *PLINIUS, epist. X*, 109-110, aun a pesar del posible origen proconsular del privilegio:

Ego inveni a plerisque proconsulibus concessam eis protopraxian eamque pro lege valuisse.

aparentemente dispares como es el *privilegium exigendi* y el *ius pignoris* (16). En la doctrina, mientras SOLAZZI resuelve este escollo por la vía de considerar que la expresión *ius persequendi pignoris* es un glosema (17), por el contrario, WIEACKER (18) no considera la necesidad de suprimir dicha expresión, viendo aquí una aplicación de la *protopraxia* en favor de los municipios. Por su parte, MENTXAKA considera que estamos ante un caso de prenda general que no nace de forma contractual, sino de forma legal (19).

Podemos encontrar otra interpretación: Según LEPRI (20), los compiladores justinianeos realizaron una sistemática sustitución del concepto de privilegio por el de prenda, cosa que ocurre en ésta y otras fuentes. Esta interpretación estaría más de acuerdo con la idea de considerar la paulatina desaparición de una primitiva prenda expresa sobre los bienes de los deudores, y su sustitución por un privilegio del fisco o, como ocurre en este caso, del municipio. Privilegio que según Papiniano (en D.42.5.37) estaría aún subsistente entre los antioquenses (21).

La segunda cuestión que nos sugiere el texto es la de si se trata de un *privilegium exigendi* o de un derecho de prenda que sustituye a éste, y en su caso la determinación del motivo que hizo desaparecer el *privilegium exigendi* sobre los bienes del deudor.

La verdad es que sobre ello sólo podemos establecer conjeturas, aunque podemos encontrar algunos datos que nos orienten: DERNBURG (22) considera que una sanción *multa adenit* fue impuesta por Septimio Severo (193-211 d.C.) a la ciudad de Antioquía por su carácter levantisco y puesto que los *iura vetusta* fueron restituidos posteriormente por Caracalla (211-217 d.C.), podríamos suponer que la *responsa* de Papiniano databa del tiempo intermedio. De esta forma la cuestión planteada por el fragmento sobre si subsiste o no el privilegio en favor de la ciudad de Antioquía de perseguir por prenda los

(16) Duda que destaca SOLAZZI, puesto que «...Il privilegio e il pegno sono caoticamente mescolati insieme. La città di Antiochia se godeva un privilegio sui beni del suo debitore, non doveva pretendere su di essi un diritto di pegno; e se vantava un pegnom non avrebbe cercato di sapere da Papiniano la durata del privilegio». SOLAZZI, *Il concorso...*, *op. cit.*, pág. 150.

(17) SOLAZZI, *op. cit.*, pág. 150, nota 1.

(18) WIEACKER, «Protopraxie und ius pignori im klassischen Fiskalrecht», *Festschr. Koschaker*, 1 (1939), pág. 237, nota 90.

(19) MENTXAKA, *La pignoración de colectividades en el Derecho romano clásico*, Bilbao, 1986, pág. 26, nota 24 y pág. 280, nota 10.

(20) LEPRI, *Note sulla natura giuridica delle «missiones in possessionem»*, Florencia, 1939, pág. 9.

(21) Por otra parte, el propio SOLAZZI retoca sus propias palabras al hablar más que de glosema...«Non si tratterebbe dunque di sostituzione, bensì di giustapposizione del pegno al privilegio...» SOLAZZI, *op. cit.*, pág. 151.

(22) DERNBURG, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen röm. Recht*, 2, Leipzig, 1860-64, pág. 354, nota 1.

bienes del deudor tiene sentido, así como la respuesta en favor de la subsistencia de dicho privilegio puesto que según Papiniano el *privilegium exigendi* no formaba parte de las prerrogativas suprimidas por Severo (23).

Por otra parte, podemos considerar si lo que ocurría en Antioquía de Siria podía ocurrir en otras ciudades, dada la cantidad de pasajes donde se hace alusión a *lege privilegium* o a *lege rei publicae* (24) —lo que implica que la expresión *lege rei publicae* es equivalente a los *privilegii* concedidos a otras ciudades. La enorme cantidad de textos donde tal cosa ocurre podría hacernos creer en dicha idea. De esta forma, *lege rei publicae* indicaría estatuto de la ciudad para aquéllas, al igual que en el caso presente no cabría duda que la expresión *lege sua privilegium* es el conjunto de privilegios o, por así decirlo, el estatuto de la ciudad de Antioquía (25).

De ello podemos pensar en si lo que podía ser concedido con carácter local por la *lex Municipalis* a Antioquía bien podía ser aplicado asimismo a otras ciudades. Evidentemente, la epístola de Plinio prueba que no podía haber sido establecido con carácter general el *privilegium exigendi* a todos los municipios, pero parece dar a entender que tal concesión de privilegios en favor de los municipios se había convertido en moneda general después de Trajano (26), si bien con la necesidad expresa de una constitución imperial reconociendo el privilegio.

Tal vez la razón para ello habría que buscarla tanto en la falta de competencia del *praesides* para dictar edictos generales (27) —sobre todo tratándose de una provincia imperial— lo que parece desprenderse del propio sentido de la epístola de Plinius, ya que si el privilegio estuviera bien asentado y competentemente concedido por vía del edicto proconsular, ¿qué sentido tendrían las dudas planteadas sobre su vigencia a Trajano?

La necesidad de una concesión imperial a la ciudad en forma expresa parece abrirse paso. Esta solución estaría más de acuerdo con lo afirmado por MARCELO (D.50.1.10, MARCELLUS, *Liber singulari de delataribus*) que se expresa así:

(23) En Bas. 9.7.35, aún se dice que en Antioquía se goza del privilegio de tomar en prenda los bienes del deudor, traduciendo *privilegium* romano por la *protopraxia* del origen greco-egipcio.

(24) Así en D.42.5.38.1; C.11.36.4; C.8.18.(19).4; C.11.29(30).2; C.11.32(33).2.1; C.11.33.2.2; C.8.18.(17).3; C.11.29(30).4, y otros.

(25) D.1.3.37; D.3.4.3; D.3.4.6 pr; D.43.24.3.4; D.47.12.3.5; D.49.1.12; D.50.1.21; D.50.1.25; D.50.2.10; D.50.3.1 pr; D.50.4.1.2; D.50.4.11.1; D.50.4.14.3; D.50.4.18.27; D.50.5.8.3; D.50.6.6.1; D.50.8.2.1; D.50.9.3; D.50.9.6; C.11.30.4; C.11.32.1, según SOLAZZI, *op. cit.*, pág. 152, nota 1.

(26) MITTEIS, *Römisches Privatrecht...*, *op. cit.*, pág. 389.

(27) WIEACKER, «Protopraxie und ius pignori im klassischen Fiskalrecht», en *Festschr. Koschaker*, 1 (1939), pág. 237.

Simile privilegium fisco nulla civitas habet in bonis debitoris, nisi nominatim id a principe datum sit.

Texto en el cual nos hace pensar que para que una ciudad tenga sobre los bienes del deudor un privilegio similar al del fisco requiere de un reconocimiento del príncipe, con lo cual la asimilación del tratamiento del privilegio en favor de los municipios a los del fisco depende, en última instancia, de la voluntad imperial. Con ello se da a entender lo que ya había sido asumido con carácter general, si bien en el conflicto de preferencias fisco-municipio la preferencia es en favor del primero (28) como se desprende de la constitución recogida en C.10.10.1 (29):

Scire debet gravitas tua intestatorum res qui sine legitimo herede decesserint fisci nostri rationibus vindicandas, nec civitates audiendas, quae sibi earum vindicandarum ius veluti ex permissu vindicare nituntur; et deinceps quaecunque intestatorum bona a civitatibus obtentu privilegiorum suorum occupata esse compereris ad officium nostrum eadem revocare non dubites.

Texto en donde se alude a que los bienes de los fallecidos intestados sin herederos pueden ser reivindicados por el fisco postergando las reclamaciones de las ciudades, las cuales, posiblemente, tendrían derecho a la reclamación de tales bienes y que probablemente les corresponderían si tales causantes fueran deudores de las mismas (30). Esta reivindicación de las ciudades —en conflicto con las pretensiones del fisco— tendría sentido puesto que se basaría en una práctica de concesiones casi con carácter general que implicaba un reiterado y extensivo uso del *privilegium* en otras ciudades.

Otro caso concreto de aplicación extensiva del *privilegium exigendi* aparece en C.8.18(17).3 (31) a propósito de la ciudad de Heliópolis, en donde realmente no se menciona el privilegio, pero que sí lo habría mencionado el primitivo texto antes de las interpolaciones justinianeas (32):

Quum rem publicam Heliopolitanorum propter emolumentum sententiae in rerum tam heredis quam hereditariarum possessionem missam esse proponis, intellegis, quamvis pater tuus cum Sossiano

(28) PURPURA, «Il concorso tra fisco e creditore ipotecario in Pap. Oxy. XXIV, 2411», en *SDHI*, 44 (1978), págs. 452-460.

(29) *Imp. Diocletianus et Maximianus, ann. 292.*

(30) Lo que supone la transmisibilidad pasiva de los créditos del fisco: El que recibe la herencia de un deudor del fisco queda asimismo perjudicado por los privilegios del fisco.

(31) *ANTONINUS, Imp. ann. 215.*

(32) LEPRI, *Note sulla natura giuridica delle «missiones in possessionem»*, Florencia, 1939, pág. 6 y sigs., y SOLAZZI, *Il concorso dei creditori...*, *op. cit.*, págs. 155-157.

contraxerit, tamen, si personali actione cum habuit obligatum praeponi rem publicam iure pignoris quae ex auctoritate eius qui iubere potuit servandi iudicati causa occupavit.

El presente texto —a diferencia del anterior— confirma la preferencia de la ciudad de Heliópolis para reclamar la posesión de los bienes de la herencia por derecho de prenda tanto del heredero como frente a aquéllos quienes los reclaman basados en acciones personales.

Aunque expresamente no se aclara que se trate de un deudor de la ciudad, así parece sobrentenderse al aludir a una ejecución de sentencia (*propter emolumentum sententiae in rerum*) (33), ya que en el texto parece hacer depender el uso del posible privilegio de la ciudad de Heliópolis de que ésta estuviera en posesión de los bienes, como si se tratara de un derecho de prenda expresa. Quizá en el fondo no sea más que un artificio retórico para indicar que por causa del privilegio —que no se menciona pero que se da por supuesto— la ciudad de Heliópolis tiene preferencia en el concurso de acreedores. Y una preferencia tal y como si se tratara de un derecho de prenda frente a aquellos acreedores quienes sólo lo fueran por acción personal (*quavis... si personali actione cum habuit obligatum*) (34).

Evidentemente seguiríamos sin poder responder con seguridad a la cuestión de si el privilegio es aplicable a otros municipios, aunque lo cierto es que podríamos afirmarlo para Heliópolis. Y en cuanto a otras ciudades, podríamos utilizar otro texto como es C.11.29(30).2, que más parece un intento de Caracalla de frenar la extensión del privilegio a otros municipios:

An res publica in cuius locum vos successistis eo, quod satisfecisse debito proponitis ius pignoris in eo fundo habeat, apud suum iudicem quaeritur. Si enim neque beneficio sibi concesso id ius nacta est, neque specialiter in obligatione pignoris sibi perspexit causa eius non servatur a ceteris creditoribus, qui habent personalem actionem.

En dicho pasaje lo que se discute es si la república —que se identifica aquí con municipio— tiene derecho sobre un fundo, bien si adquirió este

(33) LEPRI (*Note sulla natura giuridica delle «missiones...», op. cit.*, pág. 6) opina que con *propter emolumentum sententiae* se está ante un glosema triboniano, a igual que *iure pignoris... iudicati causa occupavit*. Sin embargo, SOLAZZI, explica la alusión *servandi iudicati causa* como una repetición de una frase del propio demandante o suplicante para que se guardara lo juzgado, incluida en la propia fórmula procesal y correspondería al rescripto original (SOLAZZI, *op. cit.*, pág. 156).

(34) Con ello se puede pensar en que la ciudad ha sido autorizada por el magistrado a recabar la posesión de los bienes patrimoniales de sus deudores, como era usual para el fisco. En tal caso, la prenda y el apoderamiento de los bienes se produciría como consecuencia natural de la *immissio rei*.

derecho por privilegio concedido —*beneficio sibi concessio*—, como si lo hizo especialmente *in obligatione pignoris* o prenda obligacional. Caracalla no le reconoce aquí más derechos que a cualquiera de los demás acreedores que tuvieran acción personal. Esto tendría difícil explicación a menos que pensáramos que el comentarista está situado en un momento en el que resulta natural que el derecho de prenda a favor de una ciudad se pudiera adquirir bien por vía de pública concesión o bien por vía de obligación privada. Esto podría significar la posibilidad de admitir la existencia de la prenda legal en favor de algunos municipios en la etapa post-clásica (35).

Pero en C.11.30(29).2 se sugiere también otra cuestión que vamos a tratar de analizar separadamente: La transmisibilidad del privilegio de la ciudad en favor de un tercero.

2. RELACIONES CON TERCEROS: TRANSMISIBILIDAD DEL *PRIVILEGIUM EXIGENDI MUNICIPII*

En C.11.30(29).2 al aludir a *in cuius locum vos successistis* está introduciendo la posibilidad de que un particular suceda en el lugar reservado a la ciudad. Con ello en la etapa post-clásica parece que ya se había iniciado el uso de conceder a los municipios el mismo derecho de prenda legal que anteriormente estaba reservado al *fiscus*, y como también ocurriera con el mismo la transmisibilidad de dichos derechos a terceros. Encontramos en algunos textos ejemplos de ello (36). Quizá uno de los casos más claros sea el recogido en C.8.18.(19).4 (37):

Si prior res publica contraxit fundus ei est obligatus, tibi secundum creditorum offerendi pecuniam potestas est, ut succedas etiam in ius rei publicae.

Un fundo resulta gravado en favor de la república y el segundo acreedor previo uso del *ius offerendi* se subroga en el derecho hipotecario de la ciudad. Que se trate de una hipoteca convencional no debe de haber dudas puesto que la propia expresión *fundus ei est obligatus* así lo delata. Las dudas estarían en responder a la cuestión de en cuál de los otros derechos (*etiam*) debería

(35) SOLAZZI, *op. cit.*, pág. 160, nota 1.

(36) Ya en el Derecho clásico, en D.26.7.46.1 (*Paulus, IX respons.*): [*Semproni, qui... debitor patriae suae existiterat, bona res publica iussu praesidis possedit*], parece admitir la transmisibilidad del derecho de la prenda o hipoteca en favor de tercero; asimismo en D.50.12.8 (*Ulpianus, III de offi. consul.*) se utiliza el régimen de la *missio in bona* y del *pignus in causa iudicati captum* en relación a los particulares. SOLAZZI, *op. cit.*, pág. 148, nota 1.

(37) *DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS, ann. 286.*

suceder el segundo acreedor. Si aceptamos que se trata de una hipoteca privilegiada, también deberíamos pensar que no solamente el segundo acreedor se subroga en el derecho hipotecario de la ciudad, sino que también en el propio privilegio (38). ¿Y cómo podría ser posible esto?

La clave podría estar en *...etiam in ius rei publicae* con que concluye el fragmento: La oferta del pago hecha por el segundo acreedor a la república como primer acreedor tiene sentido si además de asumir la carga hipotecaria, se subroga en su lugar (39) en cuanto al rango hipotecario y en su caso en la posibilidad del ejercicio de la acción hipotecaria con un carácter privilegiado (40).

Esta posibilidad de la transmisión del derecho de hipoteca que antes tenía la ciudad en favor de los particulares, nos haría pensar en que el *privilegium exigendi* concedido a la ciudad sobre los bienes de los deudores, pierde cada vez más las características de un privilegio de tipo personal, para pasar a ser un derecho real (41) que puede ser transferido a tercero como cualquier otro gravamen sobre la cosa. Claramente resulta de C.11.29(30).2 en el cual la frase de *beneficio sibi concessio id ius nacta est*, permite sospechar que en la época post-clásica sí que sería casi un lugar común la existencia de una prenda legal a favor de los municipios.

B) CONCLUSIONES

En conclusión y por lo que se refiere a las ciudades, no se puede afirmar con carácter general la existencia de un *privilegium exigendi* similar al del fisco. Sin embargo, ya a partir de la época clásica, algunas ciudades llegaron a detentarlo.

En la post-clásica este derecho reconocido a ciertas ciudades va generalizándose sobre la base, primero, de una concesión del poder imperial como

(38) SOLAZZI, *op. cit.*, pág. 160, nota 2: «Io darei ad *etiam* il valore seguente: Il creditore posteriore subentra anche nel pegno della città, quantunque si tratti di un pegno privilegiato. Chi ha aggiunto *etiam* probabilmente non avvertiva che *fundus est obligatus* indica un pegno convenzionale e riteneva che per la città il pegno nascesse tacitamente dal contratto di credito».

(39) El *ius offerendi* del segundo acreedor tiene siempre por finalidad subrogarse en el lugar del primero en su propio grado y además la de adquirir el *ius vendendi*, o facultad de vender el bien hipotecado, cosa que hasta ese momento correspondía solamente al primero.

(40) No siempre el mecanismo de subrogación en el puesto de un acreedor hipotecario anterior o único supone un caso de pluralidad hipotecaria, pero sí un antecedente de la génesis de la segunda hipoteca. MIQUEL, *El rango hipotecario...*, *op. cit.*, pág. 237.

(41) Numerosos textos confirman la posibilidad que el *privilegium municipii* desemboca en un *pignus* privilegiado —cfr. C.10.10.1; C.8.18(17).3; C.8.18.(19).4; C.11.29(30).2; C.11.36.4—.

un privilegio sobre los bienes de los deudores insolventes. Posteriormente aparece como prenda legal privilegiada hasta el punto que algunos textos presuponen su existencia sin necesidad de hacerla patente.

Finalmente, pierde el carácter de privilegio tomando las características de un gravamen hipotecario, de tal forma que se permite su transmisibilidad en favor de tercero.

C) BIBLIOGRAFIA

- SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, III, Nápoles, 1940.
- LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig, 1927.
- WIEACKER, «Protopraxie und ius pignori im klassischen Fiskalrecht», en *Festschr. Koschaker*, 1 (1939).
- RASCÓN, *Pignus y custodia en el Derecho romano clásico*, Oviedo, 1976.
- MENTXAKA, *La pignoración de colectividades en el Derecho romano clásico*, Bilbao, 1986.
- MIQUEL, «El rango hipotecario en el Derecho romano clásico», en *AHDE*, 29 (1959), págs. 229-316.
- PURPURA, «Il concorso tra fisco e creditore ipotecario in Pap. Oxy. XXIV, 2411», en *SDHI*, 44 (1978), págs. 452-460.
- RENZO, «V. Fisco; Fiscus in diritto intermedio», en *NNDI*, 1957.

LUIS MARIANO ROBLES VELASCO
 Profesor Facultad de Derecho
 Universidad de Granada

El período a considerar en el derecho a un juicio justo

«Nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía»

LUCIO ANNEO SENECA

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EL PERIODO A CONSIDERAR: 1. SEGÚN SU CONTRADICCIÓN: A) *Como cuestión pacífica de previo pronunciamiento*. B) *Como cuestión controvertida*. 2. SEGÚN EL TIPO DE ASUNTO: A) *En asuntos penales*. B) *En asuntos civiles*. 3. SEGÚN SU EXTENSIÓN: A) *En la totalidad del proceso*. B) *En alguna de sus instancias*. 4. ESPECIAL CONSIDERACIÓN EN SEDE CONSTITUCIONAL. 5. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL PROCESO FINALIZADO.—III. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCION

La preocupación por la incidencia del paso del tiempo en la eficacia del derecho, entendida como protección jurídica efectiva, constituye una constante en casi todas las épocas y países, pudiendo constatare explícitamente casi desde el origen mismo del derecho escrito, cuyo nacimiento suele situarse entre los sumerios en la primera mitad del tercer milenio antes de Cristo. Así, por ejemplo, en lo que hoy denominaríamos artículo 13 del Código de Hammurabi (1792-1750 a. de C.), el más antiguo de los que se conservan prácticamente completos, ya se establecía que si los testigos de alguno de los litigantes *«no estuviesen a mano, los jueces le señalarán un plazo de seis meses»* (1) para presentarlos, y si al término del sexto mes no los presenta, perderá el proceso.

(1) En su comentario LARA PEINADO, FERNANDO, *Código de Hammurabi*, Tecnos, 2.^a edición, 1992, pág. 90, escribe: *«Era un plazo muy razonable y no largo si se tiene en cuenta las dificultades que los viajes entrañaban en la antigüedad. Este plazo de seis meses cumplía, creemos, la doble condición de dar tiempo para que se presentasen los testigos y para que el juicio no se eternizase»*.

No obstante, habrá que esperar hasta el presente siglo xx para que la comunidad internacional establezca, con carácter general, la vigencia de criterios jurídicos precisos en cuanto a la relevancia del paso del tiempo y a sus efectos en el proceso, y para que la ciencia jurídica contemple el inicio de la desvirtuación de la constatación empírica de BLAISE PASCAL: *«Si el hombre supiese qué es exactamente la justicia, no habría establecido esta máxima, la más general de todas cuantas existen entre los hombres: que cada cual siga las costumbres de su país. El brillo de la verdadera justicia hubiera sometido a todos los pueblos»*.

Las grandes declaraciones de principios de los siglos XVIII y XIX, herederas del legado grecolatino, informaron la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, y ello ha posibilitado la progresiva positivación de los denominados derechos públicos subjetivos básicos en todos los ámbitos territoriales: planetario, europeo y español. Así, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, y en la Constitución Española de 29 de diciembre de 1978.

Entre los derechos con proyección universal destaca con luz propia, junto a los derechos a la vida, a la integridad física, a la libertad y a la igualdad, entre otros, el derecho a un juicio justo o a un proceso equitativo, constituido por un conjunto de derechos garantía entre los que se encuentra el derecho a un proceso dentro de un plazo razonable o, en expresión sinónima, sin dilaciones indebidas.

En la Europa de nuestros días, en nuestro espacio y nuestro tiempo, la interpretación del Convenio por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos constituye la doctrina que posibilita la delimitación de los mínimos de convergencia de los derechos públicos subjetivos básicos, sobre los que cada día crece la opinión en el sentido de que por imperativo económico constituirán, una vez alcanzados los fundamentos de la unidad monetaria, parte esencial de los mínimos de la futura unidad política europea, en el previsible supuesto razonable de que el proceso de unión se consolide y avance; progreso en cualquier caso no exento de lucha, como brillantemente ha puesto de manifiesto LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (2).

El derecho indeterminado a un proceso dentro de un plazo razonable, como derecho autónomo incardinable en el derecho a un juicio justo o pro-

(2) MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, LORENZO, «La Europa de los derechos humanos», Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pág. 21: *«En suma, y para concluir, que yo me reafirmo en mi punto de vista de que sin negar el alcance, significado y protagonismo de los aspectos económicos, hay también esa veta consistente y pujante de la Europa de los Derechos Humanos en la que conviene poner énfasis e insistir sin desmayo. Que es lo que he pretendido con mis páginas»*.

ceso debido, constituye (STC 58/1999) (3) un criterio objetivo europeo de medición temporal del proceso, del período a considerar, aplicable en todos los países por igual, como expresión de la obligación prestacional instrumental de todos los poderes públicos del Estado y, por consiguiente, como expresión de su responsabilidad, criterio implícitamente también asumido por el Tratado de Amsterdam y explícitamente compartido por la más reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso Baustalhgewebe.

II. EL PERIODO A CONSIDERAR

La delimitación del período a considerar (4) constituye la determinación de las fechas de los hechos probados, procedimentales o procesales, relevan-

(3) STC 58/1999, FJ 6: «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 6.1 del Convenio de Roma ... ha sido tomada como el estándar mínimo garantizado por el artículo 24.2 CE».

(4) BARCELÓ I SERRA-MALERA, MERCÉ, y DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, JULIO, «El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 46, 1997, págs. 13 y sigs.; CALVO SÁNCHEZ, MARÍA DEL CARMEN, «Contribución del Secretario Judicial a la efectividad del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas», en *Revista General de Derecho*, núm. 632, 1997, págs. 5203 y sigs.; DELGADO DEL RINCÓN, LUIS, «La responsabilidad patrimonial del Estado-juez en el ordenamiento jurídico español», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 50, 1998; DÍAZ DELGADO, JOSÉ, «La responsabilidad patrimonial del Estado por dilaciones indebidas en el funcionamiento de la Administración de Justicia», *Siete*, 1987, págs. 84 y sigs.; FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, PLÁCIDO, *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, Civitas, 1994, págs. 83 y sigs.; GARCÍA PONS, ENRIQUE, *Responsabilidad del Estado: la justicia y sus límites temporales*, Bosch, 1996, págs. 156 y sigs.; «Aporía del principio *pro actione* en el ámbito temporal del proceso debido», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 51, 1997, págs. 317 y sigs.; y «Autonomía de los derechos fundamentales al plazo razonable», en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 2, 1998, págs. 449 y sigs.; GRANADOS PÉREZ, CARLOS, «Individualización de las penas: supuestos conflictivos», en *Cuadernos de Derecho Judicial*: «La individualización y ejecución de las penas», en *CGPJ*, 1993, págs. 186 y sigs.; GUZMÁN FLUJA, VICENTE C., *El derecho de indemnización por el funcionamiento de la Administración de Justicia*, Tirant lo Blanc, 1994, págs. 241 y sigs.; LANZAROTE MARTÍNEZ, PABLO, «El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y su tratamiento en el nuevo Código Penal», en *Revista Jurídica La Ley*, núm. 4425, 26 de noviembre de 1997, pág. 6; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO, *El convenio, el Tribunal europeo y el derecho a un juicio justo*, Akal, 1991, págs. 131 y sigs.; LÓPEZ MUÑOZ, RIÁNSARES, *Dilaciones indebidas y responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia*, Comares, 1996, págs. 151 y sigs.; PEDRAZ PENALVA, ERNESTO, «El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 43-44, 1996, págs. 225 y sigs.; PICO I JUNOY, JOAN, *Las garantías constitucionales del proceso*, Bosch, 1997, págs. 118 y sigs.; PRIETO RODRÍGUEZ, JAVIER IGNACIO, *Dilaciones indebidas y derecho penal*, Akal, 1997, págs. 36 y sigs.; REVENGA SÁNCHEZ, MIGUEL, *Los retrasos judiciales. ¿Cuándo se vulnera el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas?*, Tecnos, 1992, págs. 13 y sigs.; RIBA TREPAT, CRISTINA, *La*

tes para la evaluación del derecho humano constitucionalmente positivizado como fundamental a un proceso dentro de un plazo razonable en cada caso concreto; e integra una triple perspectiva, en atención a su contradicción, en razón del tipo de asunto y en relación a su extensión, tal como contemplaremos pormenorizadamente en las páginas que siguen.

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo sobre el período a considerar, entre otras (5), STEDH caso Acquaviva, de 21/11/95: *«únicamente las dilaciones imputables al Estado pueden conducir al Tribunal a concluir la inobservancia del plazo razonable»*; aunque en todo caso constituye asimismo doctrina sentada, entre otras (6), STEDH caso Probstmeier, de 1/7/97, que *«el artículo 6,1 compele a los Estados parte a organizar su sistema judicial de tal manera que sus jurisdicciones puedan cumplir cada una de sus exigencias, especialmente en cuanto al plazo razonable»*.

La jurisprudencia del TEDH ha estimado la existencia de actitudes dilatorias en diversos supuestos concretos, cuyos retrasos pueden no resultar imputables al Estado por ser responsabilidad del recurrente (7); lapsos de tiempo que, en su caso, deben descontarse del total del período a considerar, entre otros los siguientes:

En el de solicitudes del propio recurrente de aplazamientos injustificados de audiencias en el procedimiento (8).

eficacia temporal del proceso: El juicio sin dilaciones indebidas, Bosch, 1997, págs. 38 y sigs.; y SÁINZ DE ROBLES, FEDERICO C., «Tutela judicial efectiva y dilaciones indebidas», en *IURIS*, núm. 25, febrero 1999, págs. 30 y sigs.

(5) SSTEDH caso Pafitis y otros, de 26/2/98; caso Proszak, de 16/12/97; caso Papegeorgiou, de 22/10/97; caso Ciricosta e Viola, de 4/12/95; caso Venditelli, de 18/7/94; caso Monnet, de 27/10/93; caso Wiesinger, de 30/10/91; caso Vernillo, de 20/2/91; y caso Zimmermann y Steiner, de 13/7/83. Asimismo, STEDH caso Buchholz, de 6/5/81: *«El Tribunal añadiría que únicamente los retrasos imputables al Estado pueden justificar, en las instancias correspondientes, un incumplimiento del compromiso que implica el tiempo razonable»*.

(6) SSTEDH caso Pammel, de 1/7/97; caso Philis, de 27/6/97; y caso Nibbio, de 26/2/92. En el mismo sentido, SSTEDH caso Duclos, de 17/12/96; caso Mansur, de 8/6/95; caso Schouten y Meldrum, de 9/12/94; caso Dobbartin, de 25/2/93; caso Manifattura FL, de 27/2/92; caso Andreucci, de 27/2/92; caso Diana, de 27/2/92; caso Abdoella, de 25/11/92; caso Brigandi, de 19/2/91; y caso Unión Alimentaria Sanders, S.A., de 7/7/89.

(7) STEDH, caso Wiesinger, de 30/10/91: El comportamiento del recurrente *«constituye un elemento objetivo, no imputable al Estado demandado y que debe ser tomado en consideración para determinar si ha habido o no un exceso del plazo razonable del artículo 6.º,1»*.

(8) STEDH caso Paccione, de 27/4/95: *«Con el delegado de la Comisión, el Tribunal considera que el primer aplazamiento se justificaba por la brevedad del intervalo entre la fecha en la que el interesado recibiera notificación de la fijación de la audiencia y el último día útil para la presentación de documentos para los debates. La segunda solicitud de aplazamiento causó, ciertamente, un retraso de un poco menos de once meses»*. En el mismo sentido, STEDH caso Adiletta, de 19/2/91.

En el de reiteradas peticiones de reenvío (9).

En el de frecuentes cambios de abogados (10).

En el de multiplicidad de incidentes de procedimiento (11).

En el de no presentarse injustificadamente a revisiones médicas (12).

En el de no personarse ante el Tribunal competente estando debidamente citado (13).

En el de recusaciones reiteradas (14).

En el de iniciativas manifiestamente obstruccionistas (15).

En el de fuga del imputado (16).

En el de no ejercicio razonablemente diligente de los propios derechos procesales (17) que son responsabilidad de las partes en la conducción del proceso (18).

Sin perjuicio de lo expuesto, debe tenerse presente que la responsabilidad última de asegurar en cualquier caso el respeto del contenido esencial del dere-

(9) STEDH caso Ciricosta y Viola, de 4/12/95.

(10) STEDH caso König, de 28/6/78: «*Por otra parte, el Gobierno ha puesto gran énfasis en el comportamiento del demandante durante el procedimiento; en su opinión, el doctor König, por la forma de defender sus intereses, es responsable personalmente de aproximadamente la mitad de la duración del procedimiento. Particularmente invoca el Gobierno el cambio frecuente de abogados, la yuxtaposición de diversos recursos y las reiteradas peticiones de prueba en diferentes fases. El cambio repetido de abogados, algo que estaba dentro del derecho del doctor König, tuvo consecuencias en el desarrollo del proceso, ya que los diferentes abogados tuvieron necesidad de algún tiempo para estudiar el expediente. Sin embargo, hay que hacer notar que en la práctica los retrasos señalados por el Gobierno se elevan en total a algunos meses.*»

(11) STEDH caso Monnet, de 27/10/93.

(12) STEDH caso Pizzetti, de 26/2/93.

(13) STEDH caso Kemmache, de 27/11/91: «*El propio recurrente provocó un retraso al respecto no presentándose en el Tribunal el 12 de diciembre de 1990, mientras que según el informe médico practicado su estado de salud no le impedía comparecer ante el estrado.*»

(14) STEDH caso Eckle, de 15/7/82: «*Lejos de contribuir a la aceleración de la marcha del procedimiento, el señor y la señora Eckle multiplicaron los incidentes —concretamente la utilización sistemática de las recusaciones— de naturaleza retardatoria y que ciertamente podían hacer pensar en una obstrucción deliberada.*»

En realidad, la Comisión lo destaca con razón, el artículo 6 no exige a los interesados una cooperación activa con las autoridades judiciales. No puede reprocharles haber sacado partido de las posibilidades de recurso que les ofrece el Derecho interno. Sin embargo, su comportamiento, recordado con anterioridad, constituye un hecho objetivo, no imputable al Estado defensor, y que debe considerarse para responder a la pregunta de saber si el procedimiento ha sobrepasado o no el plazo razonable del artículo 6.1».

(15) STEDH caso Ringeisen, de 16/7/71.

(16) STEDH caso Girolani, de 19/2/91: «*Sin duda el recurrente contribuyó, por su fuga, a ralentizar el desarrollo de la causa.*»

(17) STEDH caso Nibbio, de 26/2/92.

(18) STEDH caso Vernillo, de 20/2/91.

cho a un proceso, dentro de un plazo razonable, como derecho efectivo (19), corresponde siempre al Estado, dada la importancia del derecho a una correcta administración de justicia en una sociedad democrática (20), no ya sólo cuando el impulso procesal compete legalmente a los poderes públicos (21), sino también cuando la iniciativa es atribuida por las normas procesales a las partes.

En tal sentido se pronuncia, entre otras (22), la STEDH caso Guincho, de 10/7/84: *«En Portugal, subraya el Gobierno, el procedimiento civil se rige por el así llamado “principio dispositivo”: el poder de iniciativa descansa en las partes (art. 264.1 del Código de Procedimiento Civil), quienes deben dar los pasos apropiados para impulsar un rápido desarrollo del litigio. En opinión del Tribunal, este principio no dispensa, sin embargo, a los Tribunales de asegurar la celeridad de la acción requerida por el artículo 6 (ver la sentencia Buchholz de 6 de mayo de 1981)»* (23).

En principio deben incluirse en el período a considerar todas las instancias del proceso y debe comprenderse como tal también el tiempo consumido en sede constitucional, en los términos que contemplaremos en el epígrafe correspondiente.

(19) STEDH caso Imbrioscia, de 24/11/93: *«No debe olvidarse que el Convenio tiene por finalidad proteger derechos no teóricos o ilusorios, sino concretos y efectivos»*.

(20) STEDH caso Delcourt, de 17/1/70: *«En una sociedad democrática, en el sentido que a dicha expresión le otorga el Convenio, el derecho a una administración correcta de la justicia ocupa un lugar tan eminente, que una interpretación restrictiva del artículo 6.1, no correspondería al sentido y al objeto de dicha Disposición»*. En el mismo sentido, SSTEDH caso Pafitis y otros, de 26/2/98; caso Moreira de Acevedo, de 23/10/90; y caso Golder, de 21/2/75.

(21) STEDH caso Neumeister, de 27/6/68: *«Conviene subrayar, además, que la preocupación por la rapidez no dispensa a los magistrados que, en el sistema de procedimiento penal vigente en el continente europeo, tienen la responsabilidad de la institución o de la dirección del proceso, de tomar cuantas medidas sirvan por su naturaleza para esclarecer si la acusación está o no debidamente fundamentada (Grundsatz der amtswegigen Wahrheitsforschung)»*.

(22) SSTEDH, entre otras, caso Pafitis y otros, de 26/2/98; caso Proszak, de 16/12/97; caso Duclos, de 17/12/96; caso Scopelliti, de 23/11/93; y caso Martins Moreira, de 26/10/88.

(23) La STEDH, caso Buchholz, de 6/5/81, había sentado la cuestión al argumentar: *«En la República Federal de Alemania, al igual que en bastantes otros Estados miembros del Consejo de Europa, el Tribunal penal o administrativo es, no hay que negarlo, responsable de la investigación y de la conducción del proceso. Por el contrario, tal y como señala el Gobierno, en la República Federal de Alemania los procedimientos que se desarrollan ante los Tribunales laborales, al igual que ante los civiles, están regidos por el principio de la conducción de la litis por las partes. Además, la legislación alemana preconiza los arreglos amistosos de los litigios que afectan al empleo (arts. 54, 57, 64 y 72 de la Ley de Tribunales Laborales, Arbeitsgerichtsgesetz); este factor fue correctamente puesto de relieve por parte del Gobierno. Sin menospreciar la importancia de estas diferencias, el Tribunal considera, al igual que ya lo hizo la Comisión, que no existe dispensa alguna a las autoridades judiciales para que aseguren la rápida tramitación de las acciones en los términos comprendidos en el artículo 6»*.

Así se pronuncia, entre otras (24), la STEDH caso Monnell y Morris, de 2/3/87: *«Ciertamente, ...el Convenio no obliga a los Estados contratantes a crear tribunales de apelación o casación; pero el Estado que los establece tiene que asegurar a los justiciables el disfrute ante dichos tribunales de las garantías fundamentales del artículo 6»*.

La estimación de la violación del contenido esencial del derecho se produce habitualmente una vez finalizado el proceso del que trae causa, pudiendo no obstante estimarse incluso en procesos no terminados, finalizando entonces el período a considerar en la fecha en que se dicta resolución y en base a lo acreditado hasta ese momento en las actuaciones (25), dada la autonomía y especial incidencia del principio de aceleración en los derechos vinculados al plazo razonable reconocido por la protección internacional, tanto en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas como en el derecho a la libertad personal (26).

En todo caso, debe significarse que en nuestro ordenamiento jurídico el período a considerar en ningún caso comenzará a contar antes de la vigencia de la norma a aplicar. Así, para el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en aplicación del Pacto el día de referencia será el 25 de enero de 1985, fecha de adhesión de España al Protocolo Facultativo; para la Comisión y el TEDH en aplicación del Convenio la fecha de referencia será la de aceptación del Estado parte (27), que en el caso de España corresponde al día 1 de julio de 1981 (28); y en cuanto a la Constitución la fecha será la del 29 de diciembre de 1978.

1. SEGÚN SU CONTRADICCIÓN

La determinación del período a considerar puede suscitarse en el proceso atendiendo a su contradicción desde una doble perspectiva: como cuestión pacífica de previo pronunciamiento o como cuestión controvertida.

(24) STEDH caso Acquaviva, de 21/11/95.

(25) SSTEDH caso Torri, de 1/7/97; caso Matos e Silva, de 16/9/96; caso Imbrioscia, de 24/11/93; caso Messina, de 26/2/93; caso Pizzetti, de 26/2/93; caso Nibbio, de 26/2/92; caso Viezzer, de 19/2/92; y caso Unión Alimentaria Sanders, S.A., de 7/7/89.

(26) STEDH, entre otras, caso Neumeister, de 27/6/78: *«La prisión provisional no puede mantenerse más allá de los límites razonables... y la finalidad del precepto es fundamentalmente que se conceda la libertad provisional desde el momento en que el mantenimiento de la prisión provisional deja de ser razonable»*.

(27) SSTEDH, entre otras, caso Mavronichis, de 24/4/98; caso Martins Moreira, de 26/10/88; y caso Baggetta, de 25/6/87.

(28) STEDH caso Unión Alimentaria Sanders, S.A., de 7/7/89: *«El período a examinar empezó con la toma de efecto, el 1 de julio de 1981, de la declaración española de aceptación del derecho de recurso individual. Para verificar el carácter razonable del lapso transcurrido desde entonces, hay sin embargo que tener en cuenta el estado en el cual el caso se encontraba en su tiempo (ver, el fallo Milasi de 25 de junio de 1987)»*.

A) *Como cuestión pacífica de previo pronunciamiento*

Constituye una dimensión temporal objetiva, siempre presente en la jurisprudencia sobre el derecho a un proceso dentro de un plazo razonable, habitualmente incorporada en las resoluciones del Tribunal Europeo, no tan frecuentemente en las del Tribunal Constitucional, como cuestión pacífica de previo pronunciamiento a partir de la cual se produce la reflexión sobre si dicho período viola el contenido esencial del derecho indeterminado a un proceso dentro de un plazo razonable en función de la valoración de los elementos de ponderación, los preceptivos (complejidad del asunto, comportamiento del recurrente y comportamiento de las autoridades administrativas y judiciales competentes) y, en su caso, los facultativos procedentes (importancia del litigio para el interesado y contexto en que se desarrollaron las actuaciones).

Así, entre otras muchas (29), STEDH caso Abdoella, de 25/11/92: *«El período a considerar ha comenzado el 18 de enero de 1983, con el arresto del recurrente, para concluir el 19 de mayo de 1987, con el rechazo del segundo recurso de casación. Comprende, pues, cuatro años, cuatro meses y un día»*.

B) *Como cuestión controvertida*

En ocasiones ocurre que el período a considerar se suscita desde posiciones discrepantes, de ahí su carácter de elemento de ponderación facultativo, controvertido en sí mismo en cuanto a su extensión y precisa determinación de las fechas de comienzo y finalización, existiendo al respecto diversos pronunciamientos del Tribunal Europeo que inspiran las líneas que siguen a continuación.

En la actualidad, la jurisprudencia existente sobre el derecho a un proceso dentro de un plazo razonable propicia que las pautas para determinar las fechas inicial y final que deben contabilizarse para valorar si un proceso ha durado más allá de lo razonable constituyan un elemento cada día más pacífico y menos controvertido, progresivamente orientado hacia una concepción material y no formal del período a considerar, dada la preeminencia del derecho a un proceso justo en una sociedad democrática (30), y a una interpre-

(29) SSTEDH, caso Philis, de 27/6/97; caso Duclos, de 17/12/96; caso Ceteroni, de 15/11/96; caso Ferrantelli y Santangelo, de 7/8/96; caso Ausiello, de 21/5/96; caso Mitap y Müftüoğlu, de 25/3/96; caso Scollo, de 28/9/95; caso Scopelliti, de 23/11/93; caso Monnet, de 27/10/93; caso Scuderi, de 24/8/93; caso Dobberty, de 25/2/93; caso Salerno, de 10/12/92; caso Tomasi, de 27/8/92; caso Viezzer, de 19/2/92; caso Kemmache, de 27/11/91; y caso Wiesinger, de 30/10/91.

(30) STEDH caso Deweer, de 27/2/80: *«El lugar preeminente que el derecho a un proceso justo ocupa en una sociedad democrática conduce al Tribunal a optar por una concepción material y no formal»*.

tación extensiva del mismo (31), acorde con el principio de aceleración y con la finalidad de atender a las exigencias de una buena administración de justicia (32).

Tal tendencia se evidencia ya en la STEDH caso König, de 28/6/78: «*El Tribunal ya falló en la sentencia Golder de 21 de febrero de 1975: "puede concebirse que en materia civil el plazo razonable puede comenzar a correr en ciertas hipótesis antes incluso del acto formal que inicia el procedimiento ante el Tribunal que el demandante desea que zanje el litigio". Tal es el criterio a aplicar en el caso de autos, dado que el demandante no ha podido acudir al Tribunal competente sin antes haber hecho examinar en un procedimiento preliminar (Vorverfahren) ante la autoridad administrativa la legalidad y la oportunidad de los actos administrativos impugnados (art. 68 del Decreto alemán de Procedimiento Administrativo). Consecuentemente el plazo razonable del artículo 6.º, párrafo 1, tiene como punto de partida, en este caso, la fecha en la cual el doctor König formuló su oposición a las retiradas de autorización*».

2. SEGÚN EL TIPO DE ASUNTO

Para la determinación del período a considerar según el tipo de asunto, el Tribunal Europeo parte de distinguir (33) entre el cómputo para los asuntos penales y para los asuntos civiles (34), en la interpretación extensiva que aplica al concepto el TEDH a la luz del Convenio (35).

(31) STC 13/94: «*Convendría recordar cómo, según la jurisprudencia del TEDH, el momento inicial que ha de ser tomado en consideración desde la perspectiva del derecho consagrado en el artículo 6.1 CEDH ha de ser interpretado de forma extensiva*».

(32) STEDH caso Boddaert, de 12/10/92: «*El artículo 6.º del Convenio prescribe la celeridad de los procedimientos judiciales, pero consagra también el principio, más general, de una buena administración de justicia*».

(33) STEDH caso König, de 28/6/78: «*En cuanto al período al cual se aplica el artículo 6.º1, el Tribunal ha estimado que en materia penal cubre el conjunto del procedimiento, incluidas las diferentes instancias. La situación no es diferente, como acepta el Gobierno, en el caso de litigio sobre derechos y obligaciones de carácter civil para los cuales el artículo 6.º, párrafo 1, exige igualmente que exista, sea en primera instancia, en apelación o en casación, una decisión*».

(34) Resulta pertinente significar que el concepto civil tiene en la jurisprudencia del TEDH un contenido material que excede el ámbito formal que el derecho interno atribuye al orden jurisdiccional civil.

STEDH caso König, de 28/6/78: «*Admitiendo el Tribunal la autonomía de la noción de "derechos y obligaciones de carácter civil", no juzga, por ello, desprovista de interés en este campo la legislación del Estado en cuestión. En efecto, un derecho debe ser considerado o no como de carácter civil en el sentido con que esta expresión se utiliza en el Convenio, teniendo en cuenta, no ya la calificación jurídica, sino el contenido material y los efectos que le confiere el derecho interno del Estado en cada caso. Corresponde al Tribunal, en el ejercicio de su control, el tomar en consideración también, tanto*

En tal sentido, la STEDH, caso X. contra Francia, de 31/3/92, explicita que *«de la jurisprudencia constante del Tribunal resulta que la noción de derechos y obligaciones de carácter civil no deben interpretarse por simple reenvío al derecho interno del Estado demandado, dado que el artículo 6.º 1 se aplica independientemente de la calidad pública o privada de las partes, así como de la naturaleza de la ley que rige la controversia: basta que la decisión del procedimiento sea determinante para derechos y obligaciones de carácter privado»*.

Dicha interpretación amplia ha posibilitado que el Tribunal Europeo haya desarrollado la citada división dual de asuntos penales y civiles, atendiendo a la distinta incidencia del principio de aceleración en el contenido material del tipo de derecho, objeto del proceso, distinguiendo cuatro grupos de materias según el grado de diligencia exigible a las autoridades competentes, clasificadas de mayor a menor prioridad en materia penal (36), materia de estado y capacidad de las personas (37), materia laboral y de seguridad social (38), y resto de materias.

el objeto y finalidad del Convenio, como los sistemas de derecho interno de los demás Estados parte en el mismo. En lo que concierne al campo de aplicación del artículo 6.º, párrafo 1, el Tribunal falló en la sentencia Ringelsen del 16 de julio de 1971 que no era necesario para que el artículo 6.º, párrafo 1, se aplique a un litigio que las dos partes en el mismo sean personas privadas. El texto del artículo 6.º, párrafo 1, es mucho más amplio; las expresiones francesas "contestations sur (des) droits et obligations de caractère civil" cubren cualquier procedimiento cuyo resultado sea determinante para derechos y obligaciones de carácter privado. El texto inglés "the determination of (...) civil rights and obligations" confirma esta interpretación. Frente a esto poco importa la naturaleza de la ley aplicable al caso o la de la autoridad competente en la materia. Si el litigio enfrenta a un particular con una autoridad pública no es decisivo que esta última haya actuado como persona privada o como detentadora del poder público. En consecuencia, para saber si un litigio afecta a la determinación de un derecho de carácter civil el único criterio es el carácter del derecho en cuestión».

(35) GUZMÁN FLUJA, VICENTE C., *El derecho de indemnización...*, obra citada, pág. 215: *«...un derecho será considerado como civil en el sentido del convenio en atención no a la calificación jurídica que se le dé sino a su contenido material y efectos en cada caso concreto; de esta forma, aun cuando un derecho sea calificado como público en el ordenamiento interno, ello no impide que el TEDH lo califique como civil»*.

RIBA TREPAT, CRISTINA, *La eficacia temporal del proceso...*, obra citada, pág. 66: *«...a modo de conclusión, podemos señalar que todos los litigios el desenlace de los cuales afecte a la esfera de los derechos personales o patrimoniales de los individuos, son susceptibles de estar comprendidos en el ámbito de protección del artículo 6.1 del CEDH»*.

(36) SSTEDH, entre otras, caso Bunkote, de 26/5/93; caso Abdoella, de 25/11/92; caso Corigliano, de 10/12/82; y caso Wemhoff, de 27/6/68.

(37) SSTEDH, entre otras, caso Ridi, de 27/2/92; caso Casciaroli, de 27/2/92; caso Manieri, de 27/2/92; y caso Bock, de 29/3/89.

(38) SSTEDH, entre otras, caso Trevisan, de 26/2/93; caso Salesi, de 26/2/93; caso Nibbio, de 26/2/92; caso Biondi, de 26/2/92; caso Vocaturo, de 24/5/91; caso Caleffi, de 24/5/91; caso Obermeier, de 28/6/90; y caso Deumeland, de 29/5/86.

A) En los asuntos penales

En cuanto a los asuntos penales (39), a los que se asimilan los administrativos sancionatorios en general (40) y específicamente los fiscales (41), la determinación del período a considerar constituye doctrina sentada prácticamente desde las primeras resoluciones del Tribunal, en el sentido de entender, STEDH caso Neumeister, de 27/6/68, que *«empieza necesariamente el día en que se acusa a alguien»* y termina con *«el fallo que resuelva sobre el fundamento de la acusación»*; pudiendo, no obstante, estimarse asimismo la existencia de violación del contenido esencial del derecho en procesos no terminados cuando hubiere lugar a ello (42) y debiendo deducirse, en su caso, y entre otros supuestos precedentemente indicados, el período en que el imputado se encuentre fuera del alcance de las autoridades competentes (43).

Matizando lo anterior en cuanto a la fecha inicial del período a considerar, la STEDH caso Eckle, de 15/7/82 sienta que *«en materia penal, el “plazo razonable” del artículo 6, párrafo 1, comienza en el instante que una persona se encuentra “acusada”; puede tratarse de una fecha anterior al inicio del proceso (véase, por ejemplo, la sentencia Deweer, de 27 de febrero de 1980, serie A, núm. 35, pág. 22, parágrafo 42) como concretamente la fecha del arresto, de la inculpación o de la apertura de diligencias preliminares (sentencias Wemhoff de 27 de junio de 1968, serie A, núm. 7, págs. 26-27, parágrafo 19; Neumeister de la misma fecha, serie A, núm. 8, pág. 41, parágrafo 18, y Ringeisen de 16 de julio de 1971, serie A, núm. 13, pág. 45, parágrafo 110); la acusación en el sentido del artículo 6, párrafo 1, puede definirse como “la notificación oficial emanada de autoridad competente, del reproche*

(39) FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOME, PLÁCIDO, *El derecho a un proceso sin dilaciones...*, obra citada, pág. 102; PRIETO RODRÍGUEZ, JAVIER IGNACIO, *Dilaciones indebidas y...*, obra citada, pág. 36; y RIBA TREPAT, CRISTINA, *La eficacia temporal del proceso...*, obra citada, pág. 67.

(40) SSTEDH, entre otras, caso Aebe, de 24/9/97; caso Worn, de 29/8/97; caso Philis, de 27/6/97; y caso Oztürk, de 21/2/84.

(41) STEDH caso Hozee, de 22/5/98: *«el Tribunal destaca que incluso ... una penalidad fiscal o un incremento de los impuestos pueda, en ciertos casos, considerarse como una acusación en materia penal en el sentido del artículo 6,1 del Convenio»*.

(42) STEDH caso Imbrioscia, de 24/11/93: *«Así, el “plazo razonable” previsto en el apartado 1 comienza a correr desde el inicio de la acusación en el sentido autónomo y material que debe atribuirse a este término; llegando asimismo el Tribunal a constatar exceso en un asunto culminado por un sobreseimiento o incluso durante la instrucción»*.

(43) STEDH caso Bunkote, de 26/5/93: *«El período a considerar ha comenzado el 12 de septiembre de 1983, con el arresto del recurrente, para concluir el 26 de mayo de 1987, fecha de la decisión del Tribunal de Casación que ha acordado carácter definitivo a la pena de dieciséis meses de prisión. Sin embargo hay que deducir de dicho plazo el período entre el 7 de enero al 19 de noviembre de 1994, durante el cual el interesado residió en la República Dominicana y se encontraba, pues, fuera del alcance de las autoridades holandesas»*.

por haber cometido una infracción penal”, idea que corresponde también a la noción de “repercusiones importantes sobre la situación” del sospechoso».

En cuanto a la fecha final del período a considerar, cabe afirmar que la misma se sitúa en el momento en que se produce el pronunciamiento definitivo (44) de sobreseimiento, de absolución, o se determina con precisión la condena (45).

B) *En los asuntos civiles*

La determinación de los momentos precisos de comienzo y finalización del período a considerar ha presentado planteamientos antagónicos con mayor frecuencia en los asuntos civiles (46) que en los asuntos penales, específicamente en el ámbito administrativo, dada la interpretación discrepante de las partes.

Progresivamente se ha ido consolidando el criterio de que el período a analizar comienza con el inicio de las actuaciones, tanto administrativas como jurisdiccionales, dada la finalidad material del derecho (47).

Así, entre otras, STEDH caso Vallée, de 26/4/94: *«El período a considerar se inició el 12 de diciembre de 1989, fecha de la solicitud previa de indemnización al Ministerio de Solidaridad, de la Salud y de Protección Social. No ha concluido todavía, al estar abierto el plazo de apelación de la sentencia del Tribunal Administrativo de París, el 5 de enero de 1994, notificada el 4 de marzo del mismo año, y que no expira por tanto hasta el 4 de mayo de 1994. Al día de la fecha de la presente sentencia el período a considerar se extiende, pues, sobre más de cuatro años».*

En cuanto a la fecha final del período a considerar en los asuntos civiles procede afirmar que se produce, según reiterada jurisprudencia, STEDH caso

(44) Resolución definitiva, en terminología del artículo 26 del Convenio, y resolución firme en el ordenamiento jurídico interno, incluido el pronunciamiento de la jurisdicción constitucional, en su caso.

(45) SSTEDH, entre otras, caso B. contra Austria, de 28/3/90; caso Coriolano, de 10/12/82; caso Eckle, de 15/7/82; caso Ringeisen, de 16/7/71; caso Delcourt, de 17/1/70; y caso Neumeinster, de 26/6/68.

(46) FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOME, PLÁCIDO, *El derecho a un proceso sin dilaciones...*, obra citada, pág. 106; y RIBA TREPAT, CRISTINA, *La eficacia temporal del proceso...*, obra citada, pág. 64.

(47) Dicha posición del Tribunal Europeo no es compartida pacíficamente por el Tribunal Constitucional. Así, STC 26/94: *«El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es sólo atribuible a los procedimientos judiciales y no a los administrativos, debiendo en todo caso denunciarse el retraso en el curso del proceso y acreditar por ello la causación de un perjuicio; el término proceso del artículo 24.2 CE sólo es equiparable a actuaciones jurisdiccionales, sin que sea extensible al procedimiento administrativo, en el que las dilaciones han de ser corregidas a través de cualquiera de los mecanismos existentes para dilucidar la responsabilidad de los funcionarios, pudiendo dar lugar al nacimiento de la oportuna pretensión resarcitoria».*

Akkus, de 9/7/97, entre otras (48), con la ejecución de lo juzgado, incluida la tasación de costas, según STEDH caso Robins, de 23/9/97.

En tal sentido, STEDH caso Hornsby, de 19/3/97: *«En efecto, no se comprende que el artículo 6,1 describa en detalle las garantías del procedimiento —equidad, publicidad y celeridad— concedidas a las partes y que no proteja la efectividad de las decisiones judiciales; si debiera considerarse que este artículo concierne exclusivamente al acceso al juez y al desarrollo del procedimiento, ello implicaría crear situaciones incompatibles con el principio de preeminencia del derecho que los Estados parte se han comprometido a respetar al ratificar el Convenio. La ejecución de una resolución o sentencia de cualquier jurisdicción debe, por tanto, considerarse como formando parte integrante del “proceso” en el sentido del artículo 6; el Tribunal lo ha reconocido ya por lo demás en asuntos relativos a la duración del procedimiento».*

3. SEGÚN SU EXTENSIÓN

El Tribunal Europeo ha sentado la existencia de una doble dimensión en el período a considerar en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en cada caso concreto.

Por una parte, la global o referida a la totalidad del proceso, y por otra, la parcial o relativa a alguna de las instancias, en numerosas ocasiones referida a tiempos muertos o de paralización del procedimiento, aunque frecuentemente ambas dimensiones se suscitan de forma conjunta (49).

A) *En la totalidad del proceso*

El período a considerar se extiende habitualmente, según reiterada jurisprudencia (50), a la duración de la totalidad del proceso, en los términos

(48) SSTEDH caso Estima Jorge, de 21/4/98; caso Scollo, de 28/9/95; caso Zappia, de 26/9/96; caso Di Pede, de 26/9/96; y caso Martins Moreira, de 26/10/88.

STC 39/95: *«Asimismo se ha afirmado que el derecho a exigir que las sentencias se cumplan sin dilaciones indebidas, si bien no se confunde con el derecho a la ejecución de éstas, se encuentra en íntima relación con él, pues es claro que el retraso injustificado en la adopción de las medidas indicadas afecta en el tiempo a la efectividad del derecho fundamental (SSTC 26/1983 y 155/1985)».* Asimismo, SSTC 78/98, 109/97, 33/97 y 313/93.

(49) STEDH, entre otras, caso Adiletta, de 19/2/91; caso Motta, de 19/2/91; caso Santilli, de 19/2/91; y caso Foti, de 10/12/82.

(50) SSTEDH, entre otras muchas, caso De Santa, de 2/9/97; caso Ferrantelli y Santangelo, de 7/8/96; caso A. y otros contra Dinamarca, de 8/2/96; caso De la Granje, de 27/10/94; caso Vallée, de 26/4/94; caso Monnet, de 27/10/93; caso Abdoella, de 25/11/92; caso Maciariello, de 27/2/92; caso Trevisan, de 26/2/93; caso Salesi, de 26/2/93; caso Viezzer, de 19/2/92; caso Maj, de 19/12/91; caso Corigliano, de 10/12/82; caso Tomasi, de 27/8/92; caso Buchholz, de 6/5/81; y caso König, de 28/6/78.

explicitados en el epígrafe precedente, atendiendo al tipo de asunto, penal o civil, de lo actuado.

Así, entre otras, STEDH caso Zimmermann y Steiner, de 13/7/83: *«El proceso de que se trata duró tres años y medio, aproximadamente, y durante la mayor parte de este período no hubo ninguna actividad procesal. El Tribunal, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que concurren en el caso, considera que este lapso de tiempo fue excesivo»*.

B) *En alguna de sus instancias*

Contempla el período a considerar, según reiterada jurisprudencia (51), específicamente en una sola instancia o grado jurisdiccional y, asimismo, en los tiempos muertos o de paralización del procedimiento, que por sí solos también pueden conducir a la conclusión de la existencia de violación del derecho.

En tal sentido, en cuanto a una sola instancia, se pronuncia, entre otras, la STEDH caso Papageorgiou, de 22/10/97: *«Queda el procedimiento ante el Tribunal de Casación, que se desarrolló desde el 20 de febrero de 1991 hasta el 23 de noviembre de 1993, es decir, dos años y ocho meses. Se trata, ciertamente, de un período bastante largo»*.

En cuanto a paralización del procedimiento, entre otras, la STEDH caso Bunkote, de 26/5/93: *«Sin embargo, mientras el recurrente presentó su recurso de casación el 10 de junio de 1985, el Tribunal de casación no recibió en su secretaría el expediente del Tribunal de apelación hasta el 23 de septiembre de 1986. El gobierno no suministra ninguna explicación satisfactoria para este plazo de quince meses y medio. El Tribunal no puede aceptar una fase de inactividad total de quince meses y medio. Por consiguiente, ha habido violación del artículo 6.º, número 1, del Convenio»*.

4. ESPECIAL CONSIDERACIÓN EN SEDE CONSTITUCIONAL

Existe una doctrina sentada del Tribunal Europeo, en ocasiones combatida por los Estados en los que existe Tribunal Constitucional, en el sentido de que

SSTC, entre otras, 298/94, 69/94, 313/93 y 197/93.

Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, asunto Cariboni, núm. 159/83, de 27/10/87; y asunto Conteris, núm. 139/83, de 17/7/85.

(51) SSTEDH caso Robins, de 23/9/97; caso Pammel, de 1/7/97; caso Probstmeier, de 1/7/97; caso Pugliese II, de 24/5/91; caso B. contra Austria, de 28/3/90; caso Corigliano, de 10/12/82; y caso Unión Alimentaria Sanders, S.A., de 7/7/89.

SSTC 21/98, 195/97, 109/97, 53/97, 31/97, 10/97, 20/95, 7/95, 301/94, 69/94, 61/91, 44/91, 10/91, 85/90, 50/89 y 223/88.

Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, asunto Tshitenge Muteba, núm. 124/82, de 22/7/84; y asunto Dermit Barbato, núm. 84/81, de 21/10/82.

el período procesal en sede constitucional debe incluirse, en principio, en el período a considerar.

Así, la STEDH caso SüBmann, de 16/9/96, entre otras (52), reitera que *«conforme a su jurisprudencia bien establecida, el criterio pertinente para determinar si es preciso tomar en cuenta un procedimiento ante un Tribunal constitucional para establecer el carácter razonable de la duración de un proceso, consiste en comprobar si el resultado del procedimiento ante aquél puede influir en el desenlace del litigio ante las jurisdicciones ordinarias. En su sentencia en el asunto Ruiz Mateos, el Tribunal apreció también aplicable a un procedimiento ante un Tribunal constitucional las exigencias del artículo 6,1, relativas al carácter equitativo del proceso. De ello se sigue que, en principio, un procedimiento ante un Tribunal constitucional no se escapa al ámbito del artículo 6,1 del Convenio»*.

Debe significarse, por otra parte, que el TC, contrariamente al TEDH, limita en ocasiones el fin del período a considerar a la fecha de interposición de la demanda de amparo, aplicando una interpretación, más que restrictiva, contraria al contenido esencial del derecho en atención a un criterio que desconoce la especificidad del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas e ignora la incidencia del principio de aceleración en todos los derechos vinculados al plazo razonable (53), inherente a su propio contenido temporal (54).

(52) STEDH caso Ruiz Mateos, de 23/6/93: *«Conforme a una jurisprudencia bien establecida por el Tribunal, una instancia ante un Tribunal Constitucional entra en el cómputo para calcular el período a examinar cuando su resultado puede influir sobre la decisión del litigio debatido ante las jurisdicciones ordinarias (sentencias Deumeland contra Alemania de 29 de mayo de 1986, Poiss contra Austria de 23 de abril de 1987 y Bock contra Alemania de 29 de marzo de 1989). El Tribunal no ve razón alguna para separarse en este caso de tal criterio retornando a la solución de su sentencia Buchholz contra Alemania de 6 de mayo de 1981, como desean el Estado demandado, así como los gobiernos alemán y portugués.*

El gobierno español invoca también la naturaleza política del Tribunal Constitucional, el cual no pertenecería al poder judicial. El argumento no resulta convincente: El Tribunal Europeo ha examinado en varias ocasiones las fases de un procedimiento que se desarrolla a título incidental ante instituciones políticas u órganos o servicios administrativos. En todos los casos, es la responsabilidad del Estado la que se encuentra en cuestión».

Asimismo, SSTEDH, caso Pammel, de 1/7/97; caso Probstmeier, de 1/7/97; caso Terranova, de 4/12/95; caso Kraska, de 19/4/93; y caso Deumeland, de 29/5/86.

DÍAZ DELGADO, JOSÉ, *La responsabilidad patrimonial...*, obra citada, pág. 84: *«Parece lógico, a tenor del artículo 50 del Convenio, que el Estado responda de las dilaciones ocasionadas durante la tramitación de los recursos ante el Tribunal Constitucional»*.

(53) STC, entre otras, 10/91: *«A tal fin no deben ser tenidas en cuenta las demoras que, mencionadas por los actores en el escrito de alegaciones, hayan podido tener lugar tras la admisión del recurso interpuesto por aquéllos contra la diligencia de ordenación que declara la rebeldía de los demandados y recibe el pleito a prueba, de fecha 28 de septiembre de 1989, pues tales retrasos habrían acaecido en todo caso después de haberse deducido la demanda de amparo, lo que impide que puedan ser tomados en conside-*

5. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL PROCESO FINALIZADO

La exigencia de que el proceso no haya finalizado constituye frecuentemente en la doctrina del TC un requisito *sine qua non* para la estimación de la demanda de amparo. En tal sentido se pronuncia, entre otras (55), la STC 224/91 al concluir que «a todo ello ha de unirse el que no cabe denunciar ante este Tribunal las dilaciones indebidas, una vez que ha concluido el proceso penal en ambas instancias, pues la apreciación en esta sede de las pretendidas dilaciones no podría conducir a que este Tribunal adoptase medida alguna para hacerlas cesar (STC 83/1989)».

Tal requisito identifica y confunde el derecho humano constitucionalmente positivizado como fundamental a un proceso dentro de un plazo razonable con el derecho de configuración legal a indemnización por un supuesto de anormal funcionamiento de la administración de justicia.

Se trata de derechos distintos y de diferente categoría, y la exigencia de que el proceso ante la jurisdicción ordinaria no haya finalizado, niega la autonomía y deja vacío de contenido esencial al derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, al impedirle como tal derecho fundamental incluso su eficacia meramente declarativa, hasta tal punto que no llega a merecer ni el pronunciamiento sobre el mismo del TC (56).

ración por este Tribunal al emitir su fallo, ya que el objeto del proceso constitucional de amparo queda delimitado por el escrito de demanda, según hemos señalado en más de una ocasión (inter alia, STC 96/1989, fundamento jurídico 1.º). En consecuencia, el único lapso de tiempo que aquí procede considerar es el transcurrido hasta la interposición del recurso de amparo».

Si bien el TC aplica el criterio general de atenerse estrictamente a lo deducido en la demanda de amparo también en el específico derecho a un proceso dentro de un plazo razonable, criterio no aplicable al mismo por ser contrario a su contenido esencial, dada la incidencia del principio de aceleración en los derechos vinculados al plazo razonable; cuando no aplica el criterio general, habitualmente efectúa una interpretación más que restrictiva del derecho fundamental.

Así, en ocasiones en que el órgano jurisdiccional ordinario ha finalizado el proceso en el período comprendido entre la interposición y la resolución de la demanda de amparo, el Tribunal Constitucional inaplica el referido criterio general a fin de justificar la desestimación de la demanda (entre otras, STC 151/90). Tal hermenéutica puede constatar en las sentencias de confusión entre los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas, según tendremos ocasión de constatar al tratar de la especial consideración del proceso finalizado.

(54) Cuando de tal planteamiento dimanase la inadmisión o la desestimación de la demanda de amparo, el justiciable podrá acudir a la protección internacional del derecho a un proceso dentro de un plazo razonable o sin dilaciones indebidas dimanante del Pacto y el Convenio si quiere ver reconocido su derecho.

(55) SSTC 48/98, 205/94, 132/94, 97/94, 73/92, 224/91, 49/91, 151/90, 128/89, 83/89, 173/88, 59/88, 51/85, 40/82, 32/82 y 24/81.

(56) STC 132/94: La violación del derecho a un proceso dentro de un plazo razonable «sólo se alega cuando se ha dictado la Sentencia firme y existe, por tanto, impo-

La citada posición jurisprudencial ha sido criticada por la doctrina, entre otros, por VICENTE C. GUZMÁN FLUJA (57) y por JOAN PICO I JUNOY, quien afirma que «*vacía de contenido al presente derecho fundamental, por lo que el TEDH tiene determinado que el hecho de que el proceso haya terminado*

sibilidad de remediar la dilación... Además, lo que en realidad denuncia la demandante de amparo —como apunta el Ministerio Fiscal— son las consecuencias de un anormal funcionamiento de la justicia, esto es, la penalización que deriva de la demora en la decisión del recurso de suplicación. Y sobre este particular este Tribunal ha tenido ocasión de precisar en la STC 114/1992, fundamento jurídico 5.º, que “no nos corresponde enjuiciar en este proceso si el lapso de tiempo transcurrido desde que concluyó el plazo legalmente previsto para dictar sentencia hasta que efectivamente se resolvió el recurso configura una hipótesis de anormal funcionamiento de la Administración de Justicia; sí recordar que el derecho a ser indemnizado por los daños que sean consecuencia de ello, reconocido en el artículo 121 de la CE y desarrollado por los artículos 292 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no tiene el carácter de derecho fundamental protegible a través del recurso de amparo (SSTC 50/1989, 81/1989, 128/1989, 85/1990 y 114/1990). Por consiguiente, el posible quebranto económico dimanante de la tardía decisión resolutoria de un recurso no lesiona el artículo 24.2 CE”».

La sentencia contempla un procedimiento laboral por extinción de contrato de trabajo iniciado el 21 de julio de 1987 y terminado el 30 de abril de 1993; ante ello, el TC venía obligado a pronunciarse sobre si dicho período a considerar constituía o no violación del contenido esencial del derecho fundamental con garantía internacional a un proceso dentro de un plazo razonable, so pena de vaciar totalmente de contenido el derecho; todo ello con independencia de que, en caso de estimar la violación del derecho, el TC no pueda, o no quiera, según diversos pronunciamientos doctrinales (entre ellos LÓPEZ MUÑOZ, RÍANSARES, *Dilaciones indebidas...*, obra citada, págs. 182 y sigs.), para hacer efectivo el derecho ni tan siquiera indemnizar al perjudicado, y con independencia de que, aparte del valor meramente declarativo de la sentencia para hacer efectivo el derecho (lo que en sí mismo es criticable), el perjudicado se vea obligado en cualquier caso a acudir a un nuevo procedimiento.

(57) GUZMÁN FLUJA, VICENTE C., *El derecho de indemnización...*, obra citada, pág. 227: «*En primer lugar, porque se diluye la autonomía del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas respecto del de tutela judicial efectiva puesto que, en definitiva, sea cual sea el exceso de tiempo transcurrido, si antes del recurso de amparo se dicta o ejecuta la sentencia, no sólo se habrá restablecido la tutela judicial efectiva, sino también la dilación indebida, que ya no sería materia de amparo.*

En segundo término, porque parece que la consumación de la dilación indebida depende exclusivamente de que se recurra o no ante el TC antes de que se le ponga fin y no del hecho objetivo de que el tiempo transcurrido sea o no razonable, con lo que se olvida que si el tiempo transcurrido es irrazonable, la lesión del derecho fundamental no puede considerarse inexistente, ni tampoco el daño que se haya podido derivar de la excesiva tardanza.

En tercer lugar, no se comprende que el TC afirme que no tiene sentido decidir sobre una dilación que ya haya cesado porque ello equivaldría a hacer un pronunciamiento meramente declarativo y formal, sin trascendencia práctica, que no puede constituir nunca una pretensión autónoma de amparo, cuando este tipo de pronunciamientos son especie común en su jurisprudencia sobre las dilaciones indebidas: cuando durante la tramitación de recurso de amparo sobreviene la cesación de la dilación, el TC otorga el amparo en el exclusivo sentido de declarar que se ha vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en el caso concreto, sin que sea procedente ordenar imperativamente que se ponga fin a la conducta dilatoria que ya cesó».

o no resulta irrelevante, no ya para la admisión de la demanda sino para su estimación» (58), invocando al efecto, entre otras, las SSTEDH, caso Schouten y Meldrum, de 9/12/94; caso Dobbertin, de 25/2/93; caso Abdoella, de 25/11/92; caso Manifattura FL, de 27/2/92; caso Andreucci, de 27/2/92; caso Nibbio, de 26/2/92; caso Diana, de 27/2/92; y caso Unión Alimentaria Sanders, S.A., de 7/7/89.

Sin perjuicio de lo expuesto, debe significarse la coexistencia de la posición jurisprudencial del Tribunal Constitucional expuesta con la contraria (59), constituyendo esta última doctrina la que coincide y se halla en concordancia con el criterio establecido por la jurisprudencia del TEDH, planteándose de esta forma en el ordenamiento jurídico interno un aspecto determinante de la autonomía y los límites de la garantía del contenido esencial del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Así, dado que según una de las dos doctrinas contrapuestas del TC, el que el proceso no haya finalizado constituye un requisito imprescindible cuya no

(58) PICO I JUNOY, JOAN, *Las garantías...*, obra citada, pág. 124.

(59) STC 10/91: «En efecto, el hecho de que, con su propia actividad, supla el órgano jurisdiccional una omisión judicial inicialmente denunciada en la demanda de amparo, y ocurra ello luego de admitida a trámite esta última, puede llevar a entender —y así lo ha hecho este Tribunal en la mencionada STC 151/1990, invocada en sus alegaciones por el Ministerio Fiscal— que, si el que está en juego es el derecho a la tutela judicial efectiva, el proceso constitucional quede efectivamente sin objeto ni finalidad, pues, al cesar la inactividad judicial, se repararía la lesión de aquel derecho, reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución en su dimensión de derecho “a una prestación que corresponde desenvolver al órgano jurisdiccional, de acuerdo con la naturaleza del proceso y la ordenación legal del mismo, tendente a dictar la resolución que conforme a derecho corresponda” (STC 151/1990, fundamento jurídico 3.º).

Ahora bien, si, como en el presente caso sucede, el derecho afectado es, según se ha señalado, el que a un proceso sin dilaciones indebidas garantiza el artículo 24.2 de la Constitución, la repercusión, sobre la violación constitucional, de la actividad que ponga fin a la omisión judicial no es necesariamente idéntica a la que, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, acaba de describirse, pues bien puede ocurrir que tal actividad resulte, en los tiempos del proceso del que se trate, indebidamente tardía y provea el órgano jurisdiccional, como en el supuesto que aquí se enjuicia ha proveído, una vez que, de forma contraria al artículo 24.2 de la Constitución, la duración del procedimiento se ha dilatado en su sustanciación más allá de los límites de un plazo razonable, hipótesis en la cual es fácil comprender que ningún efecto reparador o sanatorio podrá tener, sobre la dilación indebida ya consumada, la actividad judicial que acaezca intempestivamente. De ahí que este Tribunal, con referencia a medidas de ejecución de sentencias, pero de forma extensible a cualesquiera otras, haya señalado para el supuesto de que tales medidas no se produzcan en el momento debido que “si esas medidas se adoptan, el derecho a la tutela judicial efectiva se habrá satisfecho, aunque si se adoptan con una tardanza excesiva e irrazonable pueda considerar lesionado el derecho al proceso sin dilaciones indebidas” (STC 26/1983, fundamento jurídico 3.º). De no ser así, la autonomía de este último derecho dejaría de ser tal».

En el mismo sentido se pronuncian, entre otras, las SSTC 58/99, 78/98, 21/98, 53/97, 33/97, 31/97, 324/94, 69/94, 179/93, 69/93, 215/92, 37/91, 81/89, 223/88, 5/85 y 26/83.

conurrencia produce la inadmisión de la demanda de amparo, existe un buen número de autos y providencias de inadmisión del amparo por haber finalizado el proceso en la jurisdicción ordinaria al dictarse la resolución constitucional de inadmisión, entre las que cabe citar, entre otras muchas, los autos del TC correspondientes a los recursos de amparo 231/96, 3028/95, 2811/94, 3299/93, 1280/92, 1113/92, 1001/92, y 2227/90; y las providencias del TC correspondientes a los recursos de amparo 978/97, 4223/96, 2899/94, 741/94, 552/94, 1792/93, 1120/93, 3206/92, 1617/92, 351/92, 5/92, 2584/91, 2258/91, 2087/91, 1598/91 y 1089/91.

Para el TEDH, según se ha expuesto, el hecho de que el proceso haya terminado o no resulta irrelevante, no ya para la admisión de la demanda sino para su estimación, sobre el pronunciamiento acerca de la violación del derecho humano positivizado a un proceso dentro de un plazo razonable, que se produce única y exclusivamente en función de la aplicación de los criterios genéricos de objetivación al período a considerar acreditado en autos en cada caso concreto en el momento de dictarse la sentencia, resultando la satisfacción equitativa contemplada en el artículo 50 del Convenio una consecuencia de la estimación de la violación del derecho, sobre la que el Tribunal Europeo, de haberse solicitado, se pronunciará en la propia sentencia o en posterior resolución.

Con el presente requisito, y en aplicación de los criterios explicitados, resulta que un buen número de recursos de amparo inadmitidos a trámite o desestimados por el TC, por haber concluido el proceso del que se alega la violación del derecho, sí hubieran sido admitidos a trámite y, en su caso, estimados por la CEDH (60) y por el TEDH, solución prevista en el ordena-

(60) Sin embargo, debe dejarse constancia, como aviso para navegantes, de la existencia de una decisión de inadmisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, de 6 de julio de 1993 (demanda núm. 17.553/90 de Fernando Prieto Rodríguez), acogiendo la tesis ocasionalmente también aceptada por el TC (explícitamente en la STC 132/94), de identificación y confusión del derecho fundamental a un proceso dentro de un plazo razonable con un supuesto de responsabilidad patrimonial por anormal funcionamiento de la administración de justicia, deduciendo en este caso la Comisión de la existencia de dicho procedimiento en el ordenamiento interno el no agotamiento de los recursos internos, pese a la existencia de una resolución del TC de inadmisión de la demanda de amparo por violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

No obstante, la resolución citada constituye un pronunciamiento aislado de la propia Comisión, y contiene un planteamiento contrario a la doctrina sentada del TEDH sobre el derecho a un proceso dentro de un plazo razonable. Expresamente en relación al procedimiento de responsabilidad patrimonial por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, el Tribunal Europeo se ha pronunciado indirectamente en la resolución correspondiente al caso Barberà, Messegué y Jabardo, de 13/6/94.

Por otra parte, tal posición, defendida por el Estado español y estimada en este caso concreto por la Comisión, implica la negación del carácter de última instancia de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico interno del TC, lo que debe entenderse contrario al artículo 161 de la CE.

miento a la que puede acudir el justiciable que haya visto denegado el reconocimiento de su derecho autónomo a un proceso dentro de un plazo razonable en el ámbito jurídico interno.

Por otra parte, a modo de reverso de lo expuesto y por la incidencia que ello pueda tener en que el justiciable formule la demanda de amparo antes de haber finalizado el proceso, resulta pertinente reiterar que la jurisprudencia constitucional limita en ocasiones el pronunciamiento, cuando el proceso ante los órganos judiciales ordinarios no ha finalizado, a la fecha de interposición de la demanda de amparo. Dicho planteamiento desconoce la incidencia del principio de aceleración en los derechos vinculados al plazo razonable, que ampara la toma en consideración del período a analizar desde la fecha de inicio del proceso hasta la fecha de finalización, y, caso de no haber finalizado éste todavía, a lo acreditado en autos hasta la fecha en que se dicta resolución (61), no limitándolo a la fecha de la interposición de la demanda como a veces hace el TC (62).

III. REFLEXIONES FINALES

El período a considerar, criterio objetivo de medida del tiempo en el proceso, constituye la determinación de las fechas de los hechos probados, procedimentales o procesales, relevantes para la evaluación en cada caso concreto sobre el derecho humano constitucionalmente positivizado como fundamental a un proceso dentro de un plazo razonable y, por ende, sobre el derecho a un juicio justo o a un proceso equitativo, como garantía de mínimos en los diferentes ámbitos territoriales, especialmente trascendentes en el europeo por su proyección sobre el ordenamiento jurídico interno.

El principio de aceleración (conocido en la doctrina alemana como *die Beschleunigungsprinzip*) incorporado en el conjunto de derechos y garantías procesales del derecho a un juicio justo o al proceso debido, en el sentido del *due process of Law*, yuxtapone a los principios clásicos de contradicción, igualdad de armas y dispositivos, los nuevos principios de celeridad, economía y justicia material incardinados conceptualmente en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, como expresión eficaz constitucionalmente prevista de una tutela judicial efectiva.

(61) SSTEDH caso Torri, de 1/7/97; caso Matos e Silva, de 16/9/96; caso Imbrioscia, de 24/11/93; caso Messina, de 26/2/93; caso Pizzetti, de 26/2/93; caso Nibbio, de 26/2/92; caso Viezzer, de 19/2/92; y caso Unión Alimentaria Sanders, S.A., de 7/7/89.

Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, asunto Balaguer Santacana, núm. 417/90, de 15/7/94.

(62) SSTC, entre otras, 61/91, 49/91, 10/91 y 96/89.

En el espacio europeo, la celeridad en la pacificación de los conflictos, además de responder al valor democrático de la justicia, constituye una necesidad para el eficiente desarrollo económico.

La relevancia de la seguridad jurídica material, como presupuesto para un mayor crecimiento estable del mercado y para la subsiguiente generación de empleo y mejora de la calidad de vida en que se funda la unión monetaria, es amplia y mayoritariamente compartida por los europeos de hoy en día, en que más que nunca *«el tiempo es oro»*, dada la aceleración de la vida cotidiana que nos ha tocado vivir.

No obstante, la complejidad de los contenidos conlleva la amplia dimensión temporal de sus desarrollos, por lo que cabe hablar con propiedad de procesos históricos.

Una vez conseguida una unión monetaria europea que implica el cumplimiento de determinados indicadores económicos en todos los países, a fin de hacer posible el desarrollo sostenido, será preciso consolidar un entorno político que lo propicie; y tal escenario, para resultar razonablemente viable, necesita la contextualización de una eficaz seguridad jurídica material en la que la celeridad procesal, como indicador de un determinado estadio de civilización, constituye en nuestros días uno de sus fundamentos.

La duración total del proceso iniciado de implementación de tal horizonte de eficacia jurídica, sometido a múltiples factores de todo orden, puede resultar incierto. No obstante, su viabilidad y congruencia, dada la consustancialidad con la globalidad en que se integra, resulta incuestionable, a no ser que se ponga en duda el proyecto de unión en su conjunto.

Como escribió RUDOLPH VON IHERING, parafraseando a JOHANN WOLFGANG GOETHE: *«Desde el momento en que el derecho no está dispuesto a luchar, se sacrifica; así podemos aplicarle la sentencia del poeta: Es la última palabra de la sabiduría que sólo merece la libertad y la vida, el que sabe conquistarlas cada día»*.

ENRIQUE GARCÍA PONS
Doctor en Derecho
Universidad de Barcelona

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Tratados internacionales y Derecho europeo

1. *Convenio entre España y Rumanía sobre competencia judicial.*—En el *BOE* de 5 de junio se publica el texto del convenio entre España y Rumanía sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, hecho *ad referendum* en Bucarest el 17 de noviembre de 1997.

2. *Impuesto sobre el Valor Añadido.*—Real Decreto-ley 10/1999, de 11 de junio, por el que se deroga la exención del Impuesto sobre el Valor Añadido de las entregas de bienes efectuadas en las tiendas libres de impuestos a viajeros con destino a otros Estados miembros de la Comunidad Europea (*BOE* de 12 de junio).

B) Leyes nacionales

— Ley Orgánica 12/1999, de 6 de mayo de 1999, de Reforma de la Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero de 1983, de Estatuto de Autonomía de Extremadura.

— Ley Orgánica 13/1999, de 14 de mayo de 1999, de Modificación de los artículos 19 y 240 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio de 1985, del Poder Judicial.

— Ley 18/1999, de 18 de mayo de 1999, de Modificación del artículo 9, apartado 5, del Código Civil.

C) Normas autonómicas

Canarias.—Ley 9/1999, de 13 de mayo de 1999. Ordenación del territorio de Canarias.

Cantabria.—Ley 7/1999, de 28 de abril de 1999. Protección de la infancia y adolescencia.

— Ley 8/1999, de 28 de abril de 1999. Comarcas de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

Castilla-La Mancha.—Ley de 26 de mayo. Conservación de la naturaleza.

Extremadura.—Ley 2/1999, de 29 de marzo de 1999. Patrimonio histórico y cultural de Extremadura.

Madrid.—Ley 11/1999, de 29 de abril de 1999. Cámara de cuentas de la Comunidad de Madrid.

— Ley 18/1999, de 29 de abril de 1999. Reguladora de los Consejos de atención a la infancia y la adolescencia de la Comunidad de Madrid.

— Ley 20/1999, de 3 de mayo de 1999. Parque regional del curso medio del río Guadarrama y su entorno.

II. Información de actividades

1. *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.*

a) «IV PREMIO SAN RAIMUNDO DE PEÑAFORT»:

Por acuerdo del Pleno de Numerarios de la Corporación de fecha 14 de junio de 1999 y con el mecenazgo de la Fundación «Ramón Areces», la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación convoca el «**IV Premio San Raimundo de Peñafort**», dirigido al fomento de la investigación jurídica.

La concesión del citado premio se atiene a las siguientes:

BASES

1.^a Podrán aspirar al premio los autores de obras monográficas, originales e inéditas que estudien «**Algún problema jurídico en materia económico-matrimonial**».

2.^a El premio estará dotado con la cantidad de **TRES MILLONES DE PESETAS (3.000.000)**.

3.^a Las obras presentadas a concurso habrán de estar escritas en algunas de las lenguas oficiales de España o de sus Comunidades Autónomas o en las de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea.

Deberán presentarse en forma rigurosamente anónima, distinguiéndose con un lema cuya identificación se encontrará en una plica, cerrada y sellada, en la que se hará constar el nombre, los apellidos, el domicilio del autor y el primer renglón de su trabajo.

4.^a Las obras que se presenten al premio habrán de poseer una extensión mínima de trescientos (300) folios mecanografiados a doble espacio y no podrán ser o haber sido tesis doctorales.

5.^a En ningún caso podrán aspirar al premio los Académicos de Número de la Corporación.

6.^a Los trabajos habrán de presentarse en la Secretaría de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (Marqués de Cubas, número 13. 28014 Madrid) antes de las veinte horas del día 29 de diciembre del año 2000.

7.^a El premio será discernido por una comisión constituida por cinco Académicos de Número, elegidos por el Pleno de la Real Academia.

8.^a Por mayoría de la comisión el premio podrá ser declarado desierto.

9.^a La concesión del premio y el autor premiado serán dados a conocer en sesión pública que celebrará la Corporación antes del día 30 de junio del año 2001.

10.^a Los trabajos no premiados serán devueltos a sus respectivos autores.

Madrid, 14 de junio de 1999

El Académico Secretario General,
JOSÉ M.^a CASTÁN VÁZQUEZ

b) El pasado día 21 de junio se celebró sesión solemne en la cual el Excmo. señor don JOSÉ JUAN PINTÓ RUIZ leyó su discurso reglamentario para tomar posesión de Académico de Número. El tema del discurso fue: «El afloramiento y la determinación del Derecho en el maestro Castán Tobeñas». Le contestó el Presidente de la Corporación don JUAN VALLET DE GoytisoLo.

2. *Jornada sobre la reforma de la propiedad horizontal.*—Tuvo lugar en Ibiza el día 11 de junio, organizada por el Colegio de Abogados de Baleares, con el siguiente programa:

- «El título constitutivo». Ponente: don JOSÉ CERDÁ GIMENO, Notario del Ilustre Colegio de Baleares.
- «Derechos y obligaciones de los propietarios». Ponente: don BERNARDO FELIÚ AMENGUAL, Abogado del Ilustre Colegio de Baleares. Especialista en Derecho Inmobiliario.
- «Organización y funcionamiento de la Junta de Propietarios». Ponente: don MARTÍN LUIS ALEÑAR FELIÚ, Abogado del Ilustre Colegio de Baleares. Especialista en Derecho Inmobiliario.
- «Los procesos judiciales». Ponente: don JUAN CARLOS TORRES AILHAUD, Magistrado-Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número uno de Ibiza. Juez Decano.

3. *Cursos de verano de la Universidad Católica de Avila.*

A) MESTRADO AGRARIO.—Doctorado profesional sobre cuestiones agrarias. Se ha desarrollado a lo largo del mes de julio, bajo el tema general: «La cuestión agraria, agropecuaria-forestal y ambiental en su ámbito universal y ante el tercer milenio».

Se desarrollaron los temas siguientes, bajo la dirección del Catedrático don JUAN JOSÉ SANZ JARQUE, Rector Magnífico de la Universidad:

- «La cuestión agraria. Funciones que la tierra como superficie habitable debe cumplir. Legislación agraria y Derecho agrario», por don JUAN JOSÉ SANZ JARQUE, Director del Curso.
- «O Instituto Brasileiro de terras devolutas e seus procedimentos discriminatórios», por el Profesor don BENEDITO FERREIRA MARQUES, Director del Mestrado en la Universidad Federal de Goiás.
- «Propiedad y tenencia de la tierra», por don JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, Catedrático de Derecho Civil - Emérito. Ex-magistrado del Tribunal Constitucional.
- «O Usucapiao Agrario na Legislaçao Brasileira», por el Profesor don SEBASTIAO DE OLIVEIRA CASTRO FILHO, Magistrado del Tribunal Federal de Goiás.
- «Contratos agrarios de tenencia. Régimen de los arrendamientos rústicos en España», por don ANTONIO AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, Magistrado del Tribunal Supremo.
- «Contratos agrarios no Direito Brasileiro», por el Profesor don JOSÉ BEZERRA COSTA, Universidad Federal de Goiás.
- «El agricultor y el agricultor profesional empresario agrario», por don JOSÉ MARÍA CABALLERO LOZANO, Profesor de la Universidad de Burgos.
- «Enseñanza y extensión agraria. La formación profesional del agricultor», por don JOSÉ GARCÍA GUTIÉRREZ, Doctor-Ingeniero Agrónomo.
- «Cooperación y desarrollo. Nuevas perspectivas mundiales», por don JESÚS MIGUEL SANZ ESCORIHUELA, Ingeniero Agrónomo y Diplomático.
- «Unidades agrarias. Legislación de unidades mínimas de cultivo. Conservación de las unidades agrarias. Derecho sucesorio agrario», por don FRANCISCO CORRAL DUEÑAS, Registrador de la Propiedad y miembro de AEDA.
- «La política del agua», por don ALBERTO BALLARÍN MARCIAL, Notario y Presidente de la Asociación Española de Derecho Agrario.
- «La empresa agraria y la explotación prioritaria», por don CARLOS VATTIER FUENZALIDA, Catedrático de Derecho Civil. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos.
- «Los recursos naturales: el suelo y su conservación», por doña MARÍA CRUZ DÍAZ ALVAREZ, Doctor-Ingeniero Agrónomo.

- «Sociedades y Cooperativas Agrarias. Elementos caracterizadores. Clases y régimen legal de las mismas. El acto agrario y la actividad cooperativizada agraria», por don JUAN JOSÉ SANZ JARQUE, Director del Curso.
- «Referencia al sistema inmobiliario registral español en relación con la cuestión agraria», por don JESÚS LÓPEZ MEDEL, Registrador de la Propiedad y miembro de AEDA.
- «El cultivo. Los derechos de producción», por don JOSÉ MARÍA CUESTA, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Burgos.
- «La protección de los riesgos en la agricultura. Los seguros agrarios», por don CARLOS DE SOROA Y PLANA, Doctor-Ingeniero Agrónomo.
- «Desarrollo y agricultura sostenible. Integración ambiental de la agricultura», por don CARLOS DE SOROA Y PLANA, Doctor-Ingeniero Agrónomo.
- «Defensa de la calidad y responsabilidad civil», por doña SILVIA DEL VALLE LENCINA, Profesora de la Universidad Nacional de Santiago del Estero (Argentina).
- «Los recursos naturales: el agua. Su ahorro y mejora de la eficiencia en su uso», por don ALVARO MARTÍNEZ ALVAREZ, Doctor-Ingeniero Agrónomo.
- «La biodiversidad como recurso», por doña MARÍA ANGELES RUIZ SÁNCHEZ, Ingeniero Agrónomo-Profesora de la UCAV.
- «El fomento de las razas ganaderas autóctonas. El ganado vacuno de la raza avileña-negra ibérica», por don PEDRO LUIS HERRÁIZ ESPINOSA, Secretario de la Asociación Española de Raza Avileña-Negra Ibérica.
- «El monte, la agricultura y el medio ambiente», por don JAVIER GARCÍA CAÑETE, Doctor-Ingeniero de Montes, Profesor de la UCAV.
- «Reforma agraria y reformismo agrario. Modernización de la agricultura. Experiencia española. Ley 19/1995», por don JUAN JOSÉ SANZ JARQUE, Director del Curso.
- «Posse Agraria e seus efeitos jurídicos», por el Profesor don GETÚLIO TARGINO LIMA, Universidad Federal de Goiás.
- «El trabajo y la Seguridad Social en el campo. Sindicalismo agrario. Fuero agrario», por don JUAN JOSÉ SANZ JARQUE, Director del Curso.
- «O tratamento jurídico dos empregados e dos empregadores rurais no Brasil», por el Profesor don ALDO ASEVEDO SOARES, Universidad Federal de Goiás.
- «El fenómeno de la globalización y sus efectos en la agricultura».
- «Organismos internacionales relacionados con la materia agraria», por don JUAN IGNACIO DE LA VEGA Y LUQUE, Doctor-Ingeniero Agrónomo. Ministerio de Asuntos Exteriores.

B) *Curso sobre Economía Social y Cooperativas.*

Se ha desarrollado también en el mes de julio y en la Universidad de Avila, con el siguiente temario:

- «Concepto, antecedentes y manifestaciones de la economía social», por el Ilmo. señor don ALEJANDRO BARAHONA RIBER, Subdirector General de Fomento de la Dirección General de Fomento de la Economía Social y del Fondo Social Europeo.
- «Las cooperativas como instrumentos de reforma social, desarrollo sostenible y creación de empleo», por el Doctor don JUAN JOSÉ SANZ JARQUE, Director del Curso.
- «Origen, desenvolvimiento histórico y extensión del movimiento cooperativo en España y en el ámbito universal. Las cooperativas en la Unión Europea», por el Doctor don JOAQUÍN MATEO BLANCO, miembro del CENEC y Director de la Biblioteca de Aragón.
- «Legislación cooperativa. El nuevo Derecho cooperativo», por el Doctor don JUAN JOSÉ SANZ JARQUE, Director del Curso.
- «Concepto, naturaleza, fundamento y régimen general de las Sociedades Cooperativas. Los valores y los principios cooperativos», por el Doctor don JUAN JOSÉ SANZ JARQUE, Director del Curso.
- «Análisis de la nueva Ley de Cooperativas», por don ARTURO SALMERÓN SALMERÓN, Jefe de Área de Análisis, Gestión y Evaluación de Programas de la Dirección General de Fomento de la Economía Social y del Fondo Social Europeo.
- «Constitución y estatutos de las Cooperativas. Teoría del acto cooperativo y de la actividad cooperativizada», por el Doctor don JUAN JOSÉ SANZ JARQUE, Director del Curso.
- Régimen Fiscal de las Sociedades Cooperativas y en particular de las Cooperativas Agrarias», por el Doctor don JOSÉ MANUEL DE LUIS ESTEBAN, Director General de Tributos y Política Financiera.
- «Clases de Cooperativas conforme a la legislación española. Régimen particular de cada una de ellas», por don IGNACIO MUZQUIZ VICENTE-ARCHE, Profesor de la Escuela TS de Ingenieros Agrónomos de Madrid.
- «Órganos de gobierno y funcionamiento de las Cooperativas. Régimen societario y económico de las mismas. Sistemas de financiación», por el Doctor don GUILLERMO DE LEÓN LÁZARO, Coordinador-Tutor del Curso.
- «Sistema del asociacionismo de cooperativas en España», por el Doctor don GUILLERMO DE LEÓN LÁZARO, Coordinador-Tutor del Curso.
- «Sobre el Consejo Superior de Cooperativas en Euskadi», por el Doctor don PABLO BUITRÓN ANDRADE, del Instituto de Estudios Cooperativos de la Universidad de Deusto.

- «Modificación, transformación, fusión, absorción y escisión de las cooperativas. Descalificación, disolución, liquidación y extinción de las cooperativas», por el Doctor don GUILLERMO DE LEÓN LÁZARO, Coordinador-Tutor del Curso.
- «Cooperativas de crédito y en particular las Cajas Rurales», por don FERNANDO BIERGE ROYO, Director General de la Caja Rural de Tenerife.
- «Promoción y formación cooperativa: La experiencia EFOCA», por don FEDERICO ISIDRO, Presidente de EFOCA.
- «Cooperativas de trabajo asociado. Su régimen y extensión en España», por don FRANCISCO SALINAS RAMOS, Director de AECOOP.
- «Presente y futuro del cooperativismo agrario en Europa y España», por don ANDRÉS MONTERO GARCÍA, Ingeniero Agrónomo. Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Sentencia de 30 de junio de 1998.—CITACION POR EDICTOS.—No se respetan las garantías procesales cuando era posible comunicar personalmente con la interesada.—Sala 1.^a—Ponente: Sr. Rodríguez Bereijo.

Hechos.—a) La recurrente en amparo contrajo matrimonio canónico con don Luis Castaño Prado, en fecha 8 de agosto de 1970, y fruto de este matrimonio, nació, en fecha 28 de noviembre de 1971, una hija llamada María Isabel Castaño Gregorio.

En el año 1979, los cónyuges se trasladaron con su hija a Alemania como emigrantes, estableciendo su domicilio conyugal en Hannover, Kochstr. 16, figurando el marido de la demandante como empadronado en el Consulado General de España en Hannover, con este mismo domicilio, hasta el 31 de marzo de 1990.

b) En el año 1988, el marido de la demandante se ausentó del hogar conyugal, sito en Hannover (Alemania) y abandonó a su mujer e hija, entonces menor de edad, permaneciendo en ignorado paradero. Según posteriormente le consta a la demandante, su marido había regresado a España y presentado, en fecha 31 de julio de 1988, demanda de separación matrimonial en la que, falsamente, hizo constar que la recurrente en amparo se encontraba en ignorado paradero cuando le constaba con certeza su domicilio por ser el mismo en el que siempre habían vivido. La finalidad de tal falsedad era —continúa relatando la recurrente de amparo— evitar que la demandada en dichos autos tuviese conocimiento, a través de la correspondiente comisión rogatoria (art. 300 LEC), de la presentación de la demanda de separación, privándola de la posibilidad de poder personarse en el procedimiento y de ejercitar su derecho de defensa, llegando incluso a manifestar que la hija menor estaba con él, bajo su cuidado y custodia, cuando en realidad la hija siempre ha permanecido con su madre. Con tal maquinación fraudulenta consiguió el demandante que la demandada de separación y actual recurrente en amparo fuese emplazada en la mencionada causa mediante edictos y declarada en situación de rebeldía procesal, siguiéndose el juicio en su ausencia y sin ser oída en el mismo.

Finalmente, se dictó sentencia en la causa de separación por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Lugo, en fecha 21 de febrero de 1989, en la que se declara la separación matrimonial de los cónyuges con todas las con-

secuencias legales, quedando la hija menor de edad al cuidado de su padre y sujeta a su patria potestad, acordándose, asimismo, que la esposa contribuya al mantenimiento de la hija con una cantidad mensual de 25.000 pesetas, a la que se le condena en concepto de alimentos.

c) Al regresar la demandante de amparo a España para pasar unas vacaciones con su hija en el pueblo de su naturaleza, solicita (por necesitarlo para su presentación en Alemania) una certificación de nacimiento y matrimonio, que le es facilitada en fecha 20 de julio de 1994, y a través de la cual tiene conocimiento por constar en la correspondiente nota marginal, de que ha recaído sentencia de separación matrimonial sin su audiencia.

Con base en los anteriores hechos, invoca la recurrente en amparo la vulneración del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva sin indefensión que consagra el artículo 24.1 CE, como fundamento de su pretensión de amparo. Entiende la actora que tal lesión se ha producido al haberse tramitado y resuelto la causa de separación promovida por su esposo sin su audiencia, de forma que se le privó totalmente de alegar y acreditar en dicho proceso mediante una maquinación fraudulenta del demandante que ha dado, finalmente, lugar a una sentencia dictada *inaudita parte*.

Comoquiera, continúa la actora, que ha desaparecido en el ordenamiento jurídico la institución de la nulidad de actuaciones mediante la promoción del oportuno incidente, no le queda más recurso o remedio procesal que el presente recurso de amparo para que se repare la lesión constitucional producida con dichas actuaciones judiciales. Y ello es así por cuanto tampoco pudo la actora solicitar dicha nulidad con anterioridad al recurso de amparo a través del recurso de audiencia al rebelde o mediante el extraordinario de revisión, pues, tanto el plazo de un año —respecto del primero— como el de cinco años —correspondiente al segundo— habían sido superados en exceso en el momento en que vino a su conocimiento la existencia de dicha sentencia de separación, computados ambos desde la fecha de publicación de la sentencia en el *Boletín Oficial* de la provincia.

Por todo ello, concluye suplicando la demandante, se declare la nulidad de la sentencia y todas las actuaciones judiciales de los autos de separación matrimonial número 230/1988, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Lugo, a partir de la presentación de la demanda, a fin de que la misma sea debidamente emplazada en su domicilio legal, mediante la oportuna comisión rogatoria, que preceptúa el artículo 300 LEC. Por medio de otrosí, pide, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56.1 LOTC, la suspensión de la ejecución de la sentencia de separación, tanto por lo que respecta a la pensión alimenticia en ella acordada, como en lo relativo a la disolución y liquidación de la sociedad de ganancial, para evitar los perjuicios irreparables que tal ejecución comportaría a la demandante en amparo.

Fallo.—El Tribunal Constitucional ha decidido:

Otorgar el amparo solicitado por doña Sara Gregorio Soalleiro y, en su virtud:

- 1.º Reconocer su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.
- 2.º Declarar la nulidad de todas las actuaciones procesales practicadas en el juicio de separación matrimonial número 230/88 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Lugo, a partir de la presentación de la

demandada de separación, así como de la sentencia de 21 de febrero de 1989, dictada en el mismo.

3.º Restablecerla en su derecho fundamental y, a tal efecto, retrotraer las actuaciones a dicho momento procesal de presentación de la demanda a fin de que se proceda a su emplazamiento en forma en su domicilio legal.

Fundamentos jurídicos.—1. Se dirige el presente recurso de amparo contra la sentencia recaída y la totalidad de las actuaciones judiciales practicadas desde la presentación de la demanda inicial, en los autos de separación matrimonial número 230/1988, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Lugo, frente a la actual demandante de amparo, proceso en el que —según afirma la recurrente— no tuvo intervención alguna y de cuyo conocimiento se vio privada hasta después de dictada la referida sentencia, al haber sido emplazada y notificada en dicho procedimiento siempre en forma edictal, con base en la afirmación contenida en la demanda iniciadora del mismo de ser ignorado su paradero, siendo tal aseveración de todo punto incierta, pues tenía entonces y continúa teniendo ahora un domicilio cierto y perfectamente conocido por el demandante. Por ello, entiende la recurrente que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (*ex art. 24.1 CE*).

Antes de abordar el fondo, es preciso examinar, con carácter previo, la posible causa de inadmisión del recurso —que ahora sería de desestimación del mismo— a la que alude el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, consistente en el incumplimiento del requisito previsto en el artículo 44.1.a) LOTC, esto es, el agotamiento de la vía judicial previa a la solicitud de amparo ante el Tribunal Constitucional.

2. Afirma la recurrente en amparo en su demanda —anticipándose así el eventual obstáculo procesal— que en este caso no cabía sino acudir directamente en solicitud de amparo constitucional, porque sólo tuvo conocimiento de la existencia del proceso y de su resolución mediante sentencia (y, por ende, de la vulneración constitucional producida) en un momento procesal en el que ya no era posible plantear ante los órganos judiciales la lesión constitucional, ni éstos, por tanto, tenían ocasión de repararla, al haber transcurrido sobradamente los plazos que la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil establece para interponer tanto el recurso de audiencia al rebelde como el extraordinario de revisión, habida cuenta de que el incidente de nulidad de actuaciones (art. 240 LOPJ) no era remedio procesalmente viable en esa fecha.

Sostiene la actora que es al regresar a España desde Alemania, donde reside, y solicitar una certificación registral (cuya copia aporta) fechada en el mes de julio de 1994, cuando tuvo la primera noticia del proceso de separación matrimonial seguido contra ella, habiendo transcurrido ya más de cinco años desde la fecha de publicación edictal de la sentencia, que es el plazo establecido para la válida formulación del recurso extraordinario de revisión fijado en el artículo 1.800 LEC. Y, desde luego, se había superado también el plazo de un año que corresponde al recurso de audiencia en rebeldía, a tenor de lo dispuesto en el artículo 777.1 LEC.

El Ministerio Fiscal señala, no obstante, que tal vez fuese exigible en este caso dicho recurso de revisión para entender agotada la vía judicial, pues, de un lado, la causa por la que se solicita el amparo coincide con la que habría fundamentado aquel recurso (ganar la sentencia firmeza mediante maquina-

ción fraudulenta, motivo previsto en el art. 1.796.4 LEC) y, además, el artículo 1.798 de la citada Ley procesal fija un plazo de tres meses para ejercitar la acción de revisión por esta causa concreta, cuyo cómputo se inicia con el descubrimiento del fraude. Plazo que es independiente del término general de cinco años que se prevé en el ya citado artículo 1.800 LEC; todo lo cual hace que resultara procedente intentar la revisión de la sentencia antes de acudir a la vía de amparo.

Este planteamiento del Ministerio Fiscal no puede ser acogido. Ante todo porque, sin necesidad de entrar a examinar si el cómputo del plazo de cinco años que fija el artículo 1.800 LEC es excluyente o complementario del establecido en el artículo 1.798 LEC, lo cierto es que, en todo caso, la controvertida interpretación y aplicación de dichos preceptos arroja suficiente complejidad sobre el ejercicio tempestivo del recurso de revisión, como para no exigir, en este caso, a la recurrente su interposición a los efectos de entender agotada la vía judicial previa. Este Tribunal ha afirmado, en tal sentido, que, si bien el requisito que establece el artículo 44.1.a) LOTC responde al carácter subsidiario propio del recurso de amparo y constituye por ello exigencia ineludible (STC 61/1983, por todas), ha de ser interpretado de manera flexible y finalista, no siendo precisa la interposición de todos los recursos imaginables, sino únicamente de aquéllos que razonablemente puedan ser conocidos y ejercidos por los litigantes (SSTC 73/1982 y 29/1983). En consecuencia, cuando, como aquí acontece, existe cierta complejidad en la tempestividad del recurso, no resulta razonable (aunque fuese imaginable su interposición) exigirlo a efectos de entender agotada la vía judicial previa al amparo.

Además, como ya se ha señalado en la STC 242/1991, fundamento jurídico 2, en un supuesto semejante al presente, tampoco resultaría exigible la utilización previa del recurso de revisión, pues la causa que habría fundamentado el mismo no es, por cierto, similar a la que luego se esgrime en amparo, como se declaró en la citada STC 242/1991, «siendo el único motivo de revisión aplicable el número 4 del artículo 1.796 LEC (ganar la sentencia firmeza en virtud de maquinación fraudulenta), el amparo no se funda directamente en este supuesto, sino en la vulneración del artículo 24 CE derivado de la práctica de todas las notificaciones por edictos sin cuidar de la posible determinación del domicilio real del ejecutado en el que podrían haberse practicado con todos los requisitos formales; descuido que, tanto se atribuye al ejecutante como al órgano judicial...»

Consideración que es perfectamente aplicable al presente caso.

3. Desestimada la causa de inadmisión del recurso, hemos de abordar la cuestión de fondo planteada sobre la que este Tribunal ya se ha pronunciado en numerosas ocasiones.

Conviene, ante todo, recordar la doctrina constitucional sobre las exigencias que se derivan del derecho fundamental consagrado en el artículo 24.1 CE respecto de los actos de comunicación procesales, y, en particular, con referencia a la notificación y emplazamiento edictales. Así, en lo que ahora interesa, se ha declarado que el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE implica, entre sus múltiples manifestaciones, un ajustado sistema de garantía para las partes en el proceso, entre las que se encuentra la de audiencia bilateral, que posibilita a su vez el cumplimiento del principio de contratación, o sea, el derecho de la parte a quien se demanda de exponer los hechos y fundamentos de su oposición. Por ello, cobra especial importancia el primer acto procesal de comunicación (emplazamiento o citación), en cuan-

to a traslado por el Juez al demandado de la pretensión deducida por el actor. La citación es algo más que un mero requisito de forma y, por ello, se hace preciso, desde el punto de vista de la garantía del artículo 24.1, que el órgano judicial asegure, en la medida de lo posible, su efectividad real (SSTC 39 y 157/1987, entre otras muchas). Se ha dicho también reiteradamente que, siempre que ello sea posible, ha de asegurarse el emplazamiento personal de quienes hayan de comparecer en juicio como partes, a fin de que puedan defender sus derechos o intereses legítimos, si resultan conocidos e identificables en las actuaciones judiciales (SSTC 45/1987 y 72/1988).

Más concretamente, por lo que se refiere a la modalidad de notificación por edictos, se ha afirmado que ésta requiere, por su cualidad de último medio de comunicación, no sólo el agotamiento previo de las otras modalidades que aseguren en mayor grado la recepción por el destinatario de la correspondiente notificación, así como la constancia formal de haberse intentado practicar, sino también que el acuerdo o resolución judicial que considera a la parte en ignorado paradero se funde en criterios de razonabilidad que lleven a la convicción o certeza de la inutilidad de aquellos otros medios normales de citación (SSTC 157/1987, 234/1988, 16/1989 y 242/1991).

La demandante de amparo fundamenta su queja en que tales exigencias, derivadas del respeto y efectividad del derecho fundamental que consagra el artículo 24.1 CE, no fueron respetadas en este caso por la actuación judicial. Y, en efecto, el examen de las actuaciones pone de manifiesto que así ha acontecido.

Conviene precisar, sin embargo, que no es la actuación del demandante en el proceso de separación matrimonial ni la eventual maquinación fraudulenta del mismo (ocultando o falseando los datos relativos al paradero de la demandada y actual recurrente en amparo), lo que debe centrar nuestra atención en este proceso de amparo. Por más que tal hecho se afirme en la demanda, su análisis y determinación queda, como indica el Ministerio Fiscal, fuera del objeto del proceso constitucional. Pero sí ha de analizarse como objeto propio de la queja la actuación del órgano judicial relativa al emplazamiento y notificación a la demandante en forma edictal desde el inicio del procedimiento, a partir de los datos consignados en el mismo, a fin de determinar, a la luz de la doctrina constitucional, si se respetaron aquellas garantías cuya vulneración aduce la actora y que provocaron su falta de intervención en el proceso, o si, por el contrario, era razonablemente exigible otra actuación al órgano judicial.

4. Del examen de los autos se desprende que se disponía de datos suficientes en las actuaciones como para entender que era posible comunicar personalmente con la recurrente.

Así, con independencia de la propia naturaleza del proceso (que, al tratarse de un juicio de separación matrimonial, arroja ya de por sí mayores dudas acerca del absoluto desconocimiento sobre el paradero de personas que en fechas anteriores y próximas han estado unidas por vínculos efectivos y familiares), cabe constatar que, en el escrito inicial de demanda, se hacía alusión al último domicilio de la demandada en una localidad española cercana incluso a la del Juzgado actuante, en la que, sin embargo, no se efectuó investigación previa alguna en orden a su posible localización.

Asimismo, en la demanda inicial y a lo largo del desarrollo del proceso, constaba el dato de la existencia de una hija del matrimonio cuya separación se solicitaba y que, según afirmó el demandante, vivía en la misma localidad

del Juzgado de Instancia y en su compañía. Sin embargo, no se efectuó diligencia alguna respecto de esa hija común, cuando es razonable pensar que la simple decisión de explorar a la menor (que en esa fecha concreta contaba con dieciséis años de edad, según su partida de nacimiento aportada a los autos) habría podido conducir, bien a aportar datos sobre la determinación del paradero de su madre, o bien a la averiguación de que la misma no convivía con su padre —como ahora afirma la demandante de amparo— sino con su madre, en Alemania. Cualquiera de esos dos datos podrían haber excluido, en principio, el ignorado paradero del otro cónyuge afirmado en la demanda inicial.

Por último, en la prueba testifical practicada a instancia del demandante y consistente en el testimonio de sus hermanos, se llegó a afirmar por alguno de ellos que su cuñada, demandada en las actuaciones de separación matrimonial, vivía en Alemania; dato a partir del cual también se pudo haber investigado, a través de nuestra representación diplomática en dicho país, su paradero concreto.

No obstante, el Juzgado no utilizó ninguno de estos datos aportados al proceso ni investigó en modo alguno el paradero concreto de la demandada a fin de posibilitar su efectiva intervención en la causa, limitándose a dar por buena la afirmación del demandante y a proceder a la notificación por edictos, prevista legalmente para aquellas personas que se encuentren en una situación —paradero desconocido— que, en realidad, y según lo expuesto, no resultaba debidamente acreditada o, al menos, cabía considerar razonablemente como incierta a la vista de los datos que se derivaban del propio proceso.

Otra es, sin embargo, la diligencia constitucionalmente exigible al órgano judicial, derivada del respeto a la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24.1 CE y a la interdicción de la indefensión que ese mismo precepto constitucional consagra. Como se ha afirmado en ocasiones anteriores (STC 242/1991, fundamento jurídico 4), «criterios de razonabilidad derivados del mandato implícito en el artículo 24.1 CE exigen prevenir el acceso al proceso de los demandados, lo cual, dado el carácter de medio extraordinario y subsidiario de la citación edictal, aconseja utilizarlo sólo después de alcanzar la certeza de que no es posible la comunicación personal con los demandados». Y no, como ha acontecido en las actuaciones del presente caso, sin cerciorarse previamente de alguna manera de que dicha comunicación personal era imposible. Y todo ello, no ha de olvidarse, en el seno de un proceso de familia, en el que, por su propia índole, se ventilan cuestiones trascendentes que afectan tanto a los propios cónyuges como a la hija de dicho matrimonio.

No resulta suficiente desde una perspectiva constitucional, la constatación del cumplimiento de las formas procesales, cuya aplicación automática no excluye *per se* la eventual vulneración constitucional, pues, como se afirmó en esa misma STC 242/1991, «el deber de emplazamiento directo tiene su origen en la Constitución y no en la Ley», y «el derecho de acceso a la justicia garantizado en el artículo 24.1 CE impone a los Jueces y Tribunales la obligación de promover, por encima de interpretaciones formales, la efectividad de aquel derecho, entendiendo siempre las normas procesales en el sentido más favorable a su ejercicio».

Por todo ello, ha de estimarse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (*ex art. 24.1 CE*), lo que lleva derechamente a la estimación del recurso de amparo.

II. Resoluciones de la Dirección General

A) RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

Por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Registro de la Propiedad

Resolución de 30 de marzo de 1999.
Registro de la Propiedad de Marbella número 2
(BOE 1-5-99).

EXTRANJEROS. RATIFICACION DE COMPRA ANTE FUNCIONARIO EXTRANJERO.

No es necesaria la presentación del documento que se ratifica, si en la escritura se recogen todos los elementos determinantes del negocio. El Notario debe reflejar todas las circunstancias en la escritura sujeta a calificación.

Resolución de 8 de abril de 1999.
Registro de la Propiedad de Palencia número 2
(BOE 14-5-99).

TRACTO SUCESIVO. PRIORIDAD. EFECTO RETROACTIVO DE UNA NOTIFICACION.

No es inscribible la ratificación de una venta si la escritura se presenta cuando la finca ya había sido inscrita a favor de terceros.

Resolución de 9 de abril de 1999.
Registro de la Propiedad de Hoyo
(BOE 11-5-99).

SEGREGACION. URBANISMO. LICENCIA MUNICIPAL. CERTIFICACION INSUFICIENTE.

La licencia exige unos requisitos concretos sobre la segregación, identificando la finca matriz y la nueva parcela, expresando cabida, situación y linderos.

Resolución de 10 de abril de 1999.
Registro de la Propiedad de Lloret de Mar
(BOE 25-5-99).

CALIFICACION. DEFECTOS NO JUSTIFICADOS.

Debe procurarse un desenvolvimiento adecuado de esta función para evitar los perjuicios que podrían derivarse a los interesados.

Resolución de 12 de abril de 1999.
Registro de la Propiedad de Esplugas de Llobregat
(BOE 18-5-99).

TRACTO SUCESIVO. OPCION DE COMPRA.

Al recaer sobre bienes hereditarios, una vez inscritas las fincas a favor de los herederos, no hay obstáculo para inscribir el ejercicio de la opción.

Resolución de 13 de abril de 1999.
Registro de la Propiedad de Andújar
(BOE 25-5-99).

REANUDACION DEL TRACTO. EXPEDIENTE DE DOMINIO.

El cauce reanudador del expediente es excepcional y sólo debe aplicarse cuando no sea posible reanudar el tracto mediante la inscripción de los títulos intermedios.

Resolución de 15 de abril de 1999.
Registro de la Propiedad de Hoyos
(BOE 14-5-99).

REPRESENTACION INDIRECTA. NEGOCIO FIDUCIARIO.

Cuando tal representación o negocio no se acreditan, no se puede hacer reconocimiento de actos anteriores con efectos en asientos registrales.

Resolución de 16 de abril de 1999.
Registro de la Propiedad de Elche número 2
(BOE 15-5-99).

CANCELACION DE CARGAS. ANOTACION PREVIA DE EMBARGO YA CADUCADA.

Las anotaciones caducadas carecen de efecto jurídico, por lo que los asientos posteriores mejoran su rango y dejan de estar sujetos a la preferencia antes existente, por lo que no pueden ser cancelados.

Resolución de 19 de abril de 1999.
Registro de la Propiedad de Novelda
(BOE 15-5-99).

TRACTO SUCESIVO. TRACTO MATERIAL Y FORMAL.

El encadenamiento de las titularidades es insoslayable en cuanto al tracto sucesivo material, pero en el tracto formal no puede ser tan riguroso con tal que se recojan esas exigencias en cuanto al orden y contenido de los asientos.

Resolución de 20 de abril de 1999.
Registro de la Propiedad de Madrid número 4
(BOE 15-5-99).

PROPIEDAD HORIZONTAL. DILIGENCIA DEL LIBRO DE ACTAS.

Debe practicarse, aunque se refiera sólo a la planta de aparcamiento, cuando recoja acuerdos que se refieran a intereses específicos de la comunidad.

Resolución de 22 de abril de 1999.
Registro de la Propiedad de Alicante número 4
(BOE 25-5-99).

RECTIFICACION.

Los asientos del Registro sólo pueden modificarse mediando consentimiento o vencimiento en juicio declarativo de los titulares o interesados.

Resolución de 26 de abril de 1999.
Registro de la Propiedad de La Coruña número 2
(BOE 14-5-99).

ANOTACION DE EMBARGO. VIGENCIA DEL ASIENTO DISCUTIDA LITIGIOSAMENTE.

Se declara su vigencia durante el período en que constaba reflejado el recurso de suplicación interpuesto que advertía de la posible rehabilitación del asiento cancelado indebidamente.

Resolución de 27 de abril de 1999.
Registro de la Propiedad de La Bisbal
(BOE 25-5-99).

EXTRANJEROS. HERENCIA. REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL.

Siendo el título gratuito, es irrelevante el régimen económico matrimonial. En cambio, sí es preciso determinar cuál sea la ley nacional aplicable a la sucesión.

Resolución de 28 de abril de 1999.
Registro de la Propiedad de Felanitx
(BOE 14-5-99).

HIPOTECA DE MAXIMO. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.

Aunque es preciso identificar la relación jurídica que se asegura, se permite una cierta flexibilidad en las hipotecas de máximo. Cuando los titulares de la hipoteca sean varios, debe especificarse la participación que cada uno tiene en el crédito asegurado.

Resolución de 29 de abril de 1999.
Registro de la Propiedad de Seo de Urgel
(BOE 25-5-99).

DERECHO DE ELEVACION. NATURALEZA JURIDICA.

Debe fijarse el plazo en que puede ejercitar tal derecho quien se lo reserva y delimitar su verdadera naturaleza para diferenciarlo de otras figuras análogas.

Resolución de 3 de mayo de 1999.
Registro de la Propiedad de Madrid número 16
(BOE 31-5-99).

RECTIFICACION.

Estando los asientos bajo la salvaguarda de los Tribunales, sólo pueden rectificarse por resolución judicial, si no consienten los interesados.

Resolución de 4 de mayo de 1999.
Registro de la Propiedad de Santander número 1
(BOE 10-6-99).

PARTICION HEREDITARIA. PRETERICION CONVALIDADA.

La partición otorgada por el instituido en unión del preterido, puede convalidar la nulidad del testamento si hay acuerdo de los interesados, pero deben declararlo así expresamente, pues en otro caso será precisa la declaración de herederos abintestato.

Resoluciones de 5 y 6 de mayo de 1999.
Registro de la Propiedad de Vigo número 5
(BOE 10-6-99).

ESTADO CIVIL.

Debe prevalecer el que consta en la escritura, aunque no se hiciera constar en el documento administrativo anterior.

Resolución de 7 de mayo de 1999.
Registro de la Propiedad de Valencia número 12
(BOE 11-6-99).

ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES. CREDITO PRIVILEGIADO DE SU ARTICULO 32. CANCELACION DE ASIENTOS ANTERIORES.

Es preciso que el acreedor pretendidamente preferente acceda por vía de tercera de mejor derecho a la ejecución ya instada por otro acreedor del ejecutado. Cuando se ejecutan varios créditos acumulados, si el primero agota la cuantía obtenida en la ejecución, resulta irrelevante la distribución de la cuantía del remate entre las varias fincas. El mandamiento expedido en este procedimiento no es título para cancelar las anotaciones anteriores.

Resolución de 8 de mayo de 1999.
Registro de la Propiedad de Avila
(BOE 10-6-99).

SEGREGACION DE FINCA RUSTICA. UNIDAD MINIMA DE CULTIVO.

No pueden segregarse superficies inferiores a dicha unidad mínima o cuando el resto de la matriz resulte igualmente inferior.

Resolución de 10 de mayo de 1999.
Registro de la Propiedad de La Coruña número 2
(BOE 10-6-99).

COMPRAVENTA. FACULTADES DEL CONSEJERO DELEGADO DE UNA S.A.

Las tiene para enajenar inmuebles cuando el objeto social es la adquisición y construcción de fincas urbanas para su explotación en forma de arriendo.

Resolución de 13 de mayo de 1999.
Registro de la Propiedad de La Bisbal
(BOE 10-6-99).

SUSTITUCION FIDEICOMISARIA EN CATALUÑA. CANCELACION.

La Dirección General no admite el recurso y lo devuelve al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, según la Disposición Adicional 7.ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Resolución de 14 de mayo de 1999.
Registro de la Propiedad de Granada número 2
(BOE 15-6-99).

TRACTO SUCESIVO. VENTAS INTERMEDIAS EN DOCUMENTOS PRIVADOS.

No es inscribible la escritura de venta desde la constructora al último adquirente, habiendo varias transmisiones intermedias en documento privado, sin mediar el consentimiento de todos los interesados.

Resoluciones de 19 y 20 de mayo de 1999.

Registro de la Propiedad de Marbella números 2 y 3
(BOE 22-6-99).

ANOTACION DE DEMANDA. OBJETO INADMISIBLE.

No procede cuando no se reclama la propiedad de bienes inmuebles, sino un pedimento distinto consistente en la devolución de cantidades debidas por la venta de otras fincas.

Resolución de 24 de mayo de 1999.

Registro de la Propiedad de Granada número 2
(BOE 22-6-99).

TRACTO SUCESIVO. VENTAS INTERMEDIAS EN DOCUMENTOS PRIVADOS.

No es inscribible la escritura de venta desde la constructora al último adquirente, habiendo varias transmisiones intermedias en documento privado, sin mediar el consentimiento de todos los interesados.

Resolución de 26 de mayo de 1999.

Registro de la Propiedad de Marbella número 2
(BOE 22-6-99).

OBRA NUEVA. TRASPASO PATRIMONIAL ENTRE CONYUGES.

A los efectos del artículo 1.359 del Código Civil, la declaración de obra nueva, si contiene un negocio jurídico oneroso, tiene aptitud para sostener un traspaso patrimonial entre esposos.

Resolución de 27 de mayo de 1999.

Registro de la Propiedad de Fuengirola número 1
(BOE 22-6-99).

COMPRAVENTA. NULIDAD DEL TÍTULO ANTERIOR. EFECTOS DE LA SUSPENSION DEL MISMO.

Al declararse la nulidad del título anterior, la relatividad de la cosa juzgada impide que esa nulidad se haga efectiva contra el adquirente que no fue parte en el procedimiento.

Resolución de 28 de mayo de 1999.

Registro de la Propiedad de Benalmádena número 2
(BOE 29-6-99).

ADJUDICACION EN PAGO DE DEUDA. REPRESENTACION ORGANICA DE LA SOCIEDAD CEDENTE. TITULO PARA ACREDITARLA.

Ha de acreditarse dicha representación mediante el documento fehaciente acreditativo del nombramiento del administrador, con referencia a la escritura de la que resulte la designación, no bastando con remitirse al asiento del Registro Mercantil.

Resolución de 30 de abril de 1999.

Registro de la Propiedad de Santa Fe
(BOE 1-6-99).

HIPOTECA. FINCA DONADA CON RESERVA DE USUFRUCTO Y DE LA FACULTAD DE DISPONER.

El donante que se reservó estas facultades dispositivas puede hipotecar la finca y más cuando se donó con la condición expresa de no tener que justificar el estado de necesidad para enajenar.

Resolución de 31 de mayo de 1999.

Registro de la Propiedad de Calahorra
(BOE 24-6-99).

EXCESO DE CABIDA. DELIMITACION DEL CONCEPTO.

En sentido estricto es la rectificación de un erróneo dato registral de la finca, sin alterar la realidad física exterior. Fuera de este caso, la pretensión de modificar la cabida encubre el intento de englobar en la originaria finca registral una superficie colindante adicional; para ello debe inmatricularse esa extensión colindante y agruparla posteriormente a la finca originaria.

Resolución de 1 de junio de 1999.

Registro de la Propiedad de Barcelona número 22
(BOE 26-6-99).

APODERAMIENTO. SUFICIENCIA DEL PODER. AUTOCONTRATACION.

El mandato no puede extenderse a casos distintos de los comprendidos en su texto. La autocontratación está permitida cuando el poderdante conceda al apoderado las facultades necesarias con autorización del posible conflicto de intereses.

Registro Mercantil

Resolución de 27 de marzo de 1999.
Registro Mercantil de Barcelona XV
(BOE 11-5-99).

ANOTACION DE DEMANDA. OBJETO INADECUADO.

No es anotable la demanda interpuesta contra el administrador de una S.A., por uno de los socios, en ejercicio de la acción de responsabilidad porque no afecta al funcionamiento de dicha sociedad, cuya protección constituye el objeto de la inscripción.

Resolución de 29 de marzo de 1999.
Registro Mercantil de Asturias
(BOE 13-5-99).

RECURSO GUBERNATIVO. REQUISITOS FORMALES.

El Registrador, antes de entrar en el fondo, puede examinar los plazos y requisitos formales para su admisión.

Resolución de 30 de marzo de 1999.
Registro Mercantil de Segovia
(BOE 1-5-99).

ADAPTACION DE ESTATUTOS. CLAUSULAS NO INSCRIBIBLES.

No son inscribibles las siguientes: 1. La obligación de los socios de asistir a las juntas generales. 2. Aprobación del acta en contra de lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley de SA. 3. Imposición de sanciones a los socios, y 4. Valoración de las participaciones sociales en caso de separación de modo distinto al marcado en el artículo 71 de la misma ley.

Resolución de 31 de marzo de 1999.
Registro Mercantil de Navarra
(BOE 11-5-99).

CAPITAL SOCIAL. AUMENTO. DESEMBOLSO MINIMO.

Se precisa un desembolso de al menos un 25 por 100 del valor nominal de las nuevas acciones en el momento de su suscripción. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil, es preciso notificarlo al anterior titular de la facultad de certificar.

Resolución de 5 de abril de 1999.
Registro Mercantil de Barcelona XI
(BOE 4-5-99).

PRIORIDAD. REGISTRO MERCANTIL.

Rige, según el artículo 10 de su Reglamento, aunque excepcionalmente el Registrador puede tomar en consideración títulos presentados después para lograr un mayor acierto en la calificación.

Resolución de 6 de abril de 1999.
Registro Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria
(BOE 1-5-99).

ADMINISTRACION. CONSEJO DE ADMINISTRACION. CONVOCATORIA.

A falta de normas estatutarias especiales, su convocatoria corresponde al Presidente, según el artículo 140 de la Ley de SA.

Resolución de 7 de abril de 1999.
Registro Mercantil de Valencia II
(BOE 11-5-99).

OBJETO SOCIAL. DETERMINACION.

Al señalar que la sociedad ejerce las actividades propias de las agencias de viajes, queda perfectamente delimitado su ámbito de actuación.

Resolución de 14 de abril de 1999.
Registro Mercantil de Madrid XI
(BOE 15-5-99).

CANCELACION DE LA HOJA SOCIAL. REACTIVACION.

La realizada en virtud de la Disposición Transitoria 6.ª del Texto Refundido de la Ley, no es obstáculo a la práctica de eventuales asientos posteriores que la subsistencia de la personalidad jurídica de la sociedad implique, si se reactiva por acuerdo unánime de los socios.

Resolución de 17 de abril de 1999.
Registro Mercantil de Madrid XV
(BOE 25-5-99).

ACUERDOS SOCIALES. JUNTA UNIVERSAL.

En la lista de asistentes debe constar la firma de todos y cada uno de ellos. En la junta universal debe constar la aceptación unánime del orden del día.

Resolución de 21 de abril de 1999.
Registro Mercantil de Madrid número 9
(BOE 15-5-99).

ADMINISTRACION. RENUNCIA DE CONSEJERO.

Aunque el órgano colegiado queda por debajo de los miembros que deben integrarlo, la doctrina más ajustada autoriza la solución de que no existen obstáculos para la inscripción de la renuncia solicitada.

Resolución de 23 de abril de 1999.
Registro Mercantil de Navarra
(BOE 22-5-99).

JUNTA GENERAL. LUGAR DE CELEBRACION.

En las actas de sus acuerdos es requisito imprescindible señalar el lugar donde se celebró la reunión.

Resolución de 24 de abril de 1999.
Registro Mercantil de Madrid XI
(BOE 15-5-99).

CANCELACION DE LA HOJA SOCIAL. REACTIVACION. MODIFICACION DE ESTATUTOS.

La cancelación por la Disposición Transitoria 6.ª de la Ley de SA, no obsta a la práctica de eventuales asientos posteriores si se reactiva la vida social. El acuerdo de adoptar los nuevos estatutos que figuran en el anexo del acta ampara la aprobación de las modificaciones.

Resolución de 30 de abril de 1999.
Registro Mercantil de Madrid XV
(BOE 26-5-99).

OBJETO SOCIAL. ESTATUTOS. CONSEJO DE ADMINISTRACION.

No es inscribible la cláusula estatutaria que fija de modo indeterminado su objeto social. Es preciso fijar las reglas de la convocatoria del Consejo de administración.

Resolución de 11 de mayo de 1999.
Registro Mercantil de Madrid número XVI
(BOE 10-6-99).

DESISTIMIENTO.

No es admisible un escrito en el que se solicita que no se practiquen determinados asientos de títulos anteriormente presentados.

Resolución de 12 de mayo de 1999.
Registro Mercantil de Badajoz
(BOE 15-6-99).

ADMINISTRADORES. CONSEJO DE ADMINISTRACION. CONSEJERO DE-
LEGADO.

La iniciativa para delegar, la configuración del órgano delegado, la extensión de sus facultades y la designación de los delegados, son competencia del Consejo de Administración, según los artículos 141 de la LSA y 57 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Resolución de 17 de mayo de 1999.
Registro Mercantil de Cádiz
(BOE 10-6-99).

ADMINISTRADORES. CONSEJO DE ADMINISTRACION. RENUNCIA DE
CONSEJEROS.

Aun quedando la sociedad transitoriamente sin órgano de administración, la renuncia es inscribible si cualquiera de los consejeros que permanecen en el cargo puede convocar la Junta general para cubrir las vacantes producidas.

Resolución de 21 de mayo de 1999.
Registro Mercantil de Barcelona VI
(BOE 22-6-99).

ESTATUTOS. DIVIDENDOS EXTRAORDINARIOS.

La creación de privilegios respecto al dividendo no podrá llevarse a cabo sin el consentimiento de todos los socios afectados.

Resolución de 22 de mayo de 1999.
Registro Mercantil de Barcelona XI
(BOE 22-6-99).

PODER. REVOCACION.

En materia de poderes, es acto inscribible su revocación, pero no la mera notificación de ésta hecha al apoderado, que pertenece a las relaciones entre representante y representado.

Resolución de 25 de mayo de 1999.
Registro Mercantil de Asturias
(BOE 22-6-99).

CASINOS DE JUEGO. CAPITAL MINIMO.

En tanto no recaiga autorización de la Comisión Nacional de Juego para explotar casinos de juego, no tienen éstos obligación de mantener fondos propios.

Registro Mercantil Central

Resolución de 18 de mayo de 1999.
Registro Mercantil Central
(BOE 22-6-99).

DENOMINACION.

No puede admitirse una denominación cuando guarda notoria similitud fonética con otra ya reservada.

B) RESOLUCIONES COMENTADAS

POR JORGE BLANCO URZAIZ, JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
Y FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

BIENES GANANCIALES. PRESUNCION ARTICULO 1.361 DEL CODIGO CIVIL.—LA MANIFESTACION DEL ADQUIRENTE DE QUE EMPLEA DINERO PRIVATIVO NO ES SUFICIENTE PARA DESTRUIR REGISTRALMENTE LA PRESUNCION DE GANANCIALIDAD. (RESOLUCIÓN DE 21 DE MAYO DE 1998. BOE DE 18 DE JUNIO DE 1998.)

RESOLUCION de 21 de mayo de 1998, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid don Roberto Blanquer Uberos, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Marbella número 1 don Manuel López-Barajas García-Valdecasas a inscribir una escritura de compra de una finca con carácter privativo, en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid, don Roberto Blanquer Uberos, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Marbella número 1, don Manuel López-Barajas García-Valdecasas a inscribir una escritura de compra de una finca con carácter privativo, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. El 2 de febrero de 1994, don José Luis Navarro, casado con doña Maren Prustian Gotz, adquirió por compra a don José Manuel Hernán-

dez Vidales una vivienda situada en Marbella por escritura otorgada ante el Notario de Madrid don Roberto Blanquer Uberos. En dicha escritura, el comprador manifestó que: «Por pago de dicho precio ha aplicado al contado y aplicará al pago del préstamo el total producto de la venta por ocho millones de pesetas de la mitad indivisa que le pertenecía del piso primero, letra D, de la casa número 46 de la calle Isaac Peral de Madrid, vendido a don Francisco José Feneres Fernández y su esposa doña Marfa del Carmen Solé Gasset en escritura que autorizó el Notario de Madrid don José Madrdejos Sarasola el 8 de julio de 1992, con el número 1535 de orden, y cuya participación indivisa del piso citado le pertenecía por herencia de sus padres don José Navarro Pajares y doña Concepción Navarro Navarro, adjudicación que se realizó en la escritura que autorizó el Notario de Madrid don Juan Manuel Jorge Romero el 2 de octubre de 1989, con el número 2.470 de su protocolo». El Notario hizo además constar en la escritura: «Don José Luis Navarro Navarro me requiere a mí, el Notario, para que oficie a mi compañero de residencia, don Francisco José López Ganas, continuador en el protocolo del que fue Notario de Madrid don José Madrdejos Sarasola, a fin de que extienda la pertinente nota en la escritura matriz número 2.535 correspondiente al año 1992 del protocolo del citado Notario señor Madrdejos Sarasola, para que quede constancia de la aplicación del total precio que recibió en aquella don Jose Luis Navarro Navarro en el pago del precio de la compra que realiza por la presente. Don José Luis Navarro Navarro asevera que no ha solicitado que se libre copia para él de la escritura referida en el párrafo anterior, por lo que no puede exhibírmela a efectos de extensión de nota, y asevera que le solicitará y presentará a los efectos oportunos de que extienda diligencia». Además, al final de la escritura, consta la siguiente Diligencia: «Roberto Blanquer Uberos, Notario de Madrid, doy fe: Que se me ha exhibido una copia autorizada, librada como segunda para don José Luis Navarro Navarro por el Notario de Madrid don Francisco José López Ganas el día 10 de febrero de 1994 (...) de la escritura matriz que, el día 8 de julio de 1992, con el número 1535 de orden, autorizó el Notario de Madrid don Jose Madrdejos Sarasola, hoy jubilado y sucedido en el protocolo por el autorizante de la copia. De la misma resulta que en la escritura matriz formalizó venta por don José Luis Navarro Navarro a los cónyuges don Francisco José Ferreres Fernández y doña Marfa del Carmen Solé Gasset de la mitad indivisa del piso primero, letra D, de la casa número 46 de la calle de Isaac Peral, de esta capital; que dicha mitad indivisa le pertenecía por herencia de sus padres (...) y que dicha mitad indivisa fue vendida por precio de ocho millones de pesetas, cobrado de contado. Dejo puesto en dicha copia diligencia de la inversión del precio obtenido por don José Luis Navarro Navarro, según resulta del instrumento de compraventa precedente y oficio al titular del protocolo donde obra la escritura de venta al principio referida a los efectos de que extienda la nota o diligencia pertinente para hacer constar la inversión privativa realizada por el señor Navarro Navarro y asegurar la unicidad de la subrogación real». Y, finalmente, consta igualmente esta otra diligencia: «Yo, Roberto Blanquer Uberos, doy fe: Se me ha exhibido copia autorizada, librada como primera para don José Luis Navarro Navarro, por el Notario de Madrid don Francisco José López Ganas el día 7 de marzo de 1994 (...) de la escritura matriz que, el día 8 de julio de 1992, con el número 2.535 de orden, autorizó el Notario de Madrid don José Madrdejos Sarasola, hoy jubilado y sucedido en el protocolo por el autorizante de la copia, de la que resulta todo lo expresado en la diligencia precedente

y, además, que dicho Notario ha tomado nota del oficio remitido por mí por el que le comunicaba la reinversión realizada por don José Luis Navarro Navarro en la precedente escritura con el importe del dinero privativo que percibió por la venta que realizó en la escritura mencionada al principio. Dejo puesta en dicha copia diligencia expresiva de la reinversión realizada en el otorgamiento precedente, además de transcribir esta diligencia».

II. Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Marbella número 1, la misma fue inscrita y despachada del modo que resulta de la siguiente nota: «Inscrito el precedente documento al tomo 1149 del archivo general, libro 100 de esta ciudad, folio 143 vuelto, finca 6.994, inscripción cuarta. La inscripción se practica a favor de don José Luis Navarro Navarro con carácter presuntivamente ganancial por no justificarse que el precio de la adquisición que se verifica tenga el carácter de privativo, conforme a lo dispuesto en el artículo 95.2 del Reglamento Hipotecario. Se ha cumplido lo establecido en el artículo 429 del mismo Reglamento. Contra la presente nota de calificación cabe recurso gubernativo ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en el plazo y condiciones que resultan de los artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario. Marbella, a 1 de agosto de 1994. El Registrador, Manuel López-Barajas García-Valdecasas».

III. Don Roberto Blanquer Uberos, Notario autorizante de la escritura, interpuso recurso gubernativo ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en base a las siguientes alegaciones: 1. El dinero, entendiéndose por tal la moneda y sus signos representativos, se considera bien fungible salvo cuando la indivisibilidad física de una moneda metálica (o varias) o de un billete de banco (o varios) son objeto de derecho o de negocio. El interesado no había conservado de manera separada, en bolsa o envuelta señalada, ni tampoco en depósito o cuenta determinada y debidamente individualizada, señalando su procedencia y su carácter así como su cuantía, el precio recibido por la venta. Como equivalente a dicha circunstancia de conservación, me requirió a mí, el Notario, a fin de que oficiase al Notario autorizante de la venta del bien privativo anteriormente heredado para que en la escritura matriz de la venta otorgada por el interesado «quede constancia de la aplicación del total precio que recibió en el pago de la compra realizada en la presente», esto es, en la escritura de compra calificada. 2. En la primera copia calificada con la nota que recorro aparecen dos diligencias de las que resulta: 1.º Que en la matriz de la escritura de venta, en la que el interesado obtuvo el dinero reinvertido en la compra calificada, se ha tomado nota del oficio remitido por mí (conforme se me requirió) «por el que comunicaba la reinversión realizada por el interesado en la compra otorgada bajo mi fe con el importe del dinero privativo que recibió por la venta que realizó en la escritura de venta referida»; 2.º Que remití el oficio en base a copia librada para el interesado por el titular del protocolo del año 92 del señor Madrdejós; 3.º Que en la copia librada como primera para el interesado hacía constar el Notario titular del protocolo del señor Madrdejós como en su matriz obraba nota del oficio comunicando la reinversión del precio, de lo cual yo había extendido testimonio; 4.º Como es de ver en la copia calificada en su matriz (la de compra) quedaba extendida diligencia según la cual: a) en la matriz de la venta quedaba constancia de la reinversión realizada por el interesado en la compra (con lo que quedaba impedida toda posibilidad de dualidad o repetición de la reinversión y del consiguiente perjuicio a la sociedad de ga-

nanciales o al cónyuge); *b*) en la primera copia de la renta expedida por el interesado constaba la reinversión del producto de la anterior venta para el pago del precio de la compra; *c*) en la matriz de la compra constaba la nota de reinversión que ya se había extendido en la matriz de la venta (con lo que se cierra el ciclo y resulta irrevocable la declaración de reinversión, al quedar acreditada o probada por documento auténtico o fehaciente). 3.º Según los artículos 1.346.3.º y 1.336 del Código Civil son privativos de cada uno de los cónyuges los bienes adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos; y en caso de adquisición por precio aplazado es determinante del carácter privativo el primer desembolso de manera que si éste es privativo corresponde este carácter privativo al bien adquirido. Del artículo 1.346.3.º resulta la admisión tanto de la subrogación real inmediata (sustitución de un bien por otro de manera que no se produzca solución de continuidad entre la enajenación del privativo anterior y la adquisición del privativo subrogado en su lugar) como de la subrogación real mediata (cuando se produce una solución de continuidad entre la enajenación de un bien privativo y la adquisición de otro que ocupe su lugar). En este último caso, la adquisición se hace a costa de los bienes privativos y no por sustitución inmediata de uno por otro. 4.º La subrogación real mediata tiene su razón de ser en la fungibilidad del dinero de la que se sigue su confundibilidad; esto es la dificultad de separar o distinguir unas monedas de otras y de sustraer a una suma o masa de dinero confundida en la masa monetaria de los cónyuges de la presunción de ganancialidad establecida por el artículo 1.361 del Código Civil. Por ello, si la subrogación real sólo se admitiese en su variante «inmediata» se limitaría excesiva e injustamente la posibilidad del resultado subrogatorio que solamente podría obtenerse, o bien simultaneando la enajenación y la adquisición subrogatoria, o bien manteniendo separado e individualizado el dinero obtenido por la enajenación hasta la adquisición en términos tales que impidan que le sea aplicable la presunción de ganancialidad. De ahí que se admita la subrogación real en su variante «mediata»; esto es, mediante prueba del origen de la suma de dinero empleada y de que el empleo del dinero se realiza «a costa de bienes privativos», esto es, a costa de la masa patrimonial de carácter privativo. Esta prueba no es una prueba directa de «identidad» de la moneda o del signo representativo del dinero —como cheques o letras de cambio (sería caso de subrogación inmediata o de sustitución)— sino una prueba circunstanciada de que la suma de dinero empleada es privativa y de que su empleo se realiza a costa de los bienes privativos; o sea, del patrimonio privativo del adquirente. 5.º Es bien cierto que la prueba circunstanciada del carácter privativo de la suma de dinero puede resultar de la confesión del cónyuge del interesado en la adquisición privativa. Es igualmente cierto que la prueba documental de que la adquisición se realiza «a costa» del caudal privativo puede ir acompañada del convenio entre los cónyuges. Nos interesa en este recurso el caso en el cual es el propio interesado quien unipersonal y unilateralmente prueba de modo auténtico o fehaciente que la adquisición la realiza a costa de su caudal privativo. 6.º No se trata de prueba fehaciente de identidad entre las monedas recibidas en pago de una enajenación y las monedas empleadas por pago de una adquisición. Esta prueba resulta: *a*) De la nota extendida en la escritura de venta; si de ésta resulta la enajenación y la obtención de un dinero privativo la nota deja establecido el destino de éste de manera concreta, determinada, fija e invariable y sujeta al interesado frente a su cónyuge a respetar tal destino; *b*) de la constancia en la escritura por la que se adquiere el bien

subrogado de la procedencia de la suma de dinero empleada para pagar el precio de la adquisición y además, de que en la escritura de procedencia (la de venta) queda constancia de la reinversión realizada. 7.º En el tiempo intermedio entre la venta y la compra realizadas por el interesado ha podido producirse confusión de la suma de dinero privativo procedente de la venta con otros dineros u otras sumas y ha podido afectarle la presunción de ganancialidad. Pero esta afección se limita a las monedas y no afecta al derecho a la suma de dinero. La confusión de las monedas (cosas corporales), no puede afectar a la suma de dinero (crédito incorporeal de cantidad); y por ello el interesado sigue siendo titular con carácter privativo de la suma de dinero obtenida como precio de la venta; y esta titularidad sobre la suma la ejerce cuando, a costa de ella, realiza la compra, el pago de cuyo precio lo realiza en uso de su titularidad sobre la suma. 8.º El artículo 95.2 del Reglamento Hipotecario requiere que el carácter privativo del precio de la contraprestación del bien adquirido deberá justificarse mediante prueba documental pública. Este artículo, en cuanto precepto reglamentario, debe interpretarse conforme a los preceptos legales sustantivos. E integrarse en su significado. La prueba del carácter privativo del dinero empleado para satisfacer el precio puede referirse al hecho *a)* de la identidad de la moneda, o *b)* de la identidad de la suma, según su origen o procedencia. 9.º En el caso del recurso se prueba con documento notarial, público y auténtico: *a)* En el propio instrumento público de compra que se ha contrastado la verdad de la procedencia del dinero privativo invertido y que en el documento de procedencia (en la matriz de la venta) consta la reinversión. Existe, pues, prueba documental pública de que el precio se satisface a costa de los bienes privativos. Esta prueba tiene significado positivo y negativo. Positivamente deja constancia fehaciente de las sucesivas subrogaciones: *a)* La suma de dinero obtenido como precio en lugar del bien heredado vendido; *b)* el bien comprado en lugar de la suma de dinero obtenido por la venta. Las notas extendidas en las escrituras matrices de venta y de compra son pruebas documentales públicas. Negativamente supone que el interesado no podrá volver a invocar la reinversión del producto de la venta, pues al dejar constancia auténtica de la subrogación realizada consumió el bien privativo (la suma de dinero obtenida por la venta) a cuya costa realizó la adquisición privativa. Cualquier intento de invocar en otra adquisición el pago de su precio a costa de la suma obtenida mediante la «venta», chocaría con la diligencia obrante en su matriz según la cual dicha suma ya no existe en el patrimonio privativo del interesado al haber sido ya reinvertida, por lo que no cabe una nueva adquisición a su costa.

IV. El Registrador de la Propiedad, don Manuel López-Barajas García-Valdecasas, en defensa de su nota, informó: 1.º Que el principio de presunción de ganancialidad proclamado por el artículo 1.361 del Código Civil afecta de manera muy especial a los bienes adquiridos a título oneroso por uno de los cónyuges durante el matrimonio, por lo que, para que esos bienes puedan ser considerados e inscritos como privativos, es necesario destruir esa presunción, mediante la justificación fehaciente del carácter privativo del precio o contraprestación de la adquisición. 2.º Que, conforme al artículo 95.2 del Reglamento Hipotecario, dicha justificación deberá verificarse mediante prueba documental pública referida al momento de la adquisición, que es al que, igualmente, ha de referir el Registrador su calificación y atribuir, en la inscripción, a dicha adquisición el carácter de privativa o presuntivamente

ganancial, según se justifique o no aquel extremo, con la trascendencia jurídica y económica que dicha atribución tiene especialmente para el cónyuge no adquirente y sus herederos, pues una vez atribuido el carácter privativo a la adquisición, se traslada a los mismos la carga de la prueba en contrario de la titularidad privativa del adquirente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, viéndose privados, de momento, de todo derecho sobre el bien adquirido. 3.º Que, conforme a la Resolución de 28 de noviembre de 1988, la inscripción como privativos de los bienes adquiridos por persona casada bajo el régimen de gananciales exige que se acrediten por medios fehacientes todas las circunstancias que, con arreglo a los artículos 1.346 y siguientes del Código Civil, y según las hipótesis, determinan aquel carácter. 4.º Que en el caso objeto del presente recurso no se ha destruido aquella presunción, por no haberse justificado fehacientemente el carácter privativo del precio o contraprestación de la adquisición realizada, pues la extensión de una nota con fecha 16 de marzo de 1994 en la matriz de la escritura de 8 de julio de 1992 para la constancia de la aplicación del total precio que recibió en aquella, el ahora adquirente, al pago del precio de la compra que realiza por la escritura calificada (en cuya matriz se hace constar la nota extendida en la de venta), sólo manifiesta una declaración unilateral de tal propósito, que no justifica fehacientemente la subsistencia, casi dos años después, en el patrimonio privativo del adquirente, el 2 de febrero de 1994, del precio recibido en la venta de 8 de julio de 1992, y sin que, como dice la citada Resolución, en el presente caso, pueda estimarse que la naturaleza privativa de la contraprestación, venga avalada por la fe pública notarial que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, no se extiende a la veracidad intrínseca de las declaraciones que los particulares hagan en la escritura pública. Y que la ausencia de la prueba documental pública viene evidenciada en el presente caso, de una parte, por las dificultades que la esencial fungibilidad del numerario con que se pagó el precio plantea a la demostración del carácter privativo y, de otra, por la posible verificación, durante el tiempo intermedio, de otros actos dispositivos sobre dicha cantidad que la hubiera agotado o disminuido de tal modo que no pudiera cubrir el precio estipulado en la operación calificada. No obstante, en el presente caso, se ha pretendido desvirtuar tal posibilidad con el argumento, poco convincente, de que al no constar extendida en la escritura de venta de 1992, que generó el dinero privativo, una nota expresiva de haber reinvertido dicho dinero en la adquisición de otro bien que sustituyera al vendido, es que la reinversión no se ha producido en todo el tiempo transcurrido desde la fecha de la venta en 1992, hasta el momento en que, al formalizar la compra en la escritura de 1994, se extiende, en ambas escrituras, la referida nota. O lo que es igual, si no hay nota, no hay acto dispositivo de dicho dinero, o no hay acto dispositivo sin nota. Se da por supuesto que, caso de reinversión anterior a la ahora realizada, se hubiera extendido la nota, porque, si se ha extendido ahora, también se hubiera extendido entonces. Pero, como decimos más arriba, la nota se extiende en virtud de una declaración unilateral y totalmente voluntaria del interesado, ya que no existe norma alguna que obligue a ello, por lo que su no constancia hasta la compra en 1994, no puede considerarse como prueba indubitada de la no reinversión hasta dicha fecha, y por consiguiente, de la subsistencia hasta la misma del dinero recibido en la venta de 1992 en el patrimonio privativo del ahora adquirente. Por todo lo expuesto, ni puede considerarse destruida la presunción de ganancialidad del artículo 1.361 del Código Civil, ni justificado

el carácter privativo del precio o contraprestación del bien adquirido, exigido por el artículo 95.2 del Reglamento Hipotecario.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía desestimó el recurso y confirmó la nota del Registrador en base a que la presunción de ganancialidad afecta a los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio y para poderles atribuir el carácter de privativos es necesario que se acredite cumplidamente el carácter privativo del precio abonado, lo que no ocurre en el presente caso, pues a lo que consta en la copia de la escritura presentada en el Registro y que ha sido objeto de calificación no se le puede atribuir otro valor, en cuanto a la pretendida reinversión del precio, que ser unas declaraciones unilaterales del adquirente que no están amparadas por la fe pública notarial, puesto que es doctrina reiterada de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que la fe pública notarial no se extiende a la veracidad intrínseca de las declaraciones que los particulares hagan en la escritura pública.

VI. Don Roberto Blanquer Uberos apeló el anterior auto reiterando lo ya manifestado al interponer el recurso y añadiendo: La afirmación de que la fe pública notarial no se extiende a la veracidad intrínseca de las manifestaciones de los particulares en la escritura pública es incongruente con los hechos y no desvirtúa los fundamentos de derecho alegados. Es incongruente con los hechos porque no tiene en cuenta la actuación notarial y no se analiza el valor de la nota de reinversión extendida por el Notario en la escritura generadora del dinero privativo.

COMENTARIO

Contempla la Resolución el problema de si es posible inscribir como privativo el bien adquirido por persona casada en régimen económico matrimonial de gananciales cuando afirma el adquirente que el precio de la compra se satisface con dinero procedente de la venta de otro bien privativo, anotándose en la matriz de esta última venta que el precio obtenido en la misma se ha aplicado a la adquisición de dicho bien cuya inscripción como privativo se pretende (Considerando 1).

El supuesto planteado es interesante, puesto que inciden sobre el mismo distintos preceptos del Código Civil y de la Legislación Hipotecaria cuya coordinación es siempre necesaria a los efectos de obtener una solución armónica con la regulación del régimen económico matrimonial de gananciales y las apreciaciones que sobre el mismo ha hecho la jurisprudencia registral.

Son, pues, varias las normas que inciden frontalmente sobre la materia. Por un lado, el Código Civil en su artículo 1.346-3 que desde una perspectiva sustantiva establece cuándo los bienes adquiridos por los cónyuges tienen legalmente la condición de privativos en virtud del principio de subrogación real; posteriormente el artículo 1.361 del mismo establece la presunción de ganancialidad de los bienes salvo prueba en contrario, y finalmente el Reglamento Hipotecario en su artículo 95, distingue dos tipos de bienes privativos en base a dicha presunción de ganancialidad, los privativos, que podríamos llamar «puros» cuando existe prueba documental pública del carácter privativo del precio o la contraprestación, y de los «privativos por confesión», a los que se refiere el artículo 1.324 del Código Civil cuando dice que «para probar

entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos, será bastante la confesión del otro, pero tal confesión no perjudicará por sí sola a los herederos forzosos del confesante ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges».

Son dos los principios que informan el carácter de los bienes adquiridos a título oneroso en el régimen económico matrimonial de gananciales: la presunción de ganancialidad, por un lado, y el principio de subrogación real, por otro.

En lo referente a los bienes, es la presunción *iuris tantum* de ganancialidad establecida en el artículo 1.361 el punto de partida para abordar el problema, cuando se trata de dilucidar el carácter de los bienes adquiridos a título oneroso. Y es que en las adquisiciones a título oneroso no sólo juega el hecho de la adquisición, sino también el principio de subrogación real, principio respecto al cual y en armonía con el mismo se derivan las restantes disposiciones aludidas. Dicha presunción de ganancialidad no tiene otra finalidad que evitar los perjuicios que se pueden derivar para cada uno de los cónyuges del hecho de que se imputen al patrimonio privativo de uno de ellos, bienes que hayan sido obtenidos a costa de las ganancias del matrimonio. Es por tanto la presunción de ganancialidad, la que influye en el carácter que tengan tales bienes, y determinante por tanto la misma, que cuando cualquiera de los cónyuges pretenda imputar a su patrimonio privativo las adquisiciones a título oneroso realizadas, habrá de destruir dicha presunción de ganancialidad mediante prueba en contrario, prueba en contrario que para la legislación hipotecaria y en virtud del principio de legitimación registral del artículo 38 de la Ley Hipotecaria y de exactitud que ha de informar los asientos registrales no ha de ser otra que la prueba documental pública (art. 95 del Reglamento Hipotecario).

Efectivamente siempre cabe la posibilidad de evitar el inscribir los bienes como privativos «puros» y acudir a la inscripción de los bienes como «privativos por confesión», pero sabido es que el régimen de unos y de otros es distinto sobre todo en el ámbito de disposición de los mismos, y los perjuicios que se pueden derivar de atribuirles el primer carácter pueden dar lugar a consecuencias irreparables para el cónyuge al que no se ha atribuido tal bien.

Es por tanto necesario adoptar las máximas precauciones que ofrece la legislación actual cuando lo que se pretende es la inscripción de un bien como privativo «puro». Precauciones de las que son reflejo la presente Resolución y otras anteriores de la DGRN, que son congruentes con el principio patrimonial de equilibrio entre las masas que rige la sociedad de gananciales y conforme, a su vez, con la jurisprudencia registral que establece que cuando se produzcan trasvases patrimoniales del patrimonio ganancial al privativo, o viceversa, debe de quedar plenamente acreditada la causa de los mismos. Los bienes adquiridos a título oneroso, vigente la sociedad de gananciales, serán por tanto en principio gananciales salvo en prueba contrario, o salvo que haya una causa a través de un concreto negocio jurídico que justifique tal trasvase patrimonial y siempre a su vez acreditando el carácter privativo del precio o la contraprestación en caso de que el concreto negocio jurídico que produce dicho trasvase sea a título oneroso.

Centra el Notario la cuestión en su informe aclarando que no estamos ante un caso de inscripción de un bien como privativo por confesión o por convenio entre los cónyuges, sino en el caso de lo que aquí hemos venido a llamar Inscripción como privativos «puros»; es decir, cuando, como expre-

sa el Notario en su informe, es el mismo interesado el que de forma unilateral prueba de modo auténtico o fehaciente que la adquisición se realiza a costa de su caudal privativo. Sabe el Notario que ya la DGRN se había manifestado sobre este tema en Resoluciones anteriores, como la de 19 de junio de 1975 o la de 22 de noviembre de 1988, donde en base a la presunción de ganancialidad y el carácter fungible del dinero se desestimó la inscripción del bien como privativo. Es por ello su intento de introducir un elemento más como es el hecho de la constancia en la matriz de la escritura de venta del bien privativo del destino dado al precio obtenido, así como la distinción realizada en su informe entre «subrogación real inmediata» y «subrogación real mediata» para señalar que nos encontramos en el segundo de los supuestos.

Señala el Notario que se hace preciso distinguir entre el concepto de «identidad de la moneda» e «identidad de la suma» para aclarar que si efectivamente la primera, la moneda, es esencialmente fungible y ha podido quedar afectada por la presunción de ganancialidad, no ocurre lo mismo con el «derecho a la suma de dinero», que como crédito incorporal de cantidad sigue teniendo el carácter de privativo y que, por tanto, es la titularidad sobre este crédito y a cuya costa se realiza la compra lo que determina el carácter privativo del bien. Destruye el Registrador tales afirmaciones, pues nada impide que entre la venta del bien privativo y la adquisición del nuevo se hayan realizado otros actos dispositivos que disminuyan tal «derecho a la suma de un dinero privativo». Es por ello que señala la DGRN en su considerando 3.º que el «hecho de que el adquirente haya enajenado con anterioridad un bien privativo prueba que en su día existió en su patrimonio privativo una cierta cantidad de dinero (ya sea moneda efectiva o crédito incorporal, diríamos nosotros), pero no que sea ese dinero (o crédito incorporal, diríamos nosotros) el que está empleando ahora para la adquisición de otro bien».

También contempla la Resolución la cuestión de la constancia en la matriz de la escritura de venta del bien privativo del hecho de la reinversión del precio obtenido, hecho que diferencia este supuesto del contemplado en la Resolución de 28 de noviembre de 1988, añadiendo un elemento nuevo al que aquella Resolución no se refería. No duda la Resolución de los importantes efectos que puede tener esta nota, como puede ser el evitar que se pretenda utilizar ese precio obtenido para la adquisición de otro bien como privativo, pero por sí misma no puede convertirse en prueba documental pública que destruya dicha presunción de ganancialidad, pues, como afirma el Registrador en su informe, ni dicha nota viene impuesta por ninguna norma legal, ni el hecho de su no constancia puede ser prueba por sí suficiente de que todavía no se haya hecho la reinversión y que, por tanto, siga ostentándose la titularidad sobre dicha suma de dinero, suma de dinero que ha podido ser empleada en variadas circunstancias y cuya constancia como reinversión en la escritura matriz dependerá de la exclusiva voluntad del disponente.

Finalmente, plantea una cuestión. Como se desprende de la nota del Registrador la inscripción, en un sentido distinto al planteado por el interesado, esto es, como presuntivamente ganancial en vez de como privativo, requiere, en virtud del principio de rogación, la previa conformidad del mismo, tal y como señaló en su día la Resolución de 19 de junio de 1975.

GANANCIALES. COMPRAVENTA JUDICIAL.—NO ES INSCRIBIBLE LA DE LA PARTICIPACION INDIVISA DE UNA FINCA QUE TIENE CARACTER GANANCIAL OTORGADA POR EL JUEZ, CUANDO NO FUE DEMANDADA LA ESPOSA NI HA INTERVENIDO EN EL PROCEDIMIENTO. (RESOLUCIÓN DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1998. BOE DE 8 DE ENERO DE 1999.)

RESOLUCION de 27 de noviembre de 1998, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don José García García, contra la negativa de don Fernando Alonso-Mencia Alvarez, Registrador de la Propiedad de Guadalajara, número 2, a inscribir una escritura de compraventa, en virtud de apelación del señor Registrador.

En el recurso gubernativo interpuesto por don José García García, contra la negativa de don Fernando Alonso-Mencia Alvarez, Registrador de la Propiedad de Guadalajara, número 2, a inscribir una escritura de compraventa, en virtud de apelación del señor Registrador.

Hechos.—I. En el día 13 de enero de 1994, mediante escritura pública otorgada ante don Manuel Pérez de Camino Palacios, Notario de Guadalajara, el Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2, de dicha ciudad, en nombre y representación, en virtud de su cargo de don Luis Valles Arroyo, casado con doña Carmina Rodríguez Medel, y en su propio nombre sus hijos, don Félix Valles Rodríguez, casado, y don Julio Valles Rodríguez, soltero, todos ellos en representación de «Promociones y Construcciones Valles», venden a don José García García, soltero, que compra un apartamento en planta primera, letra B, del edificio sito en Guadalajara, con frente a la plaza del Concejo, número 9, con fachada también a la calle del Capitán Luis Piñazo, que pertenece a los vendedores por terceras partes indivisas, con carácter presuntamente ganancial en cuanto a don Luis Valles y privativo en lo que se refiere a don Félix y don Julio Valles.

Dicha escritura fue otorgada, conforme a la sentencia dictada, el día 15 de enero de 1993, por el señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Guadalajara, en autos 588/1991 y 51/1992 acumulados de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, en virtud de demanda de don José García García, contra don Luis Valles Arroyo, don Félix y don Julio Valles Rodríguez, como comuneros de «Promociones y Construcciones Valles C de B», en la cual se condenó a los demandados a elevar a escritura pública el contrato privado de compraventa de fecha 10 de octubre de 1998. Dicha sentencia fue confirmada en todos sus pronunciamientos por la Audiencia Provincial de Guadalajara, en Sentencia de 8 de julio de 1993.

En la cláusula tercera de la referida escritura el ilustrísimo señor Magistrado-Juez ordena y la parte adquirente solicita del señor Registrador de la Propiedad, la cancelación de las anotaciones e inscripciones de créditos o derechos no preferentes a los del actor y en especial la anotación preventiva letra A causada en el procedimiento antes citado.

II. Presentada copia de la citada escritura en el Registro de la Propiedad número 2 de Guadalajara, fue calificada con la siguiente nota: «Inscrito el precedente documento en cuanto a las dos terceras partes que transmiten don Félix y don Julio Valles Rodríguez en el tomo 12.428, folio 210, libro 55, finca 5.634, inscripción 4.^a y suspendida la inscripción de la tercera parte restante que figura inscrita con carácter ganancial, a favor de don Luis Valles

Arroyo y su esposa, doña Carmina María Rodríguez Medel, porque no ha intervenido en la escritura dicha señora, ni consta en ella que por sí o representada haya prestado el consentimiento que exige el artículo 93.2 del Reglamento Hipotecario ni que éste haya sido suplido en forma alguna, ya que el Magistrado que comparece lo hace sólo en nombre del esposo pero no de dicha señora, lo que es consecuente con el procedimiento que ha motivado el otorgamiento de la escritura, el cual no se ha seguido contra dicha señora, según resulta del precedente documento. No se han practicado las cancelaciones solicitadas en la cláusula tercera, por no haberse ordenado por medio de mandamiento judicial o resultar de testimonio de la ejecutoria dictada en el procedimiento, según exige el artículo 198 del Reglamento Hipotecario. No se ha practicado anotación de suspensión, porque no se ha solicitado. Contra la presente nota de calificación puede interponerse recurso gubernativo ante el excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia en el plazo de cuatro meses a contar de la fecha de la misma, según se regula en los artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 111 y siguientes del Reglamento para su aplicación. Guadalajara, 1 de marzo de 1994. El Registrador, Fernando Alonso-Mencia Alvarez».

III. Don José García interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que como fundamento de derecho hay que citar los artículos 1.365 del Código Civil, 6 y 7 del Código de Comercio, y 93.2 del Reglamento Hipotecario. Que la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1988, analiza un caso similar al que se resolvió en los autos que han dado lugar al presente recurso gubernativo, pero en sentido inverso. Por tanto, considerando dicha sentencia, hay que señalar que, concretamente, si se hubiera demandado a la esposa como si no, ésta no interviene en la escritura, y por tanto, es imposible inscribir la compraventa judicial en el caso de que un bien inmueble pertenezca a un comerciante y a su cónyuge, conclusión que parece carecer de toda lógica jurídica. Que hay también que citar las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1989 y 25 de noviembre de 1991, así como la Resolución de 15 de julio de 1988. Que hay que tener en cuenta lo que dispone el artículo 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: A) Que de la escritura y especialmente de la transcripción parcial que se hace de ella de las sentencias antes mencionadas, resulta que doña Carmina Rodríguez Medel no ha sido parte en el procedimiento que determinó el otorgamiento de la escritura y ni siquiera ha sido citada en él. B) Que la totalidad de los argumentos del recurso se refieren al primer defecto sin referirse para nada al defecto relativo a la cancelación de las anotaciones e inscripciones, por lo que hay que considerar que el recurrente está de acuerdo con él, y como consecuencia, el presente informe no se referirá nada más que al primer defecto, el cual se hace conforme a los siguientes fundamentos de derecho: 1.º Que la calificación se refiere a un documento notarial y será aplicable el artículo 100 del Reglamento Hipotecario. 2.º Que la nota de calificación se basa en que en la escritura no conste que exista el consentimiento que exige el artículo 93.2 del Reglamento Hipotecario para enajenar bienes gananciales. Dicho artículo fue modificado por el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982, que desarrolló hipotecariamente la reforma del Código Civil hecha por la Ley 11/1981, de 13 de mayo. 3.º Que lo anterior corresponde con la doctrina establecida en la Resolución de 6 de julio de 1993. 4.º Que el caso resuelto por la anterior Resolución es igual al objeto del presente recurso. 5.º Que en

virtud del principio de tracto sucesivo y de conformidad con lo establecido en el párrafo 1.º del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, la compraventa debió otorgarse por el Magistrado en nombre de todos los titulares inscritos, esto es, ambos cónyuges, ya que la sociedad de gananciales carece de personalidad jurídica y hay que actuar en nombre de ambos titulares, lo que no hizo porque no podía hacerlo, pues estaba ejecutando una sentencia y tenía que ceñirse a lo establecido en ella que sólo condenaba a los que comparecieron en la escritura, por sí o representados. Que la observancia de tal principio que se desarrolla en cuanto a bienes gananciales en el artículo 93 del Reglamento Hipotecario, impide inscribir el documento otorgado sin la intervención de uno de los titulares inscritos. 6.º Que el Magistrado actúa en sustitución del condenado, es como si fuera él. 7.º Que no es aplicable a este caso la doctrina establecida en la Resolución de 15 de julio de 1988. 8.º Que uno de los argumentos utilizados por el recurrente es que los titulares de la finca ejercen el comercio y quedan obligados a las resultas del mismo los bienes comunes si el otro cónyuge presta el consentimiento para que se ejerza el comercio, pudiendo ser tácito dicho consentimiento, según establece el artículo 7.º del mismo cuerpo legal. Que en contra de lo dicho hay que señalar: 1.º Que el comercio que ejercen dichos señores tiene como parte esencial la compraventa de inmuebles, que según el artículo 325 del Código de Comercio no es mercantil, y en este punto hay que citar la Resolución de 13 de diciembre de 1985. 2.º Que el recurrente al referirse al Código de Comercio habla que los bienes quedan obligados a las resultas del comercio, remitiéndose incluso al artículo 1.365 del Código Civil, pero estamos ante una situación distinta, ante una disposición de bienes gananciales a los que se refiere el artículo 1.377 del mismo Código. 9.º Que, finalmente, en lo referente al artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, hay que señalar que no se han desobedecido ninguna de las sentencias, ya que en ninguna se ordenaba al Registrador realizar operación registral alguna.

V. La Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Guadalajara, informó: Que de la propia escritura debe deducirse que cuando la Audiencia Provincial de Guadalajara se pronuncia en su fundamento de derecho tercero sobre la excepción propuesta de falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido llamada al procedimiento la esposa, está considerando que ésta ha prestado su consentimiento tácito conforme en lo establecido en los artículos 6 y 7 del Código de Comercio y por ello debe considerarse como condenada *inaudita parte*, sin que pueda obligarse al hoy recurrente a entablar una nueva demanda contra la esposa, ya que tendrá por objeto que se declare que prestó su consentimiento a la operación mercantil realizada por su esposo.

VI. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha revocó la nota del Registrador fundándose principalmente en que la venta de la cuota, cuya inscripción se ha denegado, ha sido hecha por un comerciante, conforme a lo establecido en el artículo 6 del Código de Comercio y 1.365.2 del Código Civil, y que al calificar la escritura se ha hecho abstracción de la situación procesal que la genera.

VII. El Registrador apeló el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: A) 1.º Que el hecho de que una persona sea comerciante, no implica que todos los actos jurídicos que realice sean actos de comercio, y no es obstáculo para que realice actos civiles a los que se ha de aplicar la legislación civil; 2.º Que de lo establecido en el artículo 2 del Código de

Comercio hay que concluir que los actos que no sean de comercio no se registrarán por las disposiciones contenidas en el Código de Comercio. En el caso que se estudia, se trata de una compraventa de un inmueble que no puede ser considerada como acto de comercio en virtud de lo establecido en el artículo 325 del mencionado Código y, por tanto, se rige por el Código Civil, con independencia de que el vendedor sea o no comerciante, siendo entonces aplicables los artículos 1.377 y 1.375 del Código Civil, en este sentido se pronunció la Resolución de 13 de diciembre de 1985. 3.º Que los artículos 6 del Código de Comercio y 1.365 del Código Civil se refieren al caso de que uno solo de los cónyuges sea comerciante, pero el caso que se estudia parece que se trata más bien de un negocio ganancial, en cuyo caso no serían de aplicación los preceptos citados, y será de aplicación el artículo 1.347, apartado 5.º, del Código Civil, al que son de aplicación plena las normas de dicho Código, reguladoras de la sociedad de gananciales, entre ellas las de los artículos 1.377 y 1.375 antes citados y, como consecuencia, el artículo 93.2 del Reglamento Hipotecario. 4.º Que el Reglamento Hipotecario viene a desarrollar lo establecido en el Código Civil, así hay que estar a lo dispuesto en el artículo 93.2 y, por otro lado, si entre los casos especiales del artículo 96 estuviese el que uno de los cónyuges fuera comerciante, es casi seguro, por su trascendencia, que se hubiera recogido expresamente. 5.º Que conforme a la Resolución de 20 de marzo de 1986, en este caso no puede deducirse el contenido del Registro ni de la escritura calificada que se trate de un inmueble-mercadería, pues la parte transcrita de la sentencia no lo dice claramente. 6.º Que si de lo expuesto se concluye que no es de aplicación al caso del recurso el artículo 6 del Código de Comercio, la situación planteada se diferencia muy poco de la resuelta por la Resolución de 6 de julio de 1993. B) Que si se ha tenido en cuenta la situación procesal, pero de conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.365, 1.668 del Código Civil; 39.1.º, 51 (redacción conforme a la Ley de 8 de abril de 1967) 74 y 76 de la Compilación de Aragón; 6 a 12 y 116 y siguientes del Código de Comercio; 18 de la Ley Hipotecaria, 93 y 94 de su Reglamento; la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1983 y las Resoluciones de 29 de septiembre, 11 de octubre de 1983, 20 de marzo de 1986 y 6 de julio de 1993.

En el supuesto del presente recurso concurren los siguientes elementos definidores:

a) Con fecha 10 de octubre de 1998, se celebró un contrato de compraventa de inmuebles, formalizado en documento privado, entre una comunidad de bienes y el ahora recurrente. El bien vendido aparece inscrito en el Registro de la Propiedad por una tercera parte indivisa a favor de «don Luis Valles Arroyo y su esposa, doña Carmina Rodríguez Medel; de don Félix Valles Rodríguez, casado, y de don Julio Valles Rodríguez, soltero, teniendo carácter ganancial la cuota del primer matrimonio, y privativo la de los dos restantes».

b) Por sentencia firme dictada en juicio declarativo ordinario entablado por el comprador contra don Luis Valles Arroyo, don Félix Valles Rodríguez y don Julio Valles Rodríguez como únicos integrantes de la comunidad de bienes vendedora, se condena a los demandados a la formalización en escritura pública del referido contrato de compraventa. En el procedimiento seguido, don Luis Valles Arroyo alegó falta de litisconsorcio pasivo necesario al no haber sido demandada su esposa, dado el carácter ganancial de una tercera parte indivisa

del bien vendido, habiendo sido desestimada la excepción por cuanto «ha quedado acreditado que los tres demandados son los componentes de la comunidad de bienes demandada y que la compra de tercera parte indivisa de la finca con carácter ganancial por quien profesionalmente ejerce el peculiar comercio de compraventa posterior a la construcción de viviendas, no impide que pueda ser demandado con éxito el mismo comerciante con independencia de su condición de casado y del carácter ganancial del bien en cuestión. A este respecto es de recordar el artículo 6 del Código de Comercio y el párrafo 2.º del artículo 1.358 del Código Civil, de modo que cualquiera de los cónyuges está legitimado para verificar dicha defensa (la de los bienes comunes), por lo que es evidente que la relación jurídica procesal se encuentra bien constituida, ya que no se produce indefensión alguna del cónyuge, no expresamente demandado, cuya cualidad de propietaria de una mitad ganancial de una tercera parte indivisa no había expresado el demandado principal, que únicamente mencionó a la comunidad de bienes como propietaria de lo construido...»

c) La escritura de elevación a público del documento privado referido es otorgada por dos de los comuneros cuyas cuotas son privativas, y por el Juez en representación de tercero (el que había invocado la excepción referida). El Registrador suspende la inscripción por cuanto al figurar tercera parte de la finca con carácter ganancial de don Luis Valles Arroyo y su esposa, ésta no ha intervenido en el proceso.

No ha de discutirse ahora sobre la naturaleza jurídica de la denominada «comunidad de bienes» que aparece como sujeto vendedor en el documento privado de la compraventa, ni sobre la legitimación procesal pasiva en tales hipótesis (esto es, contra quienes ha de dirigirse la demanda cuando se pida judicialmente el cumplimiento de obligaciones asumidas por aquella comunidad). En el caso debatido, es lo cierto que el bien aparece inscrito en copropiedad ordinaria en los términos expuestos, y este pronunciamiento, que se presume exacto a todos los efectos legales (cfr. art. 38 de la Ley Hipotecaria), que está bajo la salvaguardia de los Tribunales, no pudiendo rectificarse sino con el consentimiento del titular o por resolución firme dictada en juicio declarativo entablado contra su titular (cfr. arts. 1 y 40 de la Ley Hipotecaria), y que vincula al Registrador en su labor calificadora (cfr. art. 18 de la Ley Hipotecaria), le impide, efectivamente, inscribir la venta del bien en cuanto a la tercera parte inscrita a favor de don Luis Valles Arroyo y su esposa, doña Carmina Rodríguez Medel con carácter ganancial, toda vez que la disposición de bienes comunes presupone el consentimiento de ambos cónyuges (cfr. art. 1.375 del Código Civil), y no consta en el caso debatido que haya mediado el de la esposa, ni aparece que haya sido parte en el procedimiento y condenada en la sentencia en cuya ejecución se otorga la escritura calificada.

2. No se revisa con ello (ni podría hacerse por el Registrador, dada la limitación de sus facultades calificadoras respecto de los documentos judiciales —vid. art. 100 del Reglamento Hipotecario—) la verdadera eficacia de la sentencia y de la consiguiente escritura pública, ni se menoscaba el deber de colaboración con la justicia que incumbe a toda persona o entidad pública o privada (art. 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Lo que ocurre es que esa actuación judicial encaminada a dar forma pública y efecto real a un consentimiento contractual anterior y resultante de un proceso entablado exclusivamente contra uno de los cónyuges, suplente ciertamente la conducta del cónyuge vendedor, pero sólo ésta y, dado que en materia de gananciales rige el principio de codisposición, ni la sola conducta de uno de los cónyuges, ni la decisión judi-

cial que la suple, basta para entender que es plenamente válida la enajenación del bien ganancial; lo contrario, sobre vulnerar la eficacia relativa de la cosa juzgada (cfr. art. 1.252 del Código Civil) y desconocer las facultades de codisposición que al cónyuge no demandado correspondían sobre los bienes en cuestión, implicaría su indefensión y el desconocimiento flagrante del principio constitucional del derecho a la tutela jurisdiccional de los propios derechos e intereses legítimos (art. 24 de la Constitución Española).

Cuestión distinta —que ahora no se prejuzga— sería que se acreditara fehacientemente o constara en el Registro, que la titularidad del bien no correspondiera en condominio ordinario a las personas indicadas, sino bajo una forma específica de comunidad sujeta a especiales disposiciones pactadas por los cotitulares (cfr. art. 392 del Código Civil), de las cuales resultare, a su vez, que los ahora demandados y codemandados tuvieran plenas facultades para su enajenación; mas no siendo esto así, no puede accederse a la práctica de la inscripción pretendida, so pretexto del deber de cumplir la sentencia recaída, y es que la proclamación judicial de cuál es la concreta forma de titularidad del bien discutido (y, consiguientemente, cuál su régimen jurídico específico) sólo puede obtener reconocimiento registral en la hipótesis en que el pronunciamiento tabular sea diferente, cuando en el procedimiento seguido han sido parte todos aquellos a los que el asiento eventualmente inexacto atribuye algún derecho; así lo imponen además de los principios registrales de legitimación, tracto y salvaguardia judicial de los asientos, el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos, con exclusión de la indefensión (cfr. art. 24 de la Constitución Española) y el alcance relativo de la eficacia de la cosa juzgada (cfr. art. 1.252 del Código Civil).

Por lo demás, la invocación del artículo 6 del Código de Comercio, no altera las anteriores consideraciones, pues, por una parte, no se ha acreditado que la cuota ganancial cuestionada haya sido adquirida en el ejercicio del comercio realizado por el cónyuge condenado —acreditación que se impone en función de los limitados medios con que ha de desenvolverse la calificación registral (cfr. arts. 3 y 18 de la Ley Hipotecaria)—, y, por otra, al no haber sido parte el cónyuge del demandado en el procedimiento seguido, la afirmación judicial de aquella circunstancia no podría ser eficaz contra él (cfr. art. 1.252 del Código Civil).

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar el auto apelado.

Madrid, 27 de noviembre de 1998.—El Director general, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

COMENTARIO

1. CONSIDERACIONES GENERALES

En ciertos sectores y en determinadas ocasiones, todavía no se comprende el verdadero sentido y alcance de la calificación registral, que no es sólo la que establece el artículo 18 LH, sino también los artículos 65, 66 y 99 de la propia Ley, así como sus concordantes del Reglamento Hipotecario.

Ello se debe, unas veces, a la especialización excesiva en una determinada rama jurídica de sus detractores, con desconocimiento de la materia registral. Otras veces, a un determinado corporativismo mal entendido, que lleva a ciertos grupos a limitar el control registral de legalidad. En fin, por qué no decirlo, en ocasiones se puede deber también a que no se explica suficientemente la función de la calificación registral, no sólo en los libros de Derecho Hipotecario, sino incluso en cierta práctica registral, cuando se devuelven documentos o se notifican calificaciones —eso sí, al amparo de los artículos 429 y 434 del Reglamento Hipotecario—, sin la razonada y detenida calificación registral que requerirían, sin necesidad de esperar al momento ulterior y decisivo de la nota de calificación a efectos de recurso, en lugar de prevenir éste con una explicación suficiente de las razones de la calificación registral.

No se puede olvidar tampoco la posición de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado, que, según las épocas y las resoluciones, no siempre entiende lo que es la función registral calificadora, tal como está prevista en el ordenamiento legal vigente.

Así las cosas, aparecen por doquier una serie de «tics» o «latiguillos» que pueden resumirse, más o menos, en las siguientes frases:

- La función de calificación registral es restringida o limitada.
- El Registrador de la Propiedad «no puede ir más allá». El famoso «más allá» de una lista interminable de resoluciones de la DGRN.
- El Registrador de la Propiedad no puede desobedecer o desvirtuar resoluciones judiciales, debiendo limitarse prácticamente a la calificación de los «obstáculos del Registro». Es el «canguis judicial», que es otro «latiguillo» y que no comparten los propios Jueces y Tribunales en aquellas materias en que se reconoce en dichos ámbitos que ha de actuar la calificación registral.
- El Registrador ha de inscribir, sin perjuicio de que luego pueda impugnarse la inscripción ante los Tribunales.
- La función jurisdiccional ha de ser respetada.
- Los documentos administrativos tienen presunción de legalidad.

Naturalmente, de aquí a la consideración del Registro de la Propiedad como mero Archivo o copia o transcripción de los documentos, para que éstos se conserven ordenados por titularidades, no hay más que un paso. O como Oficina suministradora de elementos de prioridad registral por FAX, con todo el cúmulo de dificultades por dicha actuación.

Toda la legislación hipotecaria podría quedar en letra muerta, y volveríamos a los albores de la legislación creadora del Registro de la Propiedad, con anterioridad a 1861, nada más que porque se carece de «memoria histórica» y de conocimientos suficientes de por qué se implantó la publicidad registral y las normas de la seguridad del tráfico siguiendo fundamentalmente el modelo germánico de los principios de legitimación y fe pública registral.

Hace ya algún tiempo que tuve la ocasión de ocuparme de la función registral y de la justificación de la misma dentro de un modelo de Registro germánico, que parte necesariamente de la legalidad de los actos y negocios y de la presunción de exactitud de los asientos registrales, que exige, dados los fuertes efectos que se atribuyen a los mismos por razones de seguridad jurídica inmobiliaria, un amplio control de legalidad por parte del Registrador de la Propiedad y de los órganos del recurso gubernativo (en el número conme-

morativo de los cincuenta años de la reforma hipotecaria de 1944, de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 625, noviembre-diciembre de 1994, págs. 239 a 309).

Pues bien, en medio de todos esos «latiguillos» y «tics» inconsecuentes y frívolos, aparece la excepcional Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de noviembre de 1998, que devuelve la función de control registral de legalidad a su verdadero sentido y alcance.

2. EL SUPUESTO DE HECHO DE LA RESOLUCIÓN

El supuesto de hecho de esta Resolución de 27 de noviembre de 1998 consiste en la pretendida inscripción de una escritura de elevación a público de un contrato privado de compraventa, en virtud de sentencia firme en que se condena a los tres vendedores —uno de ellos casado en régimen de gananciales, y los otros dos con inscripción de su parte como bien privativo— a elevar a público el citado documento privado.

Es de particular importancia que, según los autos, el demandado vendedor, casado en régimen de gananciales, había planteado la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, al no haber sido demandada su esposa, también titular registral, por razón de la ganancialidad del bien, y que el Juzgado había resuelto desestimar esa excepción por entender que cualquiera de los cónyuges está legitimado para verificar la defensa de los bienes comunes, por lo que era evidente que la relación jurídica procesal se encontraba bien constituida, no habiendo mencionado el demandado el carácter ganancial de la tercera parte indivisa, sino que únicamente mencionó que se trataba de una comunidad de bienes.

Pues bien, otorgada la citada escritura de elevación a público por dos de los demandados, y por el Juez en rebeldía del otro demandado que había alegado la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, y presentada en el Registro de la Propiedad, se suspendió la inscripción de la tercera parte indivisa de la finca por figurar inscrita con carácter ganancial a nombre del demandado y su esposa, no habiendo intervenido ésta en la escritura ni constando que haya dado su consentimiento, ni que haya sido representada por nadie, dado que el Magistrado-Juez comparecía en la escritura en representación del esposo.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha revoca la nota por entender que se trataba de un demandado comerciante, conforme al artículo 6 del Código de Comercio y 1.365.2 del Código Civil, y que al calificar la escritura se ha hecho abstracción de la situación procesal que genera.

3. DOCTRINA DE LA RESOLUCIÓN

La Dirección General de los Registros y del Notariado, en esta memorable Resolución de 27 de noviembre de 1998, confirma la nota calificadora por lo siguiente:

1.º) Porque, estando inscrita la tercera parte indivisa de la finca a nombre de uno de los demandados y de su esposa, como bien ganancial, el asiento

está bajo la salvaguardia de los Tribunales y no puede rectificarse sino con consentimiento del titular registral o por resolución firme dictada en juicio declarativo entablado contra su titular (arts. 1 y 40 de la Ley Hipotecaria).

2.º) Porque, estando inscrita la tercera parte indivisa como ganancial, la disposición de bienes comunes presupone el consentimiento de ambos cónyuges (art. 1.375 del Código Civil), y no consta en el caso debatido que haya mediado el de la esposa, ni aparece que haya sido parte en el procedimiento y condenada en la sentencia en cuya ejecución se otorga la escritura calificada.

3.º) Porque no se revisa con ello, ni podría hacerse por el Registrador, la verdadera eficacia de la sentencia y la consiguiente escritura pública, ni se menoscaba el deber de colaboración con la justicia, sino que la actuación judicial encaminada a dar forma pública y efecto real a un consentimiento contractual anterior, suple ciertamente la conducta del cónyuge vendedor, pero sólo ésta, y, dado que en materia de gananciales rige el principio de codisposición, ni la sola conducta de uno de los cónyuges, ni la decisión judicial que la suple, basta para entender que es plenamente válida la enajenación del bien ganancial, vulnerándose la eficacia relativa de la cosa juzgada (art. 1.252 del Código Civil) y produciéndose indefensión y el desconocimiento flagrante del principio constitucional del derecho a la tutela jurisdiccional de los propios derechos e intereses legítimos (art. 24 de la Constitución), al desconocerse las facultades de codisposición que al cónyuge no demandado correspondían.

4.º) Porque la invocación del artículo 6.º del Código de Comercio no altera las anteriores consideraciones, al no haberse acreditado que la cuota ganancial cuestionada haya sido adquirida en el ejercicio del comercio realizado por el cónyuge condenado —acreditación que se impone en función de los limitados medios con que ha de desenvolverse la calificación registral, cfr. arts. 3 y 18 de la Ley Hipotecaria—, y por otra parte, al no haber sido parte el cónyuge del demandado en el procedimiento seguido, por lo que la afirmación judicial de aquella circunstancia no podría ser eficaz contra él (art. 1.252 del Código Civil).

Excepcional resolución que aclara de una vez por todas, dos extremos fundamentales de la calificación registral:

1.º) La relación y diferencias entre la resolución judicial y la calificación registral.

2.º) El verdadero sentido de la famosa limitación de medios de la función registral calificadora, que no significa limitación del alcance de la misma.

4. LAS RELACIONES Y DIFERENCIAS ENTRE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL Y LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

Hemos visto que la resolución diferencia perfectamente entre la verdadera eficacia de la sentencia (cosa juzgada entre las partes que intervinieron) y la eficacia de los asientos respecto a los titulares registrales que no han sido parte en el pleito, y sólo pueden ser rectificadas mediante resolución judicial en que el titular registral haya sido parte.

Esto significa centrar adecuadamente la relación de ambas funciones, en lugar de plantearse una especie de «atemorización» siempre que aparezca un documento judicial como si el Registrador no tuviera encomendada por la Ley la función de calificación registral respecto a dichos documentos.

Hace ya mucho tiempo —pero se pierde la memoria histórica o se desconoce—, que don JERONIMO GONZALEZ Y MARTINEZ precisó algunos puntos importantes en esta relación de funciones, que es la que, debidamente desarrollada, da plena claridad y coherencia al sistema vigente.

Decía don JERONIMO GONZALEZ, aún reconociendo las dificultades del problema, que «no puede dejarse la extensión de un asiento y la marcha entera de la oficina a funcionarios que resuelven sobre cuestiones distintas y sin exacto conocimiento de los datos registrales».

Y añadía: «El problema de las relaciones entre las autoridades judiciales que deciden contradictoriamente inter-partes y los funcionarios encargados del Registro cuyas resoluciones producen efectos erga omnes es un caso particular del problema general planteado al determinar la influencia recíproca de las jurisdicciones contenciosa y voluntaria». «Dentro de su respectivo campo, el Registrador y el Juez son autónomos y en cierto modo soberanos, y el segundo no puede imponer la extensión de un asiento determinado, como el primero no puede alterar los pronunciamientos de un fallo» (Estudios de Derecho Hipotecario y Civil, I, 1948, pág. 440).

Esta es la vía adecuada para resolver los problemas de la calificación de los documentos judiciales, que acepta la resolución que se comenta, y que es la distinción entre partes y terceros.

La jurisdicción del Juez en la sentencia firme se refiere exclusivamente a las partes del proceso. La sentencia y las afirmaciones judiciales que constan en la misma sólo puede afectar a las partes. El principio de cosa juzgada y la relatividad de efectos de las sentencias judiciales constituyen el fundamento de esta limitación de efectos y de fuerza —ahora sí es adecuada la palabra «limitación», aplicada a las resoluciones judiciales—.

En cambio, respecto a terceros que no hayan intervenido en el pleito, la sentencia es *res inter alios*, y es aquí donde entra la actuación registral y la función del Registrador al calificar las sentencias y resoluciones judiciales. No se trata exclusivamente de meros obstáculos registrales, como a veces se les denomina, sino de todo tipo de declaraciones judiciales que afecten a titulares registrales, que sean terceros por no haber sido parte en el juicio. La única forma de que estos terceros queden afectados es demandándolos o anotando la demanda en el Registro, y en tal caso, la fuerza de la sentencia se extiende a terceros por razón de la anotación registral de la demanda.

Allí donde el Juez no puede llegar, a los terceros, es donde el Registrador tiene su función.

Es evidente que por aplicación de los principios de legitimación registral y de tracto sucesivo, el Registrador tiene un ámbito de actuación muy amplio en esta materia de protección a los titulares registrales que sean terceros respecto al pleito.

Pero la función registral no sólo se hace eficaz cuando una sentencia inter partes pretende afectar a terceros, sino también cuando cualquier actuación judicial pretende igualmente afectar a terceros que no hayan sido parte en el procedimiento.

Conviene aquí recordar los innumerables procedimientos existentes, hasta la fecha, en la Ley Hipotecaria, porque son procedimientos hipotecarios,

aunque los tramite un órgano judicial, en que se hacen notificaciones a terceros que no son parte en el pleito porque así lo exige la propia legislación hipotecaria. Recuérdense las notificaciones a terceros poseedores y titulares de derechos reales y cargas posteriores a la hipoteca objeto de realización de valor en una subasta judicial o notarial. Las notificaciones a dichos terceros han de ser objeto de calificación registral por los Registradores, porque son terceros ajenos al procedimiento, cuyos derechos no pueden ser cancelados si no son notificados. Y no cabe hablar de nulidad de actuaciones, como a veces se pretende en sustitución de la función registral, sencillamente porque si no son notificados, no podrán nunca ejercitar la acción de nulidad de actuaciones, y aparecerán terceros protegidos por la fe pública registral que harían inviable el ejercicio de esa acción de nulidad.

Y no digamos nada de aquellos expedientes, como el de dominio en sus diferentes modalidades, en que la base principal de configuración de un título inscribible no es exclusivamente una decisión judicial sobre el fondo, sino un cúmulo de notificaciones y de publicidad, sean o no dirigidos a titulares registrales, en que la «ratio» de la consideración de título inscribible y de cancelación es el cumplimiento estricto de las formalidades seguidas. No se trata de función jurisdiccional propiamente dicha, sino de función de garantía de derechos, que puede ser perfectamente revisada en el ámbito registral de la jurisdicción voluntaria, sin perjuicio de que luego, en el ámbito contencioso, y entre partes conocidas y determinadas, impere, en definitiva, la decisión judicial.

Y en fin, por no alargar más este comentario, no digamos nada de las famosas consignaciones en procedimientos de realización de valor o de apremio a favor de los titulares registrales posteriores, cuyos titulares no son parte en esos procedimientos, sino únicamente notificados para que puedan intervenir en el avalúo y en la subasta, pero no para que hagan valer su derecho al sobrante.

Esos titulares posteriores son terceros respecto al procedimiento en que recae la decisión judicial. Por eso, el Juez del procedimiento, una vez dictada la resolución judicial que proceda dentro del ámbito de sus competencias, respecto a las partes que han intervenido en el mismo, tiene la obligación de consignar el sobrante, teniendo en cuenta los datos registrales, a favor de quien corresponda, sin que pueda de oficio e «inaudita parte» decidir a quién ha de entregarse el sobrante. Es discutible si puede el Juez decidir en ese trámite a quién debe entregar el sobrante, pero, en cualquier caso, en el supuesto de que se entendiera que sí, lo único que podría hacer es notificar el trámite a todos los titulares registrales, según la certificación registral correspondiente, y entregarlo, en principio, según el orden de la prioridad registral, mientras no se desvirtúe el orden de asientos respectivos por resolución judicial.

Por eso, no se explica de ningún modo, la Resolución DGRN de 25 de marzo de 1998, frente a la impecable Resolución de 27 de julio de 1988. Ni se explica tampoco la interpretación que del artículo 1.520 LEC hace la Resolución DGRN de 21 de noviembre de 1991, que no comprende bien lo que significa la anotación de embargo, ni su repercusión en el proceso y en el tráfico jurídico inmobiliario, y que actualmente, por fortuna, y salvo que vuelva a revivir, podría considerarse superada por la reforma de la LEC por Ley 10/1992, de 30 de abril, de los artículos 1.512 y 1.518 LEC, cuya finalidad, según su Exposición de Motivos, es «adaptar los correspondientes preceptos

de la Ley de Enjuiciamiento Civil a lo dispuesto en la legislación hipotecaria», y no a la inversa, como pretendía dicha resolución.

Además, dicha Resolución de 21 de noviembre de 1991 interpretó el artículo 1.520 LEC no sólo en contra de lo dispuesto en la propia Ley Hipotecaria, sino en contra de la LEC. Actualmente, los preceptos a tener en cuenta, para interpretar adecuadamente dicho artículo 1.520 LEC, son los artículos 1.453 LEC y sus concordantes de la legislación hipotecaria a los que se remite, y los artículos 1.512 y 1.518 LEC, que son los que se refieren propiamente a los gravámenes, al sobrante y a la cancelación de asientos posteriores.

No se comprende que la finalidad del artículo 1.520 LEC, una vez que está resuelto por los artículos 1.512 y 1.518 LEC que el sobrante del gravamen ha de consignarse a favor de titulares posteriores es, por una parte, destacar que al crédito van unidos los intereses y las costas de ejecución, porque no lo dice ningún otro precepto, pero sin interferir en la necesidad, respecto a terceros, de que se respeten los topes de responsabilidad de la anotación de embargo, conforme a la norma de remisión del artículo 1.453 LEC; y por otra parte, evitar que se entorpezca la ejecución judicial por alegaciones de preferencia de créditos que no sean por la vía de tercera de mejor derecho. Pero sin que esa tercera afecte tampoco a otros terceros. Así, por ejemplo, si existen tres anotaciones, A, B y C, y en el procedimiento de la anotación A interpone tercera de mejor derecho el de la anotación C, y vence, eso no significa que el titular de esa anotación C pase por delante de la anotación B. Por tal razón, la sentencia de tercera de mejor derecho, aunque fuese firme, no se podría inscribir en el Registro, porque podría dar la sensación de que se prescinde del orden de prioridad de los asientos más allá de lo que resulta de una tercera entre partes.

La solución a este caso es precisamente la resultante de la calificación registral por el Registrador de los documentos judiciales. En primer lugar, ya hemos visto que no sería inscribible la sentencia de tercera de mejor derecho. Y en segundo lugar, al determinar el sobrante de la anotación letra A, el Juez no podría prescindir del tope de responsabilidades de la finca por esa anotación letra A. Y así, el importe de la subasta tendría que entregarlo, en primer lugar, al titular de la anotación letra C, que venció en la tercera. Seguidamente, el resto hasta completar la cuantía de responsabilidades de esa anotación letra A, correspondería al titular de dicha anotación letra A. Pero el sobrante restante habría de corresponder al titular de la anotación B, que tiene su rango protegido por el Registro, y es función del Registrador denegar la cancelación de su anotación, si no se ha tenido en cuenta el tope de responsabilidades resultantes del propio Registro.

Todas estas cuestiones afectantes a terceros y a los asientos registrales, y otras muchas más en las que ahora no se entra, que van más allá de la verdadera eficacia de la sentencia judicial entre partes y del juicio contencioso propiamente dicho, deben ser objeto de calificación registral, tal como entiende, acertadamente, la presente resolución que se comenta.

Por tanto, hay un problema de recíprocas limitaciones de las funciones judicial y registral, y no sólo de esta última. La función jurisdiccional tiene limitada su eficacia a las relaciones entre las partes del proceso. Y la función registral pretende proteger todo el mundo de los terceros ajenos al proceso, pero que pretenden ser afectados por él. Y tiene además la función de que se cumplan todos los requisitos previstos en la legislación hipotecaria para la práctica de los asientos y para la cancelación de los mismos, pues como dice

el artículo 99 de la Ley Hipotecaria, sin limitarse a la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos, «los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de los documentos en cuya virtud se soliciten las cancelaciones...»

5. LA AMPLITUD DE LA FUNCIÓN REGISTRAL CALIFICADORA PRECISAMENTE POR LA LIMITACIÓN DE MEDIOS CON QUE CUENTA

La resolución que se comenta no sólo contiene una doctrina impecable sobre las relaciones entre la función jurisdiccional y la registral, sino que matiza, adecuadamente —lo que no suele ser frecuente— el verdadero alcance de la calificación registral, a pesar de que el ámbito de la misma sean los documentos presentados y los asientos del Registro.

Otras resoluciones «miopes» han visto aquí un limitado alcance de la función registral. En cambio, esta resolución sienta la doctrina contraria, y paradójicamente, pero con todo acierto, señala que precisamente por existir medios limitados que consisten en los documentos presentados y en los asientos del Registro, hay que hacer las acreditaciones oportunas al Registrador, y no al contrario.

Así, la resolución advierte que habría de acreditarse que la cuota que consta inscrita como ganancial ha sido adquirida en el ejercicio del comercio, «acreditación que se impone en función de los limitados medios con que ha de desenvolverse la calificación registral (cfr. arts. 3 y 18 LH)».

Frente a los que conceptúan el Registro como un mero Archivo de documentos públicos ordenados por fincas, suministrador de pura prioridad registral por FAX, conviene recordar también que esos documentos públicos no tendrían los fuertes efectos que les concede la legislación hipotecaria si no es a través de los principios de legitimación, inoponibilidad, fe pública, usucapión *secundum tabulas*, limitación de la usucapión contra tabulas, cierre registral del tracto sucesivo, prioridad registral. Efectos que no sólo resultan de la propia legislación hipotecaria, sino del Código Civil, como primer Cuerpo sustantivo, fundamentalmente en los artículos 606, 608, 1.473.2.º, 1.537, 1.880, y también, entre otros, en el artículo 1.526 del Código Civil, referido no sólo a la cesión de créditos, sino también a la cesión de derechos y acciones. Dicho artículo 1.526 del Código Civil distingue perfectamente la eficacia de las escrituras y documentos privados, cuando no están inscritos, por un lado; y cuando, afectando a un inmueble, se inscriben, por otro. Y si bien, cuando no se trata de bienes inmuebles, se remite a los artículos 1.218 y 1.227 del Código Civil (terceros sobre bienes muebles), cuando se trate de inmuebles, los efectos de la cesión respecto a tercero no son sino «desde la fecha de su inscripción en el Registro». Con lo cual, el precepto no hace más que aplicar el artículo 606 y sus concordantes del propio Código Civil y de la Ley Hipotecaria, pero es un precepto que contempla paralelamente los terceros de los artículos 1.218 y 1.227 del Código Civil, respecto a bienes muebles, y los terceros inscritos, respecto a bienes inmuebles.

Por eso y por la limitación de medios (documentos presentados y asientos del Registro), la calificación es muy amplia, es decir, en el procedimiento registral han de acreditarse debidamente los supuestos inscribibles conforme al artículo 3 LH, y no al contrario, como si se pretendiera que podría practicarse una inscripción dejándola abierta para su impugnación en la vía judi-

cial, contra la función cautelar o preventiva del Registro y de la seguridad del tráfico.

La inscripción se debe regir por el lema de dejar cerrada la posibilidad de impugnación, en la medida de lo posible. La razón es que los efectos de la inscripción en un sistema procedente del germánico, son muy fuertes, y una de dos, o se sigue un sistema abstracto, como el alemán, en que no se permiten impugnaciones fuera de los consentimientos formales, o se sigue un sistema causal como el nuestro, pero entonces han de sujetarse bien todos los supuestos de anulación o nulidad, evitando que se produzcan.

Y respecto a que con ello pueden revisarse actuaciones notariales, quien así lo afirme desconoce que la calificación registral no es sólo la del Registrador correspondiente, sino que la calificación registral se integra por un conjunto de órganos, que son, el Registrador, el Presidente del Tribunal Superior de Justicia y la Dirección General de los Registros y del Notariado. Las decisiones del Notario han de ser controladas por razones de legalidad por ese conjunto de órganos, y no puede escamotarse el filtro de legalidad del documento notarial, lo mismo que el del documento administrativo o el judicial (este último en los términos indicados en el punto anterior), cuando de lo que se trata es de obtener la plena seguridad respecto a terceros, de que dicho documento cumple la legalidad más absoluta, pues en otro caso, no se justificarían los principios de legitimación, prioridad, inoponibilidad, fe pública registral, usucapión *secundum tabulas* y limitación de la usucapión contra tabulas.

La inadvertencia que se puede producir en este punto es creer o insistir en que se enfrentan dos funcionarios de similar preparación, olvidando que eso no tiene nada que ver y, además, es de toda evidencia. Lo que interesa es destacar las distintas funciones de uno y otro funcionario, y la distinta organización de los sistemas notarial y registral, como dos columnas fundamentales de la seguridad jurídica, pero muy diferentes en su actuación. El Notario debe preparar el documento teniendo en cuenta la voluntad de los interesados, pero dando forma al negocio conforme a la legalidad; y el Registrador es el funcionario de control de la legalidad para que el documento se pueda acoger al asiento registral dándole publicidad y plenos efectos respecto a tercero. Pero no se trata sólo de un control de legalidad del Registrador —y aquí se dan muchas confusiones—, sino que la función registral se integra, en la legislación hipotecaria, dentro del conjunto de órganos de control que son también el Presidente del Tribunal Superior de Justicia y la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Cualquier limitación que se pretenda respecto al conocimiento por parte del Registrador acerca de la legalidad de documentos notariales o de otra clase, sería un límite para el conocimiento de la legalidad por parte del Presidente del Tribunal Superior de Justicia y de la Dirección General de los Registros y del Notariado y ello sería inadmisibles, pues la escritura pública y los demás documentos públicos obtienen, a través de la inscripción, los efectos fundamentales respecto a terceros anteriormente señalados, cuales son la legitimación, la prioridad, la fe pública, etc., todo lo cual exige la revisión de la frase tan discutida de JERONIMO GONZALEZ que decía que la calificación registral se extiende «a todo lo divino y lo humano». Con ello se quiere significar que se extiende a todos los extremos del documento y a todos los rincones de lo resultante del Registro, y además, a todos los preceptos legales que puedan afectar a la validez y eficacia del negocio jurídico realizado (negocios nulos, anulables o incompletos), para que no quede sombra en el

ámbito extrajudicial de sus plenos efectos. Y no se quiere convertir al Registrador en algo extravagante, sino que lo que se pretende es que el conjunto de órganos de la calificación registral y del recurso gubernativo, y no ya solamente el Registrador, puedan revisar la legalidad de la actuación de los funcionarios que autorizan o expiden documentos inscribibles, en beneficio de los sistemas notarial y registral y de la legalidad que debe presidir toda actuación, así como de la protección de terceros, y en beneficio, incluso, de la superación de las diferencias de criterio lógicas que pueden existir entre los distintos Notarios.

Se comete un lamentable error, de gravísimas consecuencias respecto a la interpretación de la Ley, cuando se pretende extraer de la referencia a los documentos presentados y a los asientos del Registro en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, que la calificación registral es limitada.

Esa doble referencia en el artículo 18 LH significa simplemente la proyección de lo dispuesto en el artículo 3 LH, sobre titulación auténtica, a la calificación registral, en el sentido de que el Registrador no puede tener en cuenta noticias, testigos o informaciones ajenas a los documentos y a los asientos del Registro, sino que ha de atenerse a la documentación auténtica que se le presenta a inscripción y a los asientos registrales, que también tienen el carácter de documentación auténtica.

El Juez tampoco puede tener en cuenta noticias ajenas al pleito, y no por eso se dice y repite que la función del Juez es limitada, ni se deducen consecuencias sobre el ámbito de dicha función jurisdiccional.

Y la prueba del grave error que se comete cuando se repite hasta la saciedad que el Registrador cuenta con limitación de medios de calificación pretendiendo extraer de esta idea un resultado de calificación limitada, es que no hay tal limitación desde el momento en que es la propia legislación hipotecaria la que exige una multiplicidad de requisitos y especificaciones a los títulos inscribibles y a los asientos del Registro, con lo que sería un círculo vicioso aludir al ámbito limitado de la calificación, cuando en el sistema hipotecario español, a diferencia de los sistemas abstractos, los títulos y los asientos han de contener un contenido y unos requisitos muy amplios en beneficio de la legalidad y de la publicidad registral, que son precisamente los que la Ley exige que califique el Registrador. Y por eso, se exige que el título inscribible, sea notarial, judicial o administrativo tenga un contenido predeterminado por la legislación hipotecaria y muy amplio, sin que pueda plantearse la cuestión a la inversa, diciendo que, como la calificación es limitada, el Registrador no puede exigir que consten los requisitos que debe tener todo título inscribible. La inversión de conceptos es evidente y de funestas consecuencias para el principio de legalidad y para la publicidad registral.

Están en juego todos esos principios hipotecarios. Así, ¿qué sentido tiene el principio de legitimación registral, con su presunción de exactitud y salvaguardia judicial de los asientos, reconocida postconstitucionalmente en el artículo 253.1 LH, redactado por Ley de 7 de abril de 1998, si no va precedido de un control de legalidad de los documentos que han de acceder al Registro por parte de los órganos imparciales y especializados en materia registral? ¿Qué sentido tiene la posición inatacable del tercero del artículo 34 LH, si los asientos del Registro no se fundan en la más completa legalidad? ¿Qué sentido tienen los demás efectos que la legislación hipotecaria asigna a los asientos registrales por razones de seguridad jurídica del tráfico más allá de los efectos que tienen los documentos en sí mismos considerados?

La contestación a todas estas preguntas sólo puede hacerse de una manera, y es repitiendo hasta la saciedad «control de legalidad», «control de legalidad», «control de legalidad», y en definitiva, «respeto al Parlamento».

Se tratan, ciertamente, de unos comentarios «a vuela pluma» sobre la Resolución de 27 de noviembre de 1998, con la urgencia del que pretende transmitir su propia opinión sobre un tema trascendental para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, porque entiende que esta resolución, a diferencia de otras, está en la línea más adecuada y conforme con la legislación hipotecaria, y con los efectos que la misma asigna a la inscripción en beneficio de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario. No obstante, tiempo habrá de seguir comentando el tema.

J. M. G. G.

FINCAS PROCEDENTES DEL INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZACION.— LA TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD DE LAS FINCAS PROCEDENTES DE COLONIZACION AL CONCESIONARIO POR HABER ESTE PAGADO TODAS SUS OBLIGACIONES NO ES UNA VENTA PARA LA QUE LA ADMINISTRACION HAYA DE CONVOCAR SUBASTA PUBLICA, PUES NO SE RIGE POR LA LEY DE PATRIMONIO, SINO POR EL ESPECIFICO ARTICULO 34 DE LA LEY DE REFORMA Y DESARROLLO AGRARIO. (RESOLUCIÓN DE 22 DE DICIEMBRE DE 1998. BOE DE 23 DE ENERO DE 1999.)

Hechos.—I. El 8 de febrero de 1995, mediante escritura pública otorgada ante el Notario de Burgos don Juan José Fernández Sáiz, el Jefe de Servicio Territorial de Agricultura y Ganadería en la Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León en Burgos, en el ejercicio de su cargo, en nombre de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, vendió a don Francisco Sanz Sanz ocho fincas rústicas y una urbana. Y por escritura pública otorgada el 9 de mayo de 1995, ante el Notario de Burgos don Manuel Hurle González, el Jefe del Servicio Territorial referido, en representación de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, vendió a don Severino Gil Aparicio dos fincas rústicas y una urbana. En las referidas escrituras se expone que las fincas vendidas pertenecen a la Comunidad Autónoma de Castilla y León por el traspaso hecho por el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario (IRYDA), en virtud de acta de fecha 14 de noviembre de 1988 y forman los lotes número 23 y número 76, respectivamente, de la finca «La Vid y Guma» y que la transmisión se realiza en virtud de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, de 12 de enero de 1973.

II. Presentadas copias de las citadas escrituras en el Registro de la Propiedad de Aranda de Duero fueron calificadas respectivamente con notas de 29 de mayo y 14 de junio de 1995, del siguiente tenor literal: «Denegada la inscripción del precedente documento por adolecer de los siguientes defectos: 1.º Haber sido realizada la venta sin el previo acuerdo del Consejero de Economía y Hacienda que exige el artículo 54 de la Ley de Patrimonio de Castilla y León. 2.º La enajenación debe hacerse mediante pública subasta, salvo acuerdo del Consejero de Economía y Hacienda en los términos del artículo 55 de la Ley de Patrimonio de Castilla y León». Vueltas a presentar fueron

objeto de la siguiente calificación: «Nuevamente presentado el precedente documento, acompañado de informe de la Asesoría Jurídica de la Consejería de Agricultura y Ganadería, se reitera la nota de denegación anterior, de fecha (29 de mayo y 14 de junio de 1995), en todas sus partes. Aranda de Duero a 5 de diciembre de 1995.—El Registrador.—Firma ilegible».

III. El Consejero de Agricultura y Ganadería de la Junta de Castilla y León interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: 1.º Que las viviendas y fincas que integran los lotes números 23 y 76 las recibió la Comunidad Autónoma de Castilla y León como transferencia procedente del IRYDA, que, a su vez, las había recibido del antiguo Instituto Nacional de Colonización, con la exigencia de devolverlas al tráfico jurídico, de conformidad con lo que visto en el Real Decreto-ley de 7 de enero de 1927. Que la necesidad de otorgar ahora la escritura pública de compraventa proviene de la adjudicación que hizo en su día el Instituto Nacional de Colonización de unos lotes a unos concesionarios que han terminado de arreglar sus cuentas con la Administración. Que el otorgamiento de dichas escrituras públicas fue autorizado por Resolución de la Dirección General de Estructuras Agrarias, de fecha 21 de octubre de 1994. 2.º Que respecto a la competencia de la Consejería de Agricultura y Ganadería para autorizar y formalizar la transmisión de inmuebles adquiridos por el Instituto Nacional de Colonización y posteriormente transferidos a la Comunidad Autónoma, hay que citar la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (texto refundido aprobado por Decreto 118/1973, de 12 de enero), el Estatuto de Autonomía, aprobado por Real Decreto 1843/1985, de 11 de septiembre, que enumera entre las funciones de la Administración del Estado que asume la Comunidad Autónoma dichas transmisiones (anexo IB), que se encuentran atribuidas a la Consejería de Agricultura y Ganadería, que las ejerce a través de la Dirección General de Estructura Orgánica 35/1992, de 5 de marzo. 3.º Que por lo que se refiere en concreto a la competencia para autorizar y formalizar las transmisiones de inmuebles adquiridos en el ejercicio de las competencias y funciones antes expresadas, el propio artículo 85 de la Ley de Patrimonio del Estado exceptuaba de la regla general de integración en dicho patrimonio de los bienes inmuebles propiedad de los organismos autónomos (y el IRYDA lo era) que, en consecuencia podrán ser enajenados por dichos organismos. En este mismo sentido se expresa la Disposición Adicional primera de la Ley 6/1987, de 7 de mayo, de Patrimonio de la Comunidad de Castilla y León, y, concretando más, la Ley 4/1995, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Castilla y León para 1996, en su Disposición Adicional decimocuarta, modifica el párrafo primero de la Disposición Adicional primera antes citada, en cuya virtud las competencias que la mencionada Ley 6/1987 reconoce a la Consejería de Economía y Hacienda para la enajenación de inmuebles en los artículos 54 y 55 de la misma, pueden ser ejercidas por la Consejería de Agricultura y Ganadería, siempre que se den los requisitos que la Disposición Adicional recoge. Que sentada dicha competencia de la Consejería de Agricultura y Ganadería, que se ejerce a través de la Dirección General de Estructuras Agrarias, según el Decreto 35/1992. Por Decreto 117/1989, de 8 de junio, por el que se amplía la desconcentración de atribuciones de la Consejería de Agricultura y Ganadería en los delegados territoriales de la Junta de Castilla y León realizada por Decreto anterior 262/1988, de 29 de diciembre, corresponde a los delegados territoriales la competencia que se discute en este recurso que ha sido delegada a los Jefes de Servicios Territoriales de Agricul-

tura y Ganadería (art. 2.º del Decreto 117/1989), por Resoluciones de las respectivas Delegaciones Territoriales de 13 de noviembre de 1989. 4.º Que, en conclusión, la Dirección General de Estructuras Agrarias es competente para autorizar las transmisiones de inmuebles adquiridos por el Instituto Nacional de Colonización y ahora transferidos a la Comunidad Autónoma, al entender incluida esta función en virtud del Decreto sobre Estructura Orgánica de la Consejería de Agricultura y Ganadería 35/1992, de 5 de marzo. Que la formalización de la transmisión corresponde al Jefe del Servicio Territorial de Agricultura y Ganadería en virtud de las normas legales antes mencionadas.

IV. El Registrador, en defensa de su nota, informó: 1. Que en el recurso no se contiene argumento alguno en contra del segundo defecto de ambas notas, resultando que sólo es objeto del recurso el primer defecto. 2. Que, en primer lugar, es preciso delimitar cuál es la normativa aplicable en el momento del otorgamiento de los documentos calificados (el 8 de febrero y el 9 de mayo de 1995). A) Aplicabilidad exclusiva de la normativa autonómica. Que el recurrente emplea como argumento la regulación estatal, lo cual debe ser rechazado: a) Que la norma aplicable en materia de concentración parcelaria es la Ley 14/1990, de Concentración Parcelaria de Castilla y León, y no la normativa estatal; b) que lo que se discuten son las facultades de la Consejería en materia de enajenación de bienes inmuebles que son propiedad de la Comunidad Autónoma; c) que una cosa es que la Dirección General de Estructuras Agrarias actual pueda tener funciones similares al antiguo Instituto Nacional de Colonización y de Reforma y Desarrollo Agrario, y otra cosa distinta es que gocen de iguales facultades, en orden a la transmisión de bienes inmuebles que dicho Instituto. Que hay que decir que la normativa aplicable es la Ley 6/1987. B) Delimitación temporal de la normativa aplicable. Que lo que hay que enjuiciar es la validez de los actos otorgados los días 8 de febrero y 9 de mayo de 1995 por simple aplicación de lo que disponen los artículos 1.218 y 2.3, párrafo 1.º, del Código Civil. Que, por último, la Disposición Final tercera de la Ley 4/1995, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, dispone que dicha Ley entrará en vigor el día 1 de enero de 1996. Que el juicio en cuanto a lo expuesto debe ser si en el momento de otorgamiento de los documentos era o no precisa la intervención de la Consejería de Economía y Hacienda, atendiendo a la específica regulación autonómica en esta materia. 3. La competencia para enajenar bienes inmuebles. Que la regulación vigente en 1995 de la transmisión de los bienes inmuebles pertenecientes al patrimonio de la Comunidad Autónoma de Castilla y León estaba contenida en los artículos 52 y siguientes de la Ley del Patrimonio de Castilla y León. 1.º Principio básico de dicha Ley es la exclusividad del Consejero de Economía y Hacienda (arts. 26, 33). 2.º Que para la enajenación de bienes inmuebles, son tres los requisitos: A) Declaración de alienabilidad (art. 52). B) Acuerdo de enajenación (art. 54). C) Enajenación en pública subasta (art. 55). 3.º La Disposición Adicional primera. Que la razón de ser de esta disposición es la de ser una excepción para supuestos tasados, a la competencia para adquirir que marcan los artículos 40 a 42 de la Ley, que reservan la competencia al Consejero de Economía y Hacienda. Que lo curioso es que a partir de una excepción al régimen de las adquisiciones se pretende que si se puede comprar también se podrá vender. No tiene que ver una cosa con otra, y las excepciones deben interpretarse restrictivamente. Que para terminar demuestran que, efectivamente, en 1995 sólo tenía competencias en este campo, de la transmisión de bienes inmuebles, el Con-

sejero de Economía y Hacienda: a) El Decreto 99/1995, de 25 de mayo, de la Junta de Castilla y León; y b) la propia modificación de la Disposición Adicional primera de la Ley por Ley 4/1995, concediendo a partir del 1 de enero de 1996 la facultad de enajenar a consejeros distintos al de Economía y Hacienda. Que como conclusión, resulta claro que en la fecha de los documentos sólo tenía facultades para la enajenación el Consejero de Economía y Hacienda; por lo tanto, el acuerdo de venta ha sido adoptado por un órgano incompetente siendo nulo, y por ello adolecerán del mismo vicio todas las actuaciones posteriores, como la escritura pública de venta.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León revocó la nota del Registrador fundándose en que en virtud de elementos de economía procesal y de pura lógica no tendría sentido denegar las inscripciones, cuando esos mismos documentos fechados y presentados al Registro después de la entrada en vigor de la Ley 4/1995, de 28 de diciembre, hubiera provocado calificación distinta; y en que del literal contenido de ambas escrituras se deduce que quien las otorga no es ninguna Consejería, sino la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

VI. El Registrador apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que no se puede pensar en que los documentos objeto de calificación, otorgados en 1995, pudieran ser «fechados» en otro momento. Que en este caso no tiene aplicación el principio de economía procesal. Que una Comunidad Autónoma tenga facultades para vender sus bienes no puede querer decir que las enajenaciones no deban sujetarse al principio de legalidad, o sea, los requisitos a cumplir para enajenar los bienes válidamente. Que cuál sea el órgano de la Administración autonómica competente para acordar y autorizar las enajenaciones de los bienes de la Comunidad Autónoma es algo que viene regulado por la Ley (art. 6 de la Ley de Patrimonio de Castilla y León).

Fundamentos de derecho.—Vistos el artículo 34 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, de 12 de enero de 1973, el artículo 117 del Reglamento Hipotecario y el Real Decreto 1843/1985, de 11 de septiembre, de ampliación del traspaso de funciones y servicios del Estado en materia de reforma y desarrollo agrario y valoración definitiva de su coste efectivo.

1. El presente recurso tiene por objeto dos notas de calificación idénticas, puestas en sendas escrituras, de contenido también prácticamente idéntico, salvo por lo que se refiere a la persona del adquirente, las fincas que son objeto de transferencia y el precio que se dice satisfecho por ellas. La regulación del recurso gubernativo exige que exista un solo recurso por cada nota de calificación sin que, en principio, sea posible recurrir al tiempo dos o más notas puestas sobre otros tantos documentos presentados a inscripción. Sin embargo, tal hecho no puede implicar que todo el procedimiento deba retrotraerse a su inicial momento, una vez que, tanto el Registrador como el recurrente y como el Presidente del Tribunal Superior de Justicia han considerado que las alegaciones de unos y los fundamentos del otro son perfectamente aplicables a los dos casos en cuestión. En consecuencia, los fundamentos que sirvan para resolver el presente recurso son perfectamente aplicables a los dos casos y así han de entenderse.

2. El supuesto de hecho que se plantea en ambos documentos es el siguiente: El Jefe del Servicio Territorial de Agricultura y Ganadería de la Comunidad Autónoma de Castilla y León otorga escrituras de compraventa en

los siguientes términos: *a)* junto al Jefe del Servicio Territorial comparece un particular que se dice lo hace en su propio nombre y derecho como concesionario de un determinado lote de tierras; *b)* se dice, igualmente, que la Comunidad Autónoma es propietaria de una serie de fincas que pertenecen a la Comunidad Autónoma de Castilla y León «por el traspaso hecho por el Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario»; *c)* se incorpora al documento la autorización del Director general de Estructuras Agrarias de la Consejería de Agricultura y Ganadería de la Junta de Castilla y León en la que se dice que, vista la solicitud del particular y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, se resuelve conceder autorización para el otorgamiento de la escritura pública correspondiente al lote de tierras en cuestión; *d)* se termina diciendo que la Comunidad Autónoma de Castilla y León vende y transmite al particular, que compra y adquiere el pleno dominio de las fincas que integran el lote de tierras indicado y que el precio de la venta fue establecido en tantas pesetas y ya ha sido satisfecho por la parte compradora con anterioridad a ese acto. El Registrador deniega la inscripción de la escritura por apreciar en ella dos defectos: 1.º Haber sido realizada la venta sin el previo acuerdo del Consejero de Economía y Hacienda que exige el artículo 54 de la Ley de Patrimonio de Castilla y León; 2.º la enajenación debe hacerse mediante pública subasta, salvo acuerdo del Consejero de Economía y Hacienda, en los términos del artículo 55 de la Ley de Patrimonio de Castilla y León.

3. Dos consideraciones iniciales deben hacerse para la correcta resolución del presente recurso: primera, la transmisión se realiza al amparo del artículo 34 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario que ordena al Instituto otorgar escritura pública de transferencia de la propiedad de los inmuebles objeto de concesión cuando el concesionario haya cumplido determinados requisitos; segunda, el Real Decreto 1843/1985, de 11 de septiembre, transfiere a la Comunidad Autónoma de Castilla y León, entre otras, las funciones que encomiendan, explícita o implícitamente, al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación y al Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario, entre otras, la Ley de 12 de enero de 1973, de Reforma y Desarrollo Agrario. A la vista de estas consideraciones debe plantearse si la Comunidad Autónoma comparece en la escritura ejercitando las funciones del Instituto que le han sido traspasadas. La respuesta no puede ser más que afirmativa. Es claro que se está realizando la transferencia de la propiedad prevista en el artículo 34 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, pues el particular comparece como concesionario de un lote de tierras, las fincas pertenecen a la Comunidad por el traspaso realizado por el Instituto y forman parte del lote concedido y se hace referencia expresa, en la autorización de la Dirección General de Estructuras Agrarias, a que la misma se concede en virtud de solicitud hecha al amparo del citado artículo 34.

4. En las escrituras calificadas es pues patente que no se trata de una ordinaria compraventa de cualesquiera bienes de la Comunidad Autónoma a favor de un particular cualquiera por un precio arbitrariamente determinado, lo que exigiría la aplicación de las normas que rigen el patrimonio de la Comunidad Autónoma, sino de la transferencia de la propiedad a la que la Comunidad Autónoma está obligada por el hecho de haber cumplido el concesionario los requisitos que la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario establece. A la vista de ello podría discutirse si está o no suficientemente acreditado que tales requisitos han sido cumplidos; si el modo en que se ha exteriorizado la

voluntad de transferir por parte de la Comunidad Autónoma es o no suficiente a la vista de las normas que son aplicables al caso; o si es o no la compraventa el título idóneo para hacer la transferencia de propiedad que el artículo 34 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario ordena. Nada de esto se plantea en las notas de calificación del Registrador y, por ello, no pueden ser objeto del recurso (cfr. art. 117 del Reglamento Hipotecario). Ahora bien, el hecho de que los documentos se autocalifiquen de compraventas no autoriza al Registrador a tratar los títulos como ventas ordinarias de bienes de la Comunidad Autónoma cuando de los mismos resulta paladinamente claro que se trata de sendas transferencias de la propiedad de las que se encuentran previstas en el tan citado artículo 34 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado que ha de ser desestimado el recurso, revocada la nota del Registrador y confirmado el auto apelado en los términos que resulta de los fundamentos anteriores.

Madrid, 22 de diciembre de 1998.—El Director general, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

COMENTARIO

El órgano competente de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, en virtud del traspaso de funciones del extinguido Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario, «vendió» determinadas fincas a los respectivos «colonos» que habían cumplido sus obligaciones, de acuerdo con lo establecido en el artículo 34 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973.

Las escrituras fueron denegadas en el Registro de la Propiedad de Aranda de Duero por adolecer de los siguientes defectos: 1.º Haber sido realizada la venta sin el previo acuerdo del Consejero de Economía y Hacienda que exige el artículo 54 de la Ley de Patrimonio de Castilla y León. 2.º La enajenación debe hacerse mediante pública subasta, salvo acuerdo del Consejero de Economía y Hacienda en los términos del artículo 55 de la Ley de Patrimonio de Castilla y León.

El Presidente del TS de Justicia de Castilla y León revoca la nota, pero basándose tan sólo en si los documentos eran o no anteriores a la Ley de Patrimonio de esa Comunidad.

Apelado el Auto por el Registrador, la Dirección General desestima la apelación y confirma la revocación de la nota, entrando en el fondo de la verdadera naturaleza de estas transmisiones, que se rigen por la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario y que no son ventas ordinarias.

Es correcta la doctrina contenida en esta Resolución, ya que, efectivamente, no se trata de una ordinaria venta de fincas que pertenecieran a la Comunidad Autónoma y que habría de regirse por las normas establecidas en la correspondiente legislación reguladora del Patrimonio, sino que es una transferencia especial de tierras sometidas a la normativa de la antigua colonización, ahora regulada por el artículo 34 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario. El Instituto titular de estos derechos ha sido sustituido por los órganos autonómicos correspondientes en virtud de las transferencias competenciales contenidas en la Constitución y en los respectivos Estatutos autonómi-

cos que han traspasado las materias correspondientes a Agricultura de las Autonomías, pero manteniendo su regulación anterior en tanto no haya normas regionales que las modifiquen.

En este caso concreto conviene recordar cuál es el verdadero régimen de estas fincas adjudicadas en las operaciones que se llamaron de «colonización». En principio se trataba de instalar colonos que habrían de amortizar a lo largo de tales operaciones la parcela, la vivienda y los capitales circulantes recibidos para poner en marcha la explotación.

Se consideraba al «colono» en período de tutela durante cinco años; después se pasaba al «acceso a la propiedad», que atribuía al colono una situación más estable, pero puramente posesoria. La Ley de Reforma y Desarrollo Agrario regula esta materia en los artículos 29 a 33, ordenando que las tierras destinadas a constituir explotaciones se adjudicaran en concepto de «concesión administrativa». No hay adjudicaciones dominicales hasta que no se supera un período de prueba para comprobar la aptitud del «colono», que debe cultivar la explotación.

La naturaleza jurídica de la llamada «concesión» no está claramente determinada. A pesar de que la Ley la llama así, no hay verdadera transferencia de funciones; tampoco es una aparcería, pues ha desaparecido la antigua percepción del Instituto de parte de los frutos; tampoco es arrendamiento, pues las anualidades no son a título de renta, sino de amortización; no hay opción de compra, sino al revés, en todo caso de venta, pues era el Instituto el que a la vista del comportamiento del empresario agrícola decidía elevarlo o no al rango de propietario. Así que la transferencia era más bien una venta sometida a condición suspensiva. La concesión del IRYDA era una situación especial o itinerante, de vida transitoria, cuyo fin normal era consolidarse, convirtiéndose en pleno dominio.

El artículo 34 de la Ley establece el pase de concesionario a propietario. Transcurridos ocho años a contar desde la instalación del concesionario en la explotación, el Instituto, en este caso el organismo autonómico, otorgará a favor del concesionario la *escritura pública de transferencia de la propiedad* de los inmuebles objeto de la concesión. Para ello es preciso, dice dicho artículo, que el concesionario no haya sido declarado falto de aptitud para ser empresario, haya cumplido las obligaciones derivadas de la concesión y que tenga en regla su cuenta. Termina el precepto estableciendo que se entregará al adquirente el título inscrito en el Registro de la Propiedad, lo que presupone que la inscripción es inexcusable u obligatoria. Regla explicable, en cuanto que tales fincas se han de regir en lo sucesivo por las normas especiales de la citada Ley que las somete a un régimen especial de transmisiones *inter vivos* y *mortis causa*, de todos conocidos, y especialmente a las normas estrictas de unidades mínimas de cultivo.

Aclarada la verdadera naturaleza especial de estas adjudicaciones, que no eran ventas, sino transformación de concesiones en propietarios, por haber cumplido los requisitos del citado artículo 34 de la LRDA, y dado que la Consejería de Agricultura de Castilla y León era la titular de esas facultades, queda clara su competencia para otorgar las escrituras meritadas.

Quizá el defecto que indujo al calificador fue el haber titulado «escritura de venta» a la que lo era de algo bien distinto. En eso mismo incurre el Auto presidencial, en cuanto trata de dilucidar si el otorgamiento era anterior o posterior a la promulgación de la Ley de Patrimonio regional. No se trata de esto, sino, como dice acertadamente la Resolución, de una transferencia a la

que la Comunidad estaba, no sólo autorizada, sino obligada por el hecho de haber cumplido los concesionarios los requisitos de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario.

Lo que ocurre es que las normas de la antigua colonización serán cada vez menos frecuentes, pero ya vemos que aún quedan supuestos de aplicación y habrá que seguir aplicándolas. Y la Dirección General lo ha hecho correctamente.

F. C. D.

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

A) DERECHOS REALES

POR ELENA MÚGICA ALCORTA

TERCERO HIPOTECARIO: REQUISITO DE BUENA FE. (SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 1997.)

En ausencia de otros medios de prueba en torno a la actuación, pretendidamente maliciosa, del tercero adquirente, se ha de admitir su buena fe y, consecuentemente, debe otorgársele la específica tutela prevenida por el artículo 34 LH.

PROPIEDAD HORIZONTAL: URBANIZACION. IMPUGNACION DE ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS. (SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1997.)

Hechos.—Acuerdo no unánime de Junta de Propietarios de una urbanización prohibiendo la construcción de más de una edificación por parcela.

Doctrina de la sentencia.—La propiedad horizontal es la figura más afín a una urbanización integrada por viviendas unifamiliares con zonas y elementos comunes.

El acuerdo del caso litigioso afecta a las facultades de los propietarios de las parcelas de un modo tal que disminuyen aquéllas, y esa limitación que sufre el dominio, al no estar dispuesta por norma legal alguna, no puede imponerse sin el consentimiento de los titulares (art. 348 del Código Civil). Si la normativa urbanística aplicable gira en torno a la parcela de mil metros cuadrados, no hay inconveniente en que se eleven voluntariamente las exigencias legales, pero modificando los estatutos para introducir tales limitaciones, siempre con la forma y requisitos legalmente exigidos para su eficacia *erga omnes*, lo que, entre otras cosas, requiere el consentimiento unánime de todos los propietarios.

HIPOTECA: ESPECIALIDADES DE LA EJECUCION EN FAVOR DEL BANCO HIPOTECARIO: NULIDAD POR FALTA DE NOTIFICACION DE SUBASTA AL DEUDOR. (SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1997.)

El artículo 34 de la Ley de 2 de diciembre de 1872, de creación del Banco Hipotecario de España, y el artículo 92 del Real Decreto-ley 104/1928, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico del Banco Hipotecario y de la Caja para el Fomento de la Pequeña Propiedad, establecen que, producido el incumplimiento por el deudor y previo requerimiento de pago, el Banco podrá «pedir desde luego al Juez competente la venta en pública subasta de la finca hipotecada y la rescisión del préstamo. En este caso, cerciorado el Juez con la presentación de título de la legitimidad del crédito, mandará anunciar la subasta en la "Gaceta", "Boletín Oficial" y en alguno de los periódicos de la provincia por término de quince días, y verificarla con citación del deudor ante uno de los escribanos del Juzgado o del pueblo cabeza de partido en que radique la finca, en la forma en que se celebran las subastas voluntarias, pero con sujeción a lo que disponen las leyes respecto a la subasta judicial en cuanto al precio en que podrá verificarse la enajenación», añadiendo más adelante que «si el deudor verificase el pago antes de la celebración del remate, se suspenderán los procedimientos». Si la indefensión resulta de la omisión de normas esenciales, cual es la citación al deudor «ante uno de los escribanos del Juzgado o del pueblo cabeza de partido en que radique la finca», el vicio está incurrido en los supuestos contemplados por los artículos 238.3.º y 240 LOPJ, en sus dos apartados, es acogible de oficio y puede declararse la nulidad de las actuaciones en el procedimiento declarativo instado para que se declare la nulidad por otros motivos.

HIPOTECA UNILATERAL: INEXISTENCIA POR FALTA DE CAUSA U OBLIGACION GARANTIZADA.—CARACTER ACCESORIO DE LA HIPOTECA. (SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1997.)

El derecho real de hipoteca es un derecho real de garantía que se constituye sobre un inmueble propiedad del hipotecante para asegurar el cumplimiento de una obligación; concepto que se desprende de los artículos 1.857 y 1.876 del Código Civil y 104 LH. La hipoteca, pues, no es un contrato sino un derecho real, pese al error del Código Civil de incluirla en su Libro IV, dedicado a las obligaciones y contratos. La hipoteca voluntaria, haciendo abstracción de las hipotecas legales, se constituye por negocio jurídico (art. 138 LH), que puede ser bilateral (contrato) o unilateral. La hipoteca unilateral, prevista en los artículos 141 LH y 237 RH, se constituye válidamente por la voluntad unilateral (negocio jurídico unilateral) del dueño de la finca hipotecada y para su eficacia como derecho real requiere la *conditio iuris* de la aceptación del acreedor en cuyo beneficio se ha constituido; en la aceptación no ha establecido la Ley plazo general alguno, sino que el dueño de la finca (sea el hipotecante o un tercero adquirente) puede dirigirle un requerimiento, tras el cual, si no se verifica y hace constar por nota marginal en el Registro de la Propiedad la aceptación en el plazo de dos meses, queda definitivamente ineficaz la hipoteca y puede cancelarse a instancia del dueño de la finca.

El negocio jurídico de constitución de hipoteca, sea bilateral (contrato) o unilateral (art. 141 LH), requiere los elementos esenciales de todo negocio jurídico: declaración de voluntad (en el unilateral) o declaraciones de voluntad (en el bilateral: coincidentes), consentimiento, objeto y causa. La causa, en el sentido objetivo que se desprende del artículo 1.274 del Código Civil es la función económica y social, el fin objetivo e inmediato, que el Derecho reconoce como relevante. En el negocio jurídico de constitución de hipoteca, la causa es la creación de un derecho real con la función de garantía de una obligación; a su vez, tal derecho real de hipoteca, ya constituido, es un derecho de carácter accesorio que sólo subsiste si hay obligación garantizada.

Siendo hecho declarado en la sentencia de instancia, hecho incombustible en casación, que no hubo préstamo, no existió obligación que garantizar, el negocio jurídico unilateral de constitución de hipoteca carece de causa, por lo que es inexistente; el derecho real de garantía, hipoteca, además, carece de obligación que garantizar.

TERCERO HIPOTECARIO: REQUISITOS. (SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1997.)

El adquirente en subasta judicial, aunque tuviera la apariencia de tercero hipotecario, figura jurídica de enorme valor indicativo del dominio regulada en el artículo 34 LH, no podía ser tratado de ese tenor, pues le faltaba el requisito exigido por el mencionado precepto hipotecario, consistente en haber adquirido la finca de persona que en el Registro de la Propiedad aparezca con facultades para transmitir. En el caso enjuiciado, cuando se celebró la subasta judicial de la que se derivó la escritura pública inscribible, ya existía una anotación preventiva de demanda sobre la propiedad de la finca instada por la comisión liquidadora de la suspensión de pagos, a la que habían sido cedidos todos los bienes del suspenso para su venta y para con su importe pagar a todos los acreedores, lo que configuraba una *datio pro solvendo* que no impedía, sino más bien lo contrario, proclamar que dicho titular registral adquirió de persona que carecía de la facultad de disponer.

PROPIEDAD HORIZONTAL: FACULTAD DE MODIFICAR ELEMENTOS PRIVATIVOS SIN APROBACION DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS. (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1997.)

Hechos.—Los estatutos de una propiedad horizontal autorizan a los propietarios de los locales de las plantas de sótano, baja, entreplanta y planta primera comercial a practicar en los mismos segregaciones, agrupaciones y divisiones sin necesidad de consentimiento de la Junta de Propietarios y a cambiar su destino. Se ejecutan obras consistentes en la comunicación del local de la planta comercial con el de la planta primera del sótano, abriendo un hueco en el solado o forjado del local comercial para instalar una escalera de descenso.

Doctrina de la sentencia.—Tales obras que afectan a elementos comunes pugnan con lo dispuesto en los artículos 8, párrafo 2.º y 16 LPH, como ha tenido ocasión la Sala Primera del Tribunal Supremo de decidir en sentencias

de 30 de septiembre de 1988, 3 de mayo de 1989 y 22 de mayo de 1995, añadiendo esta última que a la Sala de instancia le incumbe, en uso de sus facultades, interpretar las cláusulas estatutarias.

POSESION DE MALA FE: EFECTOS. (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1997.)

Si la extracción de áridos en finca ajena se vino realizando con la ostensibilidad propia de ese tipo de excavaciones y el dueño del terreno no adoptó ninguna medida rápida y eficiente para impedirlo (como podría haber sido, entre otras, la de un procedimiento interdictal), sino que se vino realizando dicha operación a su vista, ciencia y paciencia sin oponerse y esperó a que la misma hubiera ya cesado, es totalmente lógico, según las reglas del criterio humano, deducir no sólo mala fe por su parte (corroborada por el art. 364 del Código Civil, aplicable por analogía a este supuesto), sino también que su oposición a dicha extracción, realizada *ex post facto*, se constreñía a la forma en que se venía haciendo, es decir, sin contraprestación alguna para él. Si bien es cierto que hubo mala fe por parte del que realizó la extracción, también lo es, que igualmente la hubo por el dueño del terreno, por lo que ha de considerarse que ambos procedieron de buena fe (art. 364 del Código Civil) y, en consecuencia, la responsabilidad de aquél no le puede ser exigida conforme al artículo 455 del Código Civil.

COMUNIDAD DE BIENES: EJERCICIO DE ACCIONES POR UN CONDUEÑO EN BENEFICIO DE LOS OTROS. (SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1997.)

Las comunidades de propietarios constituidas con el objeto de construir un edificio, según jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, se rigen por las normas de la comunidad de bienes. La doctrina jurisprudencial ha admitido reiteradamente la legitimación activa de un comunero para ejercitar acciones en beneficio de la comunidad, ya para ejercitar sus derechos, ya para defenderlos, con la consecuencia de que la sentencia dictada a su favor aprovecha a los demás, sin que les perjudique la contraria.

RETRACTO LEGAL ARRENDATICIO URBANO: COMPUTO DEL PLAZO EN CASO DE SUBASTA JUDICIAL. (SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 1997.)

Se entiende ejercitada la acción de retracto arrendaticio urbano dentro del plazo legal, cuyo *dies a quo* en el caso litigioso es el de la notificación notarial por la que el adjudicatario da cuenta al arrendatario del auto de adjudicación, teniendo desde entonces éste un perfecto conocimiento no sólo de la transferencia sino de sus condiciones esenciales, sin que se considere significativo que el arrendatario hubiere tenido conocimiento del anuncio de la subasta.

ADQUISICION DE LA PROPIEDAD: TITULO Y MODO.—TRADICION: CONSTITUTUM POSSESSORIUM.—POSESION MEDIATA E INMEDIATA. (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1997.)

En el Derecho español se sigue la teoría del título y el modo, tal como se deduce de los artículos 609 y 1.095 del Código Civil. Del propio artículo 609 del Código Civil se desprende que la teoría del título y el modo se aplica a la adquisición derivativa de los derechos reales —no sólo el de propiedad—, que sean posibles, es decir, que quepa entrega —y por contrato—, no a los demás medios, como la sucesión o la usucapión.

El contrato de compraventa produce el nacimiento de obligaciones, una de las cuales es la entrega de la cosa, y esta entrega con finalidad traslativa es la tradición. Aquel contrato es el título y esta tradición es el modo; la conjunción de ambos produce la adquisición de la propiedad en el comprador. Pero la tradición no sólo es la real, verdadera entrega de la cosa, sino la fingida —*traditio ficta*— una de las cuales es el llamado *constitutum possessorium*. Se designa con el nombre de *constitutum possessorium* aquella especie de *traditio ficta* en la que el transmitente continúa poseyendo la cosa como arrendatario, depositario, etc., es decir, el poseedor inmediato (transmitente) continúa con la cosa, pero pasando a reconocer la posesión mediata de otro (el adquirente). El del Código Civil no la prevé expresamente, pero se puede considerar que cabe en la tradición instrumental del artículo 1.462, párrafo 2.º, o en el artículo 1.463.

A su vez, debe recordarse la distinción entre posesión mediata e inmediata, importada de la doctrina alemana y aceptada por la española y por la jurisprudencia. La posesión inmediata se tiene directamente, sin mediador posesorio. La posesión mediata se tiene a través de la posesión de otro; hay desdoblamiento de posesiones: el mediato tiene la posesión como poder jurídico y el inmediato como poder de hecho. Por tanto, la posesión mediata es la que se ostenta o tiene a través de la posesión correspondiente a persona distinta con la que el poseedor mediato mantiene una relación de donde surge la dualidad o pluralidad posesoria.

Poniendo en relación la base fáctica del supuesto litigioso con la base jurídica, aparece un contrato de compraventa en que el vendedor continúa siendo el poseedor y transmite al comprador la posesión mediata, cuya transmisión y posesión pasa a reconocer. Sin embargo, el vendedor no queda como poseedor inmediato, pues al parecer la vivienda vendida estaba ocupada por un arrendatario, poseedor inmediato. Se produce el *constitutum possessorium*. El vendedor, poseedor mediato y último hasta este momento, vende la vivienda al comprador y éste pasa a ser el nuevo y último poseedor mediato. Se ha dado la *traditio ficta* y, por tanto, hay título, que es el contrato de compraventa, y modo, que es dicha tradición. En consecuencia, se produjo la adquisición de la propiedad de la vivienda por parte del comprador.

USUFRUCTO: OBLIGACION DEL USUFRUCTUARIO DE GUARDA Y CONSERVACION. ABUSO DEL DERECHO.—BIENES MUEBLES E INMUEBLES: INTERPRETACION DEL ARTICULO 347 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 1997.)

En el usufructo —*ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*, según definición de PAULO recogida en el *Digesto*—, definido en el artículo 467

del Código Civil y regulado con detalle en los siguientes, el usufructuario tiene el deber de cuidar las cosas dadas en usufructo como un buen padre de familia, tal como dispone el artículo 497 del Código Civil. Se trata de una obligación general, con carácter de principio, que también el del Código Civil establece en otras materias; se refiere al uso correcto y adecuado del objeto del usufructo y el usufructuario responde de los daños que sufrieren por dolo o culpa las cosas objeto del usufructo. Pero si este mal uso llega a un extremo que se califique de abuso, en el sentido de que perjudica la propiedad y, por tanto, al nudo propietario, éste tiene la facultad que le otorga el artículo 520 del Código Civil para poseer y administrar los bienes usufructuados.

El artículo 347 del Código Civil no se aplica a los muebles existentes en la vivienda que se transmite.

ACCION REIVINDICATORIA: LEGITIMACION PASIVA. REQUISITO DE IDENTIFICACION DE LA COSA. (SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE 1997.)

La acción reivindicatoria se plantea frente a quienes son los actuales poseedores a título de dueño de los terrenos reivindicados, por lo que en nada afecta dicha acción a los poseedores anteriores que, en el peor de los casos, podrán tener que responder frente a los demandados por las porciones transmitidas a los mismos, pero no frente al actor que ninguna relación contractual ha tenido con ellos, por lo que en modo alguno puede estimarse la excepción de *litis consorcio* pasivo necesario por no haber sido llamados al proceso los anteriores poseedores.

Indebidamente cumplido el requisito de identificación del terreno reivindicado, la acción reivindicatoria no puede prosperar.

TERCERIA DE DOMINIO: NATURALEZA. OBJETO. LEGITIMACION PASIVA.—LEGITIMACION REGISTRAL: LA ACCION CONTRADICTORIA DE DERECHOS INSCRITOS LLEVA IMPLICITA LA PETICION DE NULIDAD O CANCELACION DEL ASIEN TO. (SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE 1997.)

La acción de tercera de dominio es aquélla en la que el tercero, que alega ser propietario del bien que ha sido embargado, pretende que se declare que es el titular verdadero del derecho de propiedad y se alce el embargo trabado. La persona legitimada activamente es dicho tercero y legitimadas pasivamente son la ejecutante y la ejecutada en el proceso en que se decretó el embargo. Se había mantenido que la tercera de dominio es una acción reivindicatoria en la que se sustitula la recuperación de posesión por el alzamiento de embargo, pero doctrina y jurisprudencia son actualmente unánimes en que su naturaleza es de acción declarativa de propiedad cuyo objeto es la declaración del dominio a favor del demandante-tercerista y el levantamiento del embargo.

En el caso de autos, la relación jurídico-procesal ha quedado correctamente constituida. La acción de tercera de dominio se ha ejercitado contra el ejecutante y el ejecutado y su cónyuge en un proceso ejecutivo del que dicha acción trae causa. Carece de legitimación pasiva una persona que, con el ejecutado, fue covendedor, pues a él no le afecta la acción y la sentencia que pueda declarar la propiedad del tercerista y alzar el embargo.

Una reiteradísima jurisprudencia ha mitigado la dureza del artículo 38, párrafo 2.º LH y permite que, aún no pidiéndose la nulidad o cancelación del asiento contradictorio, se admita y estime la demanda, sin perjuicio de que en ejecución de sentencia se ponga en consonancia el Registro con lo declarado en la sentencia. La más reciente y consolidada doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, matizando las consecuencias en la esfera del proceso del principio de legitimación registral, tiene declarado que, superando una interpretación rigorista del precepto contenido en el artículo 38, párrafo 2.º LH, que exigía el ejercicio previo o, al menos, coetáneo con la acción contradictoria del dominio inscrito, de la acción dirigida a obtener la cancelación o nulidad del asiento registral, se pasa a la actual, más acertada desde el plano hermenéutico jurídico-social y flexibilizadora del tráfico jurídico, estableciendo que el hecho de haber ejercitado el actor una acción contradictoria del dominio que figura inscrito a nombre de otro en el Registro de la Propiedad, sin solicitar nominal y específicamente la nulidad o cancelación del asiento contradictorio, lleva claramente implícita esta última petición y no puede ser causa de que se deniegue la formulada respecto a la titularidad dominical.

TERCERIA DE DOMINIO: OBJETO. INTERPUESTA POR UN CONYUGE SOBRE UN BIEN GANANCIAL. (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 1997.)

En atención a la redacción del artículo 1.532 LEC, la configuración de las tercerías de dominio viene dada a que, por su objeto, sólo permiten discutir, dentro de su ámbito, los errores en la atribución de la titularidad del bien embargado, sin que quepa discutir cualquier otro tipo de cuestiones.

A diferencia de la reivindicatoria, en la acción de tercera de dominio no se trata de declarar, ni recuperar, el dominio de la cosa, sino de liberar del embargo los bienes indebidamente trabados, por no estar en el caso de responder de la deuda de ejecución, excluyéndolos de la vía de apremio, lo que presupone, ineludiblemente, la exigencia de que el tercerista no esté de algún modo vinculado, como sujeto pasivo, al pago del crédito para cuya efectividad se realizó la traba, esto es, que, con relación a dicho crédito, tenga la condición de tercero. La situación de tercero ha de admitirse que concurre en el cónyuge a espaldas del cual se constituyó la obligación acreditadamente no ganancial, determinante del ejecutivo en el que se embargan bienes de esta naturaleza, sin que en salvaguarda de sus derechos sobre el inmueble común trabado le fuese notificada siquiera la pendencia del procedimiento contra su consorte.

TERCERIA DE DOMINIO: NATURALEZA. OBJETO. INTERPUESTA POR UN CONYUGE SOBRE UN BIEN QUE FUE GANANCIAL. (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 1997.)

Hay que destacar la doctrina consolidada de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que señala la no identificación de la acción de tercera de dominio con la acción reivindicatoria, puesto que la finalidad primordial de la primera no es la recuperación del bien, que de ordinario está poseído por el propio tercerista, sino el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo, sustrayéndolo de un procedimiento de apremio.

Delimitado lo anterior sobre la naturaleza jurídica de la tercera de dominio, jurisprudencialmente y de una manera pacífica y constante se ha concretado, para el ejercicio con éxito de la misma, la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a) que en un procedimiento de ejecución o apremio se constituya un embargo sobre un bien cuya titularidad se atribuya al deudor sin ostentarla;
- b) que quien la ejercite acredite el dominio exclusivo y excluyente sobre aquél con anterioridad a la constitución de la traba;
- c) que no esté vinculado de algún modo, como sujeto pasivo, al pago del crédito para cuya efectividad se realizó el embargo, es decir, que por su ajenidad a la deuda reclamada ostente respecto a ella la condición de tercero, y
- d) que la acción de liberación se ejercite antes de otorgarse la escritura o consumarse la venta de los bienes como exige el artículo 1.533 LEC.

En la contienda judicial examinada y en relación a los antedichos presupuestos, lo único que se discute y supone problema es hasta qué punto el tercerista está vinculado con la deuda causante del procedimiento de apremio. Sobre esta cuestión hay que afirmar de una manera rotunda que toda modificación del régimen económico matrimonial implica que los bienes han de responder directamente frente al acreedor del cónyuge deudor por las deudas por éste contraídas, señalando las responsabilidades del cónyuge no deudor con los bienes que le hayan sido adjudicados, es decir, que existe una responsabilidad de los bienes gananciales, que no desaparece en estos casos por el hecho de esa atribución, lo que determina que, aún después de la disolución de la sociedad, pueden accionar los acreedores contra los bienes gananciales, incluso, que hubieren sido adjudicados al cónyuge no deudor.

SERVIDUMBRE LEGAL DE VISTAS.—ACCION NEGATORIA.—RELACIONES DE VECINDAD. (SENTENCIA DE 18 DE JULIO DE 1997.)

Hechos.—Existen dos fincas colindantes y ubicadas en una pendiente. El propietario de la finca más alta ha construido una piscina con una plataforma que termina en una pared de contención, desde la que se domina la finca contigua y a escasos centímetros de la linde.

Doctrina de la sentencia.—Cualquier propietario puede edificar en todo el perímetro de su finca, puesto que es dueño de su superficie (art. 350 del Código Civil), aunque siempre con sujeción a las leyes y reglamentos de policía.

Las paredes o muros no han de tener vistas rectas sobre la finca del vecino, si no median dos metros de distancia, y de abrirlas sin título constituirían el germen de una servidumbre susceptible de consolidarse por prescripción, bien que tras la posesión de las vistas durante el tiempo fijado en la ley (veinte años), que para las de carácter negativo como son las ventanas, comienza a partir del hecho obstativo.

La construcción efectuada en el supuesto litigioso permite dominar el fundo vecino desde el propio muro de contención, el cual, tenga o no barandilla (tiene un seto vegetal que no impide las vistas), en su día podrá alcanzar la categoría de servidumbre, pero mientras el día no llegue cabe que el titular del

predio potencialmente gravado se oponga mediante la acción negatoria y también mediante la acción de cumplimiento de las relaciones de vecindad, que no son propias servidumbres legales, puesto que entre los predios ninguno de ellos es dominante o sirviente.

ADQUISICION DE DOMINIO: TITULO Y MODO.—PROPIEDAD HORIZONTAL: MODIFICACION DEL TITULO CONSTITUTIVO.—FE PUBLICA REGISTRAL: LA INSCRIPCION NO CONVALIDA LOS ACTOS NULOS. (SENTENCIA DE 18 DE JULIO DE 1997.)

Hechos.—Otorgada escritura de obra nueva y propiedad horizontal de un edificio, se plasmaron en documentos privados las compraventas de sus viviendas y posteriormente se otorgó nueva escritura de obra nueva y propiedad horizontal modificando el régimen establecido en la anterior, con la consiguiente alteración de las cuotas de participación y sin intervención de los compradores de las viviendas.

Doctrina de la sentencia.—El estimar que únicamente el otorgamiento de la escritura pública como *traditio* instrumental puede establecer un modo de adquirir la propiedad suficiente es una tesis demasiado atrevida, pues es claro que el artículo 1.462, párrafo 2.º del Código Civil habla del otorgamiento de la escritura pública como equivalente a la entrega de la cosa objeto del contrato, lo que no significa la existencia de un *numerus clausus* excluyente, sino sólo la indicación, susceptible de ser ampliada, como se indica en la Sentencia 31 de octubre de 1981. Sobre todo cuando es un hecho incuestionable que puede probarse la tradición real, como entrega de la cosa, mediante documento privado en el que se formalice la compraventa.

Por todo lo cual, en el caso examinado, aparte del nacimiento de la obligación a través del título, se da la adquisición para los compradores del derecho real de propiedad a través del modo. Con ello, la modificación del régimen de propiedad horizontal ha significado una perfecta transgresión del artículo 16 LPH, cuando se exige en él la unanimidad de todos los copropietarios para la modificación del título y, por ende, de las cuotas de participación.

Tampoco puede sostenerse la tesis basada en el principio de prioridad registral, por el dato de inscribirse la escritura de modificación del régimen de la propiedad horizontal, desde el momento mismo que el artículo 33 LH especifica que la inscripción no convalida los actos que sean nulos con arreglo a las leyes, y en el caso concreto tal inscripción, como se ha indicado, tenía como base una actuación totalmente nula a tenor de lo dispuesto en el artículo 16 LPH.

USUCAPION ORDINARIA: REQUISITOS DE JUSTO TITULO Y BUENA FE. INTERRUPCION DE LA POSESION. (SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 1997.)

Hechos.—Por sentencia firme se declaró la nulidad de las transmisiones de unos pisos, por tratarse de ventas de cosa ajena. Los adquirentes de los pisos ejercitan acción declarativa de su dominio, que pretenden haber ganado por prescripción adquisitiva ordinaria de diez años (arts. 1.941 y 1.957 del Código Civil).

Doctrina de la sentencia.—Pueden ser justos títulos, a efectos de la usucapción ordinaria, aquéllos cuya nulidad declarada judicialmente no es porque a los mismos les faltase ninguno de los requisitos del artículo 1.261 del Código Civil, esenciales para que exista un contrato, sino porque el vendedor no era propietario, carencia de la disponibilidad jurídica de los pisos que enajenó. Pero precisamente ese vicio de la adquisición es el que subsana la prescripción adquisitiva: la falta de titularidad del que transmite.

La demanda a los poseedores en sí no transforma la situación posesoria del usucapiente en una situación de mala fe, sino que la interrupción de la buena fe se produce cuando existan actos del poseedor (del demandante no) que acrediten que no ignora que posee indebidamente.

Con arreglo al artículo 1.945 del Código Civil existe interrupción civil de la posesión por la citación judicial hecha al poseedor, aunque sea por mandato de Juez incompetente. Aunque pueda discutirse si tal citación es la demanda, bien en sí misma, bien admitida a trámite, o el emplazamiento para contestarla, aquí lo importante es si se dio la interrupción, cualquiera que sea la tesis que se acoja, cuando la demanda se dirigió contra personas desconocidas e inciertas que pudieran traer causa de los demandados o tuviesen relación con la finca objeto del litigio, a las cuales se hizo el correspondiente emplazamiento edictal. Si la relación procesal aparece entablada correctamente desde el punto de vista legal, todos sus efectos han de desplegarse; en modo alguno se admite el resultado incongruente de una sentencia que tiene la eficacia de cosa juzgada frente a los declarados rebeldes y que a efectos de la prescripción adquisitiva, los mismos no hayan visto interrumpida civilmente la posesión.

PROPIEDAD HORIZONTAL: PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES. (SENTENCIA DE 24 DE JULIO DE 1997.)

Hechos.—Acuerdo de la Junta de Propietarios para la construcción de un aparcamiento subterráneo, impugnado por los propietarios no asistentes.

Doctrina de la sentencia.— Para la impugnación de un acuerdo que debió reunir la unanimidad de los copropietarios, según exige la norma 1.^a del artículo 16 LPH, al no existir un especial pronunciamiento sobre el proceso a tramitar, ha de seguirse el juicio declarativo que por la cuantía corresponda y así lo tiene declarado la jurisprudencia. Pero la cuantía no puede determinarse por el importe de las obras que, si se obtuviere el acuerdo, se podrían realizar, sino que en este caso la cuantía es inestimable, no puede determinarse ni aún de forma relativa y, consiguientemente, el procedimiento a seguir es el de menor cuantía, conforme al artículo 484.3.º LEC.

La impugnación es plenamente legítima y no hay abuso del derecho, pues no abusa quien hace uso del que le es propio, máxime cuando estamos ante una especial institución en la que se yuxtaponen dos clases distintas de propiedad, la privativa sobre el espacio delimitado e independiente de cada miembro y la copropiedad con los demás dueños sobre elementos, pertenencias y servicios comunes (art. 3 LPH), para cuya modificación se requiere el acuerdo unánime (art. 16, norma 1 LPH).

PROPIEDAD DE LAS AGUAS: CADUCIDAD DEL DERECHO AL USO PRIVATIVO DEL DOMINIO PUBLICO HIDRAULICO. (SENTENCIA DE 1 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

El artículo 64.2 de la Ley de Aguas vigente de 2 de agosto de 1985, establece que el derecho al uso privativo de las aguas, cualquiera que sea el título de adquisición, podrá declararse caducado por la interrupción permanente de la explotación durante tres años consecutivos, siempre que aquélla sea imputable al titular. El artículo 411 del Código Civil, que dispuso la extinción del derecho al aprovechamiento de aguas públicas por el no uso durante veinte años, tras la vigente Ley de Aguas no está en vigor, por expresa derogación de su Disposición Derogatoria primera. La sanción de caducidad del artículo 64.2 citado será lo que compete acordar a los Tribunales, cuando se acredite que existe ese no uso al haberse interrumpido la explotación durante tres años consecutivos, sin que se pueda, en su caso, aducir que esa interrupción no es imputable al titular, porque, no existiendo constancia en contrario, es evidente que sólo a la parte interesada ha de atribuirse el grado de voluntariedad precisa para que por propia dejación o renuncia fáctica de sus derechos no haya utilizado el aprovechamiento correspondiente.

TERCERIA DE DOMINIO: PLAZO.—ADQUISICION DE DOMINIO: EN SUBASTA JUDICIAL. (SENTENCIA DE 1 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

Conforme al artículo 1.533 LEC, la tercera de dominio puede deducirse en cualquier estado del juicio, pero acorde con su finalidad de liberar los bienes trabados de embargo indebidamente, la tercera no se admitirá, puesto que devendría proceso inútil, después de otorgada la escritura o consumada la venta de los bienes a que se refiere, o de su adjudicación en pago y entrega al ejecutante, quedando a salvo el derecho del tercero para deducirlo contra quien y como corresponda. La voluntad que manifiesta la LEC en el artículo 1.533, según reitera la más autorizada doctrina científica —y así resulta de su tenor literal— es la de fijar el *dies ad quem* eligiendo como punto final el acto de consumación (cuando la cosa pasa a poder del rematante, en caso de enajenación forzosa) en vez del acto de perfeccionamiento (coincidencia de voluntades). En el supuesto de subasta de inmuebles la aprobación del remate equivale al perfeccionamiento de la operación, en tanto que la escritura (que confiere la posesión civilísima) sería la operación de consumación del acto procesal enajenatorio.

En el sistema del juicio ejecutivo es claro que cuando se adjudique al acreedor la finca en pago de su crédito, conforme a los artículos 1.506 y 1.508 LEC (redacción anterior a la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal), basta para inscribir la transmisión en el Registro el testimonio judicial de la adjudicación. Mas cuando la adjudicación se haga al acreedor como mejor postor ha de otorgarse la escritura pública para practicar la inscripción conforme al artículo 1.514 LEC, según acertadamente establecieron Resoluciones DGRN (12 de febrero de 1991 y otras de 18 de diciembre de 1983 y 18 de abril de 1989).

En la actualidad, después de la Ley 10/1992, la consumación de la enajenación se produce, conforme al artículo 1.514 LEC, con la expedición del

testimonio del auto de aprobación del remate y demás requisitos (art. 1.515 LEC). La doctrina científica actual al comentar el nuevo artículo 1.514 LEC y sus diferencias con el artículo 131, regla 17.^a LH mantiene que «salvando las distancias que impone el ámbito procesal en que se desarrolla la subasta judicial, hay que entender que la expedición del testimonio en el que se documenta la venta judicial produce la tradición simbólica prevista en el artículo 1.462 del Código Civil análogamente a como sucedía anteriormente cuando se documentaba mediante escritura pública. Los cambios introducidos por la reforma no han alterado el momento de perfeccionamiento y tradición. La venta se perfecciona con la aprobación del remate y se produce la tradición con la plasmación de la venta en un documento público que antes era una escritura notarial y ahora es el testimonio expedido por el secretario. Así pues, tanto antes de la reforma como actualmente, la venta se producía con la aprobación del remate plasmándose en el documento público una compraventa ya perfeccionada con anterioridad».

POSESION DE BUENA FE. (SENTENCIA DE 1 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

La mala o buena fe de un poseedor es una cuestión de hecho que el Tribunal sentenciador aprecia en uso de sus privativas facultades y, esto así, habrá que estar y pasar por la declaración de buena fe de la sentencia dictada en alzada por la Audiencia Provincial.

TERCERIA DE DOMINIO: NO CABE SOBRE TRASPASO DE LOCAL COMERCIAL. (SENTENCIA DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

Se cita la sentencia de 14 de junio de 1988, que excluye de la acción de tercera de dominio el derecho de traspaso de un local comercial, toda vez que el mismo no es sino un derecho personal y al que, por faltarle el requisito de su carácter real, no cabe incluir en esta clase de acciones.

SERVIDUMBRE LEGAL DE LUCES Y VISTAS.—ACCION NEGATORIA. (SENTENCIA DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

Hechos.—Muro de cerramiento de ladrillo pavés traslúcido contiguo a finca colindante.

Doctrina de la sentencia.—No cabe ejercitar ninguna acción negatoria de servidumbre y tampoco puede condenarse al constructor del muro a que cierre o tape unos huecos o ventanas que están sellados por medio de ladrillo tipo pavés, que permite una limitada entrada de luz, sin transgresiones a la intimidad ni perjuicios para la seguridad del fundo vecino, que en ningún caso tiene el carácter de predio sirviente, puesto que la luminosidad así conseguida no genera ningún tipo de servidumbre de luces o vistas, permaneciendo incólumes los derechos del propietario de la finca colindante, incluso mediante el levantamiento en terreno propio de pared contigua que ciegue la toma indirecta de luz que proporcionan los falsos ventanales.

COMUNIDAD DE BIENES: ADMINISTRACION Y DISPOSICION DE LA COSA COMUN. (SENTENCIA DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

Es doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo la de que la autorización para que el arrendatario pueda realizar obras que alteren la estructura o configuración del inmueble arrendado constituye un acto, no de mera administración, sino de disposición, por lo que cuando los arrendadores son copropietarios del inmueble, la referida autorización requiere el consentimiento unánime de todos los condueños. También tiene declarado dicha Sala, sin contradicción alguna con la doctrina anteriormente expuesta, que cuando el condueño-coarrendador que, en nombre de la comunidad, se relaciona normalmente con el arrendatario, manifiesta a éste que se le concede autorización para la realización de unas obras, dicha manifestación libera de responsabilidad al arrendatario por la ejecución de las mismas. Por otra parte, la situación de buena fe del arrendatario respecto a la realización de las obras con fundamento en la autorización dada por un comunero se deriva, no de que el autorizante sea partícipe mayoritario de la comunidad, sino de que ese partícipe sea quien, en nombre de la comunidad, se relaciona normalmente con el arrendatario. Concedor el arrendatario de la situación de condominio a que estaba sometido el local arrendado, no quedaban amparadas frente a los condueños las obras realizadas, modificadoras de la configuración de dicho local, por la autorización dada por uno de los comuneros, no obstante ser el mayoritario, no estando probado que fuese el autorizante el copropietario con quien normalmente se relacionaba aquél.

ACCION DE DESLINDE: PRUEBA. (SENTENCIA DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

Para el ejercicio de la acción de deslinde son suficientes los títulos públicos de dominio de las fincas debidamente inscritas en el Registro de la Propiedad a favor del actor, sin perjuicio de que si el colindante estima que dichos títulos son nulos o que las expresadas fincas le pertenecen puede ejercitar en el procedimiento correspondiente las acciones que considere procedentes.

PROPIEDAD HORIZONTAL: ACUERDO PARA LA SUPRESION DE BARRERAS ARQUITECTONICAS. (SENTENCIA DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

La instalación de ascensores que facilitan la movilidad de minusválidos es uno de los supuestos que contempla el artículo 16, norma 1.ª LPH, reformado por la Ley de 21 de junio de 1990, que prevé la supresión de barreras arquitectónicas, en cuyo caso el acuerdo es válido si concurre la mayoría cualificada que establece la norma.

La instalación del elevador, derivada del acuerdo de Junta de Propietarios, dada la situación concurrente de minusvalía que afecta a uno de los interesados, aún tratándose de obra innovadora, ha de ser conceptuada como exigible, necesaria y requerida para la habitabilidad y uso total del inmueble y no simple obra innovadora de mejora, por lo que el artículo 10, párrafo 2.º LPH debe ceder ante el artículo 9, numerales 3.º y 5.º

POSESION DE MALA FE. (SENTENCIA DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

La mala fe en la posesión, a pesar de ser la antítesis de la buena fe, no necesita o se plantea para su configuración la no eficacia del título, mientras su contraria exige para su constitución un elemento objetivo, el título, y un elemento subjetivo, el desconocimiento o ignorancia de maldad en su actuación.

La concurrencia de la mala fe en la posesión es una cuestión de hecho cuya apreciación queda reservada a los tribunales de instancia. En concreto, la mala fe es un concepto jurídico que se apoya en la valoración de conductas a través de unos determinados hechos.

TERCERIA DE DOMINIO: LEGITIMACION ACTIVA. (SENTENCIA DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

No asiste la posición de tercero, que le habilitaría para interponer tercera de dominio, al adquirente de un inmueble que se subroga expresamente en las obligaciones del vendedor, con la consiguiente asunción de deudas.

PROPIEDAD HORIZONTAL: FUENTES LEGALES. NO SE APLICA A LA COMUNIDAD DE PUESTOS DE ATRAQUE DE PUERTO. (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

La analogía que contempla el artículo 4.1 del Código Civil exige una semejanza o identidad de razón, la cual no se da en el supuesto de comunidad de puestos de atraque en un puerto con la LPH, ley especial aplicable a un tipo específico de comunidad. A la normativa de la LPH se aplica supletoriamente la del Código Civil, según el artículo 4.3 de éste último, pero no cabe que las normas de la LPH se apliquen a otras entidades. Distinto es el caso de aquellas comunidades que son tipos especiales de propiedad horizontal (como la llamada propiedad horizontal acostada, o los conjuntos inmobiliarios) a las que se aplica la LPH directamente, no por analogía. Por tanto, a la comunidad de puestos de atraque en un puerto no se le puede aplicar la normativa de la propiedad horizontal ni, especialmente, el breve plazo de caducidad del artículo 16 LPH para la impugnación de acuerdos de su asamblea.

E. M. A.

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA,
ISABEL DE LA IGLESIA MONJE e ISABEL MORATILLA GALÁN

LA DONACION DE UN BIEN GANANCIAL ENTRAÑA QUE CADA UNO DE LOS CONYUGES DONA LA MITAD INDIVISA DEL BIEN. (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1997.)

Hechos.—Con ánimo de defraudar a sus acreedores, don Juan donó (y también su esposa) diversos bienes gananciales a sus hijos menores de edad.

El deudor fue condenado por delito de alzamiento de bienes, pero su esposa fue absuelta. Ahora se pide la nulidad de la donación, pero sólo se concede la de la mitad indivisa correspondiente al marido.

Doctrina de la Sentencia.—La declaración de nulidad de todo contrato o negocio jurídico exige inexcusablemente la presencia en el proceso correspondiente de todos los que fueron partes intervinientes en el referido contrato o negocio jurídico. Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que la donación de un bien ganancial, que ambos esposos hacen conjuntamente, entraña en realidad que cada uno de ellos dona la mitad indivisa que le corresponde en el bien ganancial donado. La declaración de nulidad que la sentencia recurrida ha hecho de la donación litigiosa, solamente puede entenderse referida a la mitad indivisa de los bienes donados, correspondiente al esposo, pero no puede afectar a la mitad indivisa perteneciente a la esposa, pues ésta no ha sido parte en este proceso de tercera de dominio, ni podía serlo, al no haber sido ni tercerista —parte actora en la tercera— ni ejecutante ni ejecutada, en el proceso laboral en el que los bienes fueron embargados.

Comentario.—Interesante sentencia que cambia la perspectiva tradicional que de la sociedad de gananciales tenía el Tribunal Supremo, que consistía en considerar que hasta el momento de liquidar la sociedad de gananciales no existen bienes asignables a cada cónyuge, por lo que no puede reclamar como propietario quien no lo es. Igualmente, la concepción de dicha sociedad como una mancomunidad germánica, en la que cada cónyuge es propietario del todo, pero no de cuotas concretas sobre el bien, implica también la denegación de las tercerías de dominio interpuestas por la mujer en el supuesto de embargo de bienes gananciales por deudas contraídas por el marido (Sentencia de 19-10-1968).

Pero tras la reforma de 13 de mayo de 1981, como explica BENAVENTE MOREDA, la situación cambia, al desaparecer la referencia a la comunicación de los bienes tras la disolución del matrimonio, y al establecer un sistema de gestión conjunta de dichos bienes. Así, la Sentencia comentada traspasa el marco clásico de la mancomunidad germánica al considerar que un acto de disposición (donación) de un bien ganancial hecha por ambos esposos conjuntamente, implica que cada uno de ellos dispone de la mitad indivisa que le corresponde en el bien.

ACCION PAULIANA: CONCEPTO Y REQUISITOS. (SENTENCIA DE 14 DE ABRIL DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 1.111 del Código Civil establece y regula en nuestro derecho la denominada acción pauliana, que tiene por objeto, a través de ciertas anulaciones de determinados negocios jurídicos, el asegurar el cumplimiento de las obligaciones, siempre que el mismo se haya eludido por actuaciones fraudulentas del deudor con la colaboración de terceras personas, que por ello deben entrar en el campo jurídico de dicha acción de origen romano y plasmada en nuestro ordenamiento con base a la concepción fijada en el Código Civil francés.

En ello hay que decir que los dos requisitos exigidos como dato *sine qua non* para el éxito de la acción pauliana, también denominada revocatoria, están establecidos en los artículos 1.111, 1.291-3 y 1.294, todos del Código

Civil, y están constituidos por el carácter subsidiario de dicha acción y por la existencia de un fraude de acreedores o fraude en el derecho de los mismos, y así se proclama paladinamente en la Sentencia de 16 de marzo de 1989, cuando dice que los dos requisitos que condicionan el éxito de la acción revocatoria son el de que el supuesto deudor carezca de bienes suficientes para atender el pago del crédito en cuestión y que la enajenación haya sido celebrada en fraude de acreedores.

LA COSTUMBRE NO ES FUENTE DEL DERECHO PROCESAL. (SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—La costumbre no es fuente del Derecho Procesal: no hay una *opinio iuris seu necessitatis* del Juez ni de las partes, de la repetición de actos en el ámbito del proceso, ni hay usos jurídicos que tengan la consideración de tales. Si la costumbre que se alega es *contra legem*, es indiscutible su no aplicación al proceso, y si además no se ha probado, no es ni alegable.

RECONOCIMIENTO DE DEUDA: ES NEGOCIO CAUSAL. (SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—El reconocimiento de deuda, como negocio causal, es un contrato de fijación válido y lícito y afecta a quien lo admite, pudiendo tener como objeto exclusivo facilitar a la otra parte interesada un medio de prueba, o considerar la deuda como realmente existente y de cargo de quien efectúa la declaración recognoscitiva, lo que le vincula con efecto constitutivo por representar causa justificada (Sentencias de 28 de marzo de 1983, 16 de febrero de 1988, 6 de noviembre de 1990, 27 de noviembre de 1991 y 3 de septiembre de 1993).

En el supuesto de que en el reconocimiento de deuda no resulte precisada la causa, o la misma se ignore, no por eso pierde eficacia, al revestir naturaleza contractual, que se rige por el artículo 1.277 y, asimismo, le es aplicable el 1.275, lo que se traduce en una abstracción meramente procesal —no material— de la causa, cuyo efecto consiste en la inversión de la carga de la prueba, ya que la carga subyace en el reconocimiento de deuda practicada.

CONTRATO DE CORRETAJE: SUPEDITADA SU EFICACIA A LA CONDICION SUSPENSIVA DE CELEBRACION DEL CONTRATO PRETENDIDO. (SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—En el contrato de mediación o corretaje, la relación viene constituida porque la función del agente radica en la conexión y contacto negocial que procura entre el vendedor y el futuro comprador, con lo que su relación contractual sólo se proyecta respecto a la parte que le confirió el encargo, que por ello no exige necesariamente que se dé propio mandato para un acto de riguroso dominio, estando supeditada su eficacia, en cuanto al devengo de honorarios por comisión, a la condición suspensiva de la celebración del contrato pretendido, salvo pacto expreso en contra (Sentencias de 26-3-1991 y 17-7-1995).

Dicho contrato nace a la vida jurídica por la actividad eficiente y acreditada del agente mediador, y en consecuencia, los derechos de éste al cobro de las remuneraciones convenidas, los adquiere desde el momento en que se perfecciona la compraventa encargada, que lleva consigo la actividad previa de oferta y búsqueda de adquirentes y puesta en contacto con el vendedor, concertando ambos el negocio, que efectivamente llevan a cabo, ya que desde este momento el mediador ha cumplido y agotado su actividad intermediaria.

La aportación de medios a cargo del agente no justifica la remuneración, por integrarse en su actividad gestora, y sí el resultado alcanzado.

COMPETENCIA DE LA JURISPRUDENCIA CIVIL CUANDO SE DEMANDA CONJUNTAMENTE A LA ADMINISTRACION Y A PERSONAS DE DERECHO PRIVADO. (SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1998.)

Hechos.—Se demanda al Servicio Andaluz de Salud y a unos médicos y enfermeras que asistían a una operación. La acción se estima.

Doctrina de la Sentencia.—Esta Sala de Casación se ha considerado obligada, para salvar deficiencias técnicas y lagunas, a establecer la doctrina que evita lo que se ha llamado «peregrinaje de jurisdicciones», con el fin de procurar la efectividad de la tutela judicial y paliar las graves consecuencias de la solución tardía, y ello con independencia de la también doctrina jurisprudencial, aplicable al caso, que reclama la *vis atractiva* de la jurisdicción civil, cuando sea demandada no sólo la Administración, sino otras personas que son interpeladas judicialmente como sujetos responsables de Derecho privado.

La doctrina que evita el «peregrinaje de jurisdicciones» admite matizaciones cuando en el supuesto del caso a resolver implique potestades administrativas genuinas, típicas del *ius imperii*, pues entonces el presupuesto de la jurisdicción actúa como condicionante absoluto que debe ser apreciado, incluso de oficio, en cualquier instancia o grado.

Mas cuando las funciones administrativas dependen en grado apreciable de la coyuntura histórica (hospitales, Universidades, etc.) no pueden eludirse en la composición del conflicto criterios de justicia que tienen su asiento en la Constitución y en el sistema de fuentes.

La evitación del «peregrinaje procesal» es una de las consecuencias más claras del derecho constitucional fundamental a obtener un proceso público sin dilaciones indebidas y una tutela judicial efectiva.

DAÑOS PREVISIBLES: CORRESPONSABILIDAD DEL AUTOR DEL HECHO Y DE LOS QUE LO DEBIAN IMPEDIR. (SENTENCIA DE 5 DE MAYO DE 1998.)

Doctrina de la Jurisprudencia.—La cualidad de previsibles de los daños produce, sin embargo, importantes diferencias en orden a la designación de los obligados al pago, pues si bien en los instantáneos ésta debe recaer, en principio, tan sólo sobre el autor o quien tenga la obligación de responder por él, en cambio cuando, como sucede en el caso de autos, la causación de los daños sucesivos se produce a lo largo de un dilatado período de tiempo, durante el cual resulta evidente su evitabilidad mediante la aplicación de medidas de seguridad que impidan la causación de nuevos ataques a la pro-

piedad de un tercero, es obvio que, junto a la responsabilidad que pudiera incumbir al autor del acto inicial, así como la que correspondería a los autores de actos posteriores que coadyuven a producir nuevos daños, deben también imputarse éstos a cuantos por su relación de dominio o gestión de la cosa o actividad productora del daño, se hallaban obligados a adoptar las medidas necesarias para impedir que se produjeran nuevos daños, cuya previsibilidad venía ya reforzada por la ocurrencia de otros anteriores.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: MODERADA RECEPCION DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA. (SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—La responsabilidad extracontractual o aquiliana, sancionada en uno de los más emblemáticos preceptos del Código Civil, como es el artículo 1.902, después de numerosos avatares siempre tendentes a su objetivación, según doctrina jurisprudencial constante y pacífica de esta Sala, no consiste o supone la omisión de normas inexcusables, sino en el actuar no ajustado a la diligencia exigible, según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo y lugar, para evitar perjuicios a personas o bienes ajenos, esto es, que la persona a quien se atribuye la autoría de los daños está obligada a justificar, para ser exonerada, que en el ejercicio de su actividad u omisión, obró con toda prudencia y diligencia precisas para evitarles, lo que tiene su fundamento en una moderada recepción del principio de responsabilidad objetiva, basada en el riesgo o peligro que excusa el factor psicológico de la culpabilidad del agente, o lo que es igual, que la culpa se presume *iuris tantum* (Sentencias de 4-6-1991 y 20-6-1994).

INCONGRUENCIA: SE DA SI SE MODIFICA LA «CAUSA PETENDI». (SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—Se produce mutación de la litis cuando se transforma el problema litigioso en otro totalmente distinto, con alteración efectiva y sustancial de la *causa petendi*, lo que no ocurre cuando la sentencia recurrida mantiene adecuación y estricto respeto a los hechos probados en el pleito, no rebasando los juzgadores de instancia el principio *iura novit curia*, que les autoriza a aplicar las normas jurídicas que estimen procedente, modificar los fundamentos jurídicos de las pretensiones y calificar las relaciones que medien entre las partes, ya que las denominaciones que éstas den a las acciones que ejercitan no vinculan a los tribunales, siempre que la resolución que recaiga esté en el ámbito de las pretensiones de la demanda y no supere lo que efectivamente conformó la contienda judicial (Sentencias de 19-10-1993, 16-6-1994 y 5-10-1995).

INCONGRUENCIA: HA DE SUPONER UNA MODIFICACION SUSTANCIAL DEL OBJETO PROCESAL. (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina jurisprudencial reiterada la que proclama que para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de

atenderse a si concede más de lo pedido (*ultra petita*), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes (*extra petita*), y también si se dejan incontestadas y sin resolver alguna de las pretensiones sostenidas por las partes (*citra petita*), siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita. Se exige para ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de la demanda, y en su caso de contestación, y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito. También puede apreciarse vicio de incongruencia en aquellas sentencias que prescinden de la causa de pedir y fallan conforme a otra distinta, al causar indudable indefensión, que no ampara el principio *iura novit curia*. Añade la Sentencia 9/1998, de 13 de enero del Tribunal Constitucional: «Desde la perspectiva constitucional, este Tribunal ha venido declarando reiteradamente que para que la incongruencia por exceso adquiera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española, se requiere que la desviación o el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (*ultra petitem*) o algo distinto de lo pedido (*extra petitem*), suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes.

CESION DE CONTRATO: PRECISA EL CONSENTIMIENTO DE LA OTRA PARTE INTERESADA. (SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—La figura jurídica de la cesión de contrato tiene acogida en el artículo 1.255 del Código Civil, en relación al 1.091, y ocasiona que al tercero, que se incorpora a la relación creada, se le van a atribuir los efectos y consecuencias del contrato objeto cedido, quedando el cedente —que asume posición de parte intermedia—, desligado del negocio, al ocupar el cesionario subrogado su lugar, exigiéndose la necesaria concurrencia consensual de los interesados, por ser determinante de la eficacia de la transmisión (Sentencias de 4 de febrero de 1993 y 5 de marzo de 1994). La convergencia de voluntad en el supuesto que nos ocupa no se ha producido, al faltar el consentimiento de los vendedores, que quedaron marginados, por lo que conservaron intactos sus derechos frente a la sociedad compradora.

NO ES DEFECTO PROCESAL GRAVE EL OMITIR LA ACCION EJERCITADA. (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—Hay que afirmar que la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que no se estima defecto procesal grave el omitir la acción ejercitada, y que las acciones interpuestas no se califican por la denominación que le dan las partes, sino por los hechos alegados y las pretensiones verdaderamente formuladas, sin que errores en el *nomen juris* determine que se tenga que dictar una resolución adversa *rem perdit* (Sentencias de 5-12-1983 y 29-10-1984).

Aunque el principio *iura novit curia* no significa absolutamente que el Tribunal pueda cambiar la acción ejercitada, como norma general, sin embar-

go, con los datos fácticos suficientes se puede concretar la intención pretensional de la parte procesal.

INCUMPLIR PARA EXIGIR QUE LA OTRA PARTE CUMPLA, EVIDENCIA MALA FE NEGOCIAL. (SENTENCIA DE 23 DE MAYO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—Al impagar el comprador los plazos del precio de la compraventa, sobra ya cualquier otro comentario, pues si el mismo consideró en algún momento que la contraparte incumplía cualquiera de las obligaciones a las que estaba sometida por el referido contrato de compraventa privado, debió, bien consignar el precio y exigir el cumplimiento de la parte vendedora apelada, o bien interesar la resolución del contrato de compraventa que vinculaba a las partes por incumplimiento de la parte vendedora, pero no hacer lo que hizo: incumplir para exigir que la otra parte cumpliera, pues en tal caso nos encontraríamos ante una mala fe negocial, un desequilibrio de prestaciones y ante un evidente incumplimiento obligacional.

Habiendo sido requerido el comprador para la resolución del contrato, ninguna validez, y por ende trascendencia, tiene el hecho de que posteriormente éste requiera, a su vez, para formalizar en documento público la venta, por cuanto que, es a partir del primer requerimiento cuando el contrato debe considerarse totalmente resuelto, y sin que pueda alegarse la existencia de cualquier clase de vínculo entre las partes.

J. Q. S.

LA INVOCACION DE LA CONDICION RESOLUTORIA TACITA ES IMPROCEDENTE SI EL QUE LA ALEGA HA INICIADO LOS INCUMPLIMIENTOS RECIPROCOS. (STS DE 14 DE ENERO DE 1999.)

El artículo 1.124 del Código Civil referente a la facultad de resolver las obligaciones recíprocas, lo que contempla desde su propia literalidad es el caso de que uno de los obligados no cumpla lo que le incumbe. Y el problema es que en el supuesto del debate, ambos contratantes han incumplido sus obligaciones. Al incumplir ambas partes, sus recíprocas responsabilidades se neutralizan. Ninguna, pues, puede pretender fundadamente ejercitar la condición resolutoria tácita del artículo 1.124 del Código Civil.

LA CALIFICACION E INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS CONSTITUYE FACULTAD EXCLUSIVA DE LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA, QUE DEBE SER MANTENIDA EN CASACION SALVO QUE CONDUZCA A EXEGESIS DESORBITADAS, ERRONEAS O ILOGICAS. (STC DE 20 DE FEBRERO DE 1999.)

El artículo 1.281 del Código Civil es una norma hermenéutica de tipo sociológico o subjetivo y que trata de evitar que, so pretexto de una acción interpretativa, sea alterada una declaración de voluntad absolutamente clara. De manera que al ser claros los términos de la cláusula contractual, sin ofrecer duda racional de la intención de las partes, ha de estarse a su sentido

literal, sin que sea procedente aplicar otra norma hermenéutica, ni otros argumentos interpretativos que desvirtuasen las expresiones claramente reveladoras de la voluntad de quienes contrataron.

LAS SENTENCIAS DE CUANTIA INDETERMINADA Y CONFORMES DE TODA CONFORMIDAD NO TIENEN ACCESO A LA CASACION. (STC DE 3 DE DICIEMBRE DE 1998.)

Las causas de inadmisión se convierten en este trámite de casación en causas de desestimación. Al igual que las normas que regulan el acceso a la casación tienen el carácter de imperativas, de *ius cogens* o de derecho necesario sin que puedan ser modificadas por el principio dispositivo ni por la voluntad concurrente de las partes, obligando a que los propios Tribunales que acusen, señalen su infracción incluso de oficio. Por todo ello al ser inestimable o indeterminada la cuantía del pleito y conformes las sentencias de instancia no ha lugar al recurso.

ES IMPROCEDENTE LA RECLAMACION DE CANTIDAD POR INEXISTENCIA DE OBLIGACION DINERARIA. (STS DE 18 DE DICIEMBRE DE 1998.)

No existe el incumplimiento controvertido que se denuncia porque en realidad no hay endoso de la certificación, ni contrato crediticio entre las partes, por lo que no existe el pretendido incumplimiento contractual de la entidad demandada, procediendo, en consecuencia, desestimar la acción indemnizatoria que se ejercita en el escrito inicio del procedimiento.

EFFECTIVIDAD DE UN CONTRATO DERIVADO DE LA CESION DE DERECHOS ESTABLECIDOS EN OTRO ANTERIOR. (STS DE 29 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El artículo 1.257 del Código Civil establece, en principio, la norma de la eficacia relativa de los contratos, pero dicha eficacia relativa no puede ni debe entenderse como estimatoria de los contratos como unidades absolutamente estancas, y por ello la doctrina científica moderna reduce la norma antedicha de eficacia relativa de los contratos a la denominada eficacia indirecta de los mismos con respecto a terceros, especialmente en aquellos casos en que los terceros ostentan derechos que de algún modo encuentran su fundamento en anteriores contratos.

Esta teoría de efectos colaterales de los contratos se puede y se debe aplicar totalmente a la presente contienda judicial, desde el instante en que el primer contrato denominado de compraventa o promesa unilateral de venta entre los transmitentes y el comprador quien cedió al mes siguiente documentalmente todos sus derechos sobre el referido contrato al actual demandante. De manera que hay que proclamar la efectividad de este contrato como derivado de la cesión de derechos establecidos en el anterior.

LOS EFECTOS DE LA RESOLUCION CONTRACTUAL SE PRODUCEN «EX TUNC». (SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1999.)

Producida la resolución *ope legis*, en cuanto concurre la circunstancia que la fundamenta, sin necesidad de que lo declare un Tribunal, siquiera sea necesario cuando alguien se oponga a ello y declarada bien hecha la resolución, sus efectos se producen *ex tunc*, no *ex nunc*, y acreditada la interpelación judicial con concesión de intereses desde ella, en modo alguno puede decirse que se infringen los preceptos citados en perjuicio del condenado a su pago, porque la vuelta de las cosas a su estado primitivo, como si el contrato no hubiera existido, requiere la devolución del precio con sus intereses, ya que de ellos disfrutó el obligado a devolver, todo lo cual implica que no puede mantenerse que los intereses son sólo desde la fecha de la sentencia de primera instancia, cual se pretende. En el recurso no es así. Desde la interpelación judicial se deberán los intereses legales del artículo 1.108 del Código Civil, sustituidos desde la sentencia de primera instancia por los del artículo 921.4 de la LEC.

ES FACULTAD DE INSTANCIA ESTABLECER LA CLASE DE NOVACION DE CONTRATO DE QUE SE TRATA. (SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1999.)

La novación presupone, sobre la base de una obligación preexistente, crear otra nueva dispar, así como la voluntad de novar y la facultad de determinar o establecer si se dan los requisitos de la novación, prescindiendo de la discusión doctrinal sobre si cabe la distinción entre extintiva y modificativa o sólo existe aquella, es facultad de la instancia, de manera que la incompatibilidad de que habla el artículo 1.204 ha de ser apreciada por el juzgador de instancia atendiendo a las circunstancias de cada caso. Opera la novación simplemente modificativa cuando se trata de dos realidades contractuales distintas. Si un contrato ha sido novado o no es de puro hecho, tal afirmación es facultad privativa, propia o peculiar de los tribunales de instancia.

EL ARTICULO 1.253 DEL CODIGO CIVIL NO CONSIENTE LA ALTERACION EN EL RECURSO DE LOS HECHOS EN QUE LA AUDIENCIA HA BASADO SUS CONCLUSIONES. (STC DE 10 DE FEBRERO DE 1999.)

Se aduce la infracción del artículo 1.253 del Código Civil, en base a que los actores son quienes no han cumplido la obligación de edificar dentro de plazo, no existiendo ninguna conducta obstativa del Ayuntamiento para que lo pudieran llevar a cabo, y esa es la conclusión lógica y obligada de las premisas fácticas que se establece. El motivo se desestima, ya que la Sala de casación no es una tercera instancia que pueda volver a valorar nuevamente las pruebas obrantes en autos. La recurrente ataca las premisas fácticas de la presunción de la Audiencia, oponiendo otras distintas, y para ello debió señalar qué normas de valoración de la prueba se infringieron y el razonamiento de la imputación. Debíó señalar como infringido el artículo 1.249 del Código Civil, y como nada de eso se ha hecho, está destinada al fracaso la construcción unilateral y subjetiva de una realidad fáctica distinta de la tomada en consideración por la Audiencia para sentar sus conclusiones.

RESOLUCION DE COMPRAVENTA POR IMPAGO DEL PRECIO. (STC DE 22 DE FEBRERO DE 1999.)

Uno de los motivos por el que no se pudo hacer frente al pago del precio de la compraventa fue la imposibilidad de obtener un crédito hipotecario al no constar en escritura pública la compraventa objeto del pleito.

La necesidad de que las relaciones contractuales en las que se transmitan derechos reales sobre bienes inmuebles consten en escritura pública no es imperativa, pues resulta eficaz la llevada a cabo mediante documento privado, incluso en forma verbal. La falta de formalidad rituaría que el artículo 1.280 del Código Civil exige, no desvirtúa los contratos debidamente perfeccionados, ni modifica tampoco el artículo 1.278, según reiterada jurisprudencia que acoge el principio *pacta sunt servanda*, en relación a los artículos 1.254 y 1.255, y no tiene otro alcance que el que establece el artículo 1.279 del Código Civil.

Cuestión distinta es la necesidad de otorgar escritura pública para acceder a los préstamos hipotecarios que otorgan las entidades bancarias y que en el presente caso sólo hay que atribuirlo a la conducta contractual incumplidora del recurrente, ya que la cláusula cuarta del documento de venta le autorizaba a solicitar el otorgamiento de escritura, pero siempre y cuando hubiera satisfecho la totalidad del precio del contrato, lo que no ocurrió, sin que hubiera demostrado actitud impeditiva alguna u obstaculizadora imputable a la mercantil vendedora, por lo que el motivo claudica.

I. I. M.

CONTRATO DE EJECUCION DE OBRAS. RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA. (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Orense, en Sentencia de 7-3-94 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Orense en Sentencia de 20-10-94 estima parcialmente el recurso de apelación.

El recurso de casación no triunfa.

Objeto de la litis.—Se condena a la sociedad demandada al pago al actor de una determinada cantidad como indemnización por el defectuoso cumplimiento en la ejecución de la obra contratada y por la demora en la entrega de la misma. Y es que en el contrato, cuya resolución se trata, se pactó un plazo de ejecución de las obras de doce meses a partir de la fecha del acta de replanteo, debiendo comenzar las obras dentro de los treinta días siguientes a la firma del contrato, estableciéndose además una cláusula penal para el caso de incumplimiento del plazo de terminación convenido o en su caso de las prórrogas convenidas.

Doctrina de la Sentencia.—Se declaró por la sentencia recurrida que se produjo un aumento del volumen de obra acordado con posterioridad a la firma del contrato que podría justificar un retraso de cuatro a seis meses, si bien la Sala de instancia declara injustificada la dilación habida en la construcción, pues cuando el propietario comunica al contratista la resolución del contrato, ya han transcurrido más de tres años y medio.

En realidad, expuesto esto, es de advertir que el dilatado retraso habido en la ejecución de la obra no fue debido en su totalidad al aumento de la contratada sino, principalmente, a la mora y reiterado incumplimiento del contratista, ya que de haber actuado éste con la debida diligencia, la duración de la obra no habría sobrepasado los dieciocho meses como máximo frente a los más de tres años transcurridos cuando el dueño de la obra resolvió unilateralmente el contrato. Y declarada la resolución del contrato por el incumplimiento del contratista ha de tenerse en cuenta la reiterada doctrina jurisprudencial según la cual la determinación de la existencia de incumplimiento contractual, así como de cuál de los contratantes ha incumplido primero es cuestión de hecho de la exclusiva apreciación de los Juzgados de instancia cuyas conclusiones han de respetarse en casación en tanto no se combaten por la vía casacional adecuada que, vigente la Ley 10/1992, de 30 de abril, no es sino la alegación de error de derecho en la valoración de la prueba.

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS. (SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de Las Palmas en Sentencia de 31-7-92 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria en Sentencia de 25-11-93 desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Antecedentes fácticos y jurídicos.—La entidad «Secovian, S.C.L.», celebra contrato de prestación de servicios con la sociedad «Ensenada del Sol, S.A.», en fecha 31 de marzo de 1988, por el que la primera se obliga a prestar servicios propios de su actividad de vigilancia y seguridad en las instalaciones turísticas de la segunda, y ello mediante «vigilantes jurados de seguridad, debidamente equipados y entrenados» por un precio cierto y una duración de un año, prorrogable por igual período, siempre y cuando alguna de las partes no exprese su deseo de cancelarlo. El contrato se prorroga, y antes del final del período la sociedad «Ensenada del Sol, S.A.», dirige una carta a «Secovian, S.C.L.», en la que resuelve unilateralmente el contrato.

Doctrina de la Sentencia.—La resolución de un contrato implica la ineficacia del mismo, con efecto retroactivo, y una de sus causas, la más frecuente, es el incumplimiento de la obligación esencial de una de las partes en caso de obligaciones bilaterales o recíprocas, es éste un incumplimiento básico, grave de la obligación, pues no se realiza la conducta en que consiste la prestación y esto significa incumplimiento propiamente dicho, no cumplimiento defectuoso o incumplimiento parcial. Además, si se da este incumplimiento básico que frustra el fin objetivo del contrato, no se produce automáticamente la resolución, sino que es preciso el acuerdo de ambas partes o que el sujeto cumplidor ejercite la acción y se declare así en sentencia. Esto entronca con el tema de la resolución unilateral que no es lícita a no ser que se trate de contrato basado en la confianza, en cuyo caso la resolución unilateral lleva consigo la indemnización de daños y perjuicios que solamente se excluye si se prueba una causa grave que justifique la extinción del contrato.

Se aborda también por la Sala la determinación del servicio de vigilancia y seguridad prestado, pues el que éste fuera prestado por «vigilantes jurados

de seguridad» no era una condición básica del contrato ni obligación fundamental, condición es el hecho futuro y objetivamente incierto del que depende la eficacia de un negocio jurídico y en el contrato no se impone como tal ni da lugar a una obligación condicional, tampoco es básica ni fundamental, sino que es una cláusula más, la obligación básica y fundamental es la prestación de servicios de vigilancia y seguridad.

DOLO CAUSANTE. LA FACULTAD RESOLUTORIA. (SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Laredo en Sentencia de 30-10-92 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Santander (Sección 1.ª) en Sentencia de 31-1-94 desestima los recursos de apelación interpuestos.

Prospera el recurso de casación.

Objeto del litigio.—Se pretende en él una revisión judicial acerca de si la sociedad vendedora tenía razón a resolver, o la tenían los compradores al negarse a aceptar la resolución y exigir el cumplimiento de los contratos, tales como ellos entendían. En realidad, no había obstáculo jurídico para ello, si no fuera porque con posterioridad se otorgó un contrato en el que la primera vendía en unas condiciones económicas que los segundos aceptan y satisfacen, aunque manifiestan que no están de acuerdo con las exigencias de la vendedora y renuncian a las acciones civiles y penales que había iniciado a raíz del requerimiento resolutorio. Pero tal manifestación no autoriza para ir en contra de sus propios actos, pues va contra sus propios actos quien sin obligación de pagar, no obstante, conviene libremente con el acreedor el pago y lo realiza.

Doctrina de la Sentencia.—La sentencia recurrida califica erróneamente la conducta de la sociedad vendedora como dolosa en el cumplimiento de sus obligaciones y con apoyo en el artículo 1.101 del Código Civil. La Audiencia, por su parte, dispone que, resueltos los contratos de venta se carezca de poder de disposición sin la previa resolución judicial y ello porque la nulidad de los contratos, conseguida por resolución, no es posible llevarse a cabo por declaración unilateral de una de las partes, sino que corresponde o a ambas partes o a una decisión de los Tribunales de Justicia. Aquí se concreta el «iter» de la sentencia condenatoria de la recurrente que vendió los locales objeto de los contratos resueltos unilateralmente a terceros y es equivocada porque la resolución contractual ex artículo 1.504 del Código Civil no tiene carácter bilateral o judicial, sino unilateral, produce sus efectos sin necesidad de contar con el consentimiento de la contraparte, y para el supuesto de que no la admita serán los Tribunales los que dirán si está bien o mal, no hasta que la sentencia deje de producir efectos.

La resolución es el ejercicio de una facultad de modificación jurídica que no necesita de ningún pronunciamiento judicial y es doctrina reiterada la que declara que la facultad resolutoria puede ser ejercitada en nuestro ordenamiento no sólo en la vía judicial sino también mediante declaración, siendo los Tribunales los que examinen y sancionen su procedencia, los que juzgan, en definitiva, la procedencia de la resolución.

EL ARTICULO 1.124 DEL CODIGO CIVIL. SU INTERPRETACION. EXISTENCIA EN LA ENTIDAD COMPRADORA DE UNA CLARA VOLUNTAD DE CUMPLIMIENTO CON EXIGENCIA A LA CONTRARIA DE EJECUCION DE AQUELLO A LO QUE SE HABIA OBLIGADO. (SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 6 de los de Murcia en Sentencia de 26-4-93 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4.ª) en Sentencia de 10-2-94 desestima los recursos de apelación interpuestos.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—La vendedora, Sociedad Mercantil «Nuevas Edificaciones, S.A.», y doña Teresa María Josefa Cardona Llorca, incumplen la obligación asumida en torno a facilitar la certificación registral relativa a la inexistencia de cargas del inmueble, pero tal incumplimiento no es definitivo, sino que permite su subsanación con la cancelación del gravamen, y esto lleva a considerar que el citado incumplimiento no pudo representar una voluntad manifiesta o propósito de contrariar el fin normal del contrato y frustrar las legítimas expectativas del comprador —Caja Postal, S.A.—, careciendo de trascendencia para el conjunto de las obligaciones contraídas.

Doctrina de la Sentencia.—El incumplimiento contractual es una cuestión fáctica que no precisa de una actitud ostensiblemente rebelde, bastando que se incumplan, por acción u omisión, los términos del contrato, siendo tal incumplimiento atendible por los Tribunales cuando se derive de una posición que por acción u omisión desobedezca los términos del contrato de compraventa. Se pretende fundamentarse en la doble circunstancia de que la contraparte, o sea, la vendedora en el contrato concertado, incumplió la obligación que la correspondía acerca de la aportación de la certificación registral sobre la inexistencia de cargas y gravámenes y que la recurrente, parte compradora en el contrato de compraventa, no incumplió la correlativa suya. Se denuncia como precepto incumplido el artículo 1.124 del Código Civil, y ello por errónea interpretación del mismo, pues no podemos olvidar los presupuestos fácticos de su aplicación, como son: la existencia de reciprocidad de las obligaciones convenidas; exigibilidad de tales obligaciones; efectivo cumplimiento del contrato por la parte que reclama; voluntad decidida y firme del incumplimiento en la parte oponente; y conviene la doctrina que el problema de cumplimiento o incumplimiento es de orden fáctico y su declaración compete al Juzgador. No existe en la entidad compradora una voluntad clara de cumplimiento con exigencia a la contraria de ejecución de aquello a lo que se había obligado, no cabiendo reconocer a la entidad citada el ejercicio de la facultad resolutoria que confiere el artículo 1.124 del Código Civil.

LA COMPAÑÍA DE SEGUROS AL NO INDEMNIZAR A TIEMPO AUMENTA LA CUANTÍA DEL DAÑO Y TIENE QUE RESPONDER DEL MISMO AUNQUE EXCEDA DE LA CANTIDAD ASEGURADA QUE CUBRIRÍA EL DAÑO INICIAL. EL ARTICULO 1.104 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 2 DE MAYO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 6 de los de Murcia en Sentencia de 3-6-93 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3.ª) en Sentencia de 1-12-93 estima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—La Empresa Municipal de Aguas y Saneamiento de Murcia, S.A. (Emuasa) tiene concertado con la Unión y el Fénix Español un seguro de responsabilidad civil. Se produce la rotura de una cañería de conducción en un edificio perteneciente a la iglesia de San Juan Bautista de Alquerías, y por parte del Obispado se reclama una indemnización por los daños y perjuicios habidos. Emuasa, por su parte, reclama a la Unión y el Fénix lo tenido que abonar por no repararse los daños en su momento.

Doctrina de la Sentencia.—La Sala mantiene un encumbrado que lleva a debatir el hecho de que la culpa o negligencia constituye una *quaestio iuris* y ello por su componente jurídico, consistiendo la misma en la omisión de la diligencia que exige la naturaleza de la obligación y corresponde a circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, tal y como dispone y mantiene el artículo 1.104 del Código Civil, por lo que resulta improcedente que al amparo de su pretendida infracción se trate de revisar la prueba, pues el recurso extraordinario de casación no es una tercera instancia, sino que consiste en un remedio procesal encaminado a determinar si dados unos hechos que han quedado incólumes, y por no haberse atacado y destruido por el procedimiento o cauce adecuado, siendo, en consecuencia, vinculantes, es o no adecuada la solución jurídica obtenida, sin que proceda llevar a cabo una nueva valoración de la prueba. Y es que en el supuesto que nos ocupa, la entidad recurrente, con dominio del hecho desde su inicio, es obvio que, sin necesidad de que se presuma su culpa, cual corresponde en la contractual, actuó sin la reflexión necesaria para evitar daños previsibles y evitables, ocurriendo que la tomadora del seguro cumplió con su obligación de dar a la aseguradora toda clase de informaciones sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro, asumiendo ésta las negociaciones posteriores e incluso la defensa o dirección jurídica, pero sin cumplir con su obligación indemnizatoria.

CLAUSULA PENAL: EN CASO DE DUDA HA DE INTERPRETARSE EN SENTIDO RESTRICTIVO. (SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 8 de los de Madrid en Sentencia de 22-11-91 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14.ª) en Sentencia de 7-12-93 no ha lugar al recurso de apelación.

Prospera en parte el recurso de casación.

Objeto de la litis.—Con fecha 21 de marzo de 1986, entre Autocampo, S.A., y Servicios de Gestión de Cooperativas, S.A., (SEGCOSA) se concierta un contrato de opción sobre un número de fincas de las que era propietaria Autocampo, S.A. Dicha opción tendría lugar en doce meses desde la firma del contrato y siempre que no hubiese sido aprobado el PAU, simultáneamente a la opción, se firma un documento privado en el que se recoge la entrega de SEGCOSA a Autocampo, S.A., de una letra de cambio por la primera aceptada, con vencimiento a los seis meses desde la firma de la opción y se pacta que si al vencimiento de la cambial no se hubiere aprobado por los organismos oficiales el PAU, la cambial sería renovada por otra nueva con vencimiento de otros ciento ochenta días, y también se pactó que si la opción caducase por el transcurso de doce meses desde la firma del contrato por no haberse aprobado el PAU, se devolvería el precio de la opción o, en su caso, quedaría sin pagar la letra. Así las cosas, se alegó el incumplimiento por Autocampo, S.A., de los compromisos contraídos en cuanto a la realización de los trámites necesarios e imprescindibles para que la Administración pudiese pronunciarse sobre la calificación de los terrenos, habiendo además vendido a tercero los mismos vigente la opción y sin su autorización. SEGCOSA demanda a dicha sociedad solicitando, entre otras, la resolución de la opción.

Doctrina de la Sentencia.—En la fundamentación hecha por la Sala se combate la interpretación de la sentencia recurrida, según la cual el plazo de la opción no estaba vencido al presentarse la demanda por SEGCOSA, debido a que las letras de cambio representativas de su precio fueron renovándose a su vencimiento, así que las cambiales se fueron renovando, es acertado que también se fuese aplazando la fecha de caducidad de la opción hasta el vencimiento de las renovadas paralelamente a esto, es decir, que la cláusula penal pactada exige que las fincas objeto de la opción hubiesen sido calificadas por la Administración como suelo urbano y la recurrente no quisiese vender a la recurrida en cualquiera de las nueve fases en que dicha opción de compra se ejercitaría, lo que no ha sucedido, pues no hubo ninguna calificación administrativa del terreno, además, SEGCOSA no acreditó ningún daño para reclamar el cumplimiento de la pena, ni siquiera había pagado las cambiales. Y es que la cláusula penal pactada entraba en funcionamiento cuando Autocampo, S.A., se negase a vender una vez calificados los terrenos, circunstancia esta que no llegó a suceder, no se acreditó que la susodicha sociedad cumpliera los compromisos contraídos respecto a la presentación de los documentos imprescindibles ante la Administración, y ello no autoriza a la aplicación del artículo 1.119 del Código Civil que dispone que se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento. Y no puede decirse que se tenga por cumplida la condición, ya que, aunque hubiese existido esa presentación, la Administración podía pronunciarse en un sentido negativo. Falta de presentación no equivale a que la Administración haya calificado los terrenos como suelo urbano. No se ha dado, en consecuencia, ni la calificación del suelo ni la negativa de Autocampo, S.A., a vender, por lo que es inaplicable la cláusula penal, que por constituir una excepción al régimen normal de las obligaciones en cuanto sustituye a la indemnización de daños y perjuicios, las dudas sobre su existencia y alcance, deben interpretarse en un sentido restrictivo, lo que impide aplicarla a supuestos distintos de los previstos por las partes, y la concurrencia de

aquéllos dará lugar desde luego a la efectividad del régimen de normas de las obligaciones.

BUENA FE: LA INFRINGE QUIEN CON SUS ACTOS ANTERIORES HA PRODUCIDO LA RAZONABLE CONFIANZA EN LA OTRA PARTE DE QUE LA CONDUCTA SEGUIDA CONTINUARIA MANTENIENDOSE. (SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 10 de los de Málaga, en Sentencia de 12-1-93 estima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6.ª) en Sentencia de 22-4-94 desestima el recurso de apelación. No prospera el recurso de casación.

Objeto de la litis.—Se alega la infracción por no aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre los actos propios. Y además se mantiene que, la recurrente infringió las reglas de la buena fe, buena fe que siempre integra el contenido de un contrato en base a lo dispuesto en el artículo 1.258 del Código Civil pues, durante los dos años anteriores avisaba a la deudora del importe que tenía que pagar cada trimestre, obrando irregularmente, pues no se ajustaban las liquidaciones a lo pactado, y cuando finalizaba el período de carencia, en el que sólo se pagan intereses para pasar al segundo que es el período de amortización, en el que se abonan capital e intereses, deja de hacerlo, lo que hace que la deudora, confiada en la conducta constante seguida por la acreedora, descuide el abono del trimestre por desconocer el importe concreto a pagar, que es lo que da pie a la primera para proceder al cierre anticipado de la cuenta mediante requerimiento notarial. Todo ello resalta porque la conducta de Hipotebansa es mantener que toda la operación estaba centralizada en el ordenador por lo que era imputable a dicha entidad que el aviso del vencimiento anterior no se lanzase y se pusiese en conocimiento de la deudora con el fin de que pagase.

Doctrina de la Sentencia.—La doctrina de los actos propios sólo atribuye carácter vinculante a aquellos comportamientos o actos en los que se dan las condiciones previstas en la jurisprudencia que no concurren en nuestro caso, quedando así infringido al no aplicar la referida doctrina. Y además, no se aprecia buena fe en el ejercicio del derecho por la entidad, con lo que se contraría lo dispuesto en el artículo 7.1 del Código Civil, «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe», ni es imputable a la deudora la demora en el pago, ni es admisible que la parte que ha sido irregular en el cálculo de intereses en el período de dos años, según los informes periciales, elija el estricto cumplimiento del contrato a la deudora que ha tolerado aquel comportamiento no tolerándole la más mínima demora en el pago que se ha producido por una causa imputable a la primera. Además, el envío hecho por Hipotebansa del aviso de pago de la cuota trimestral se debe interpretar como significativo de dejar sin efecto el anterior requerimiento de cancelación del crédito y ello por ser opuesto a aquella conducta posterior. Hipotebansa lo único que hace es aplicar lo prevenido en la escritura de crédito con garantía hipotecaria cuando la deudora no cumple su obligación principal de pago de la cuota de amortización comprensiva de capital e intereses en el plazo establecido al efecto.

LA CONDENA AL PAGO DE INTERESES: NO CABE CUANDO HA DE SER DETERMINADO EL MONTANTE DE LA RESPONSABILIDAD EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA POR SER ENTONCES CUANDO HAN DE REALIZARSE LAS OBRAS ORDENADAS EN EL FALLO. (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Getafe en Sentencia de 1 de febrero de 1991 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8.ª) en Sentencia de 5 de octubre de 1993 estima el recurso de apelación.

El recurso de casación prospera en parte.

Sustratum del litigio.—Una comunidad de propietarios demanda a una Inmobiliaria, promotora y posterior vendedora de los pisos de un conjunto residencial, que construye una edificación, a los arquitectos, autores del proyecto, al director de la obra y al aparejador, solicitando sean éstos declarados responsables de los defectos constructivos producidos en la misma, fijando la responsabilidad que a cada uno le corresponde en la RUINA y subsidiariamente su también responsabilidad solidaria.

Doctrina de la Sentencia.—Se origina en el *quid jurídico* de la cuestión que se debate una obligación solidaria de resarcimiento cuando no es posible determinar la parte que a cada uno de los que forman parte en el hecho corresponde en la producción del daño, desistido el procedimiento contra arquitecto y técnico, el total debe aminorarse con la suma que representaban sus obligaciones, y esto no puede quedar incólume porque los demandados contra los que sigue el procedimiento no van a asumir como suyas las causas por las que aquéllos deben responder, ni tampoco considerar exentos de su propia y específica responsabilidad. Se fija, pues, la suma máxima de la que van a responder los demandados condenados, pero tomando como base lo percibido por la comunidad actora del arquitecto y del aparejador.

SEGURO DE INCENDIO. EL INTERES DE DEMORA REGULADO EN EL ARTICULO 20 DE LA LEY 50/1980, DE 8 DE OCTUBRE, DE CONTRATO DE SEGURO. (SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Alcoy en Sentencia de 23 de julio de 1992 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Alicante (Sección 4.ª) en Sentencia de 16 de febrero de 1994 estima parcialmente el recurso de apelación.

El recurso de casación no triunfa.

Hechos.—La entidad «Antonio Climent, S.A.», celebra sendos contratos de seguro que cubren el riesgo de incendio de una determinada fábrica con las compañías aseguradoras «La Catalana, S.A.», y «Seguros Bilbao, S.A.». Se produce el siniestro y se demanda en reclamación de la indemnización por los daños, gastos fijos de paralización e intereses del 20 por 100 a contar desde el día siguiente al transcurso de tres meses de la producción del siniestro.

Doctrina de la Sentencia.—Con anterioridad al proceso civil se siguió causa penal en la que recayó sentencia absolutoria del gerente de la mercantil actora

sin que los indicios o presunciones en que se basa la recurrente sean suficientes para tener por acreditada la existencia de mala fe, dolo o culpa grave en la causa del incendio, que en ningún caso puede presumirse, ya que las pruebas a que se hace referencia para justificar la existencia de tales circunstancias fueron analizadas en la causa penal y en el pleito civil.

En otro orden de cosas, el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro dispone que «si en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro, el asegurador no hubiere realizado la reparación del daño o indemnizado su importe en metálico por causa no justificada o que le fuere imputable, la indemnización se incrementará en un 20 por 100 anual». La sentencia de instancia, razonándolo adecuadamente, condena el pago de la indemnización con los intereses del 20 por 100 a partir de los tres meses siguientes a la fecha de la firmeza de la sentencia recaída en el procedimiento penal. La demandante «Antonio Climent, S.A.», mantiene que los intereses deben computarse desde el transcurso de los tres meses siguientes a la producción del siniestro. La demandada condenada «Seguros Bilbao, S.A.», en su recurso, mantiene que no debería haber condena al pago de estos intereses. Y es que en el presente caso, la realidad de un proceso penal, no incoado a instancia de las Compañías aseguradoras, fue una causa justificada y no imputable a las mismas, como dispone el propio artículo 20, para no proceder al pago de la indemnización. Se planteaba, no ya la cuestión de la cuantía, sino la cuestión de la obligación misma del pago. Pero una vez concluso el proceso penal por sentencia absolutoria, desaparecía toda causa justificada para negarse al pago, y a partir de los tres meses debe computarse el interés de demora que establece dicho artículo 20, que ha sido aplicado correctamente por la sentencia de instancia, sin que tampoco haya infringido el artículo 18. Y es que la razón de ser del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro obedece al deseo del legislador de un pronto cumplimiento de la obligación indemnizatoria, sancionando a la entidad morosa con el incremento de unos fuertes intereses, tal sanción sólo podrá exigirse cuando el impago obedezca a causa no justificada o fuese la misma imputable al asegurador.

Es importante destacar las declaraciones que sobre el tema del interés de demora hace la Sentencia del Tribunal Constitucional 5/1993, de 14 de enero, relativa al interés del 20 por 100 *desde la fecha del siniestro*, respecto a los procesos relativos a indemnización con motivo de accidentes de circulación: «El precepto establece un interés especial de demora y por tanto el riesgo de ver aumentada la indemnización si finalmente el asegurador es condenado, pero no ningún pago o anticipo previo que condicione el acceso de jurisdicción». Y califica tal interés como una «consecuencia gravosa de la resistencia o demora en indemnizar» hay que señalar la posibilidad que tiene el asegurador de evitarlo si consigna en el plazo establecido el importe de la indemnización. En realidad radica aquí la objeción central que formula el Juez al considerar que, no siendo una obligación líquida, su importe sólo podrá conocerse al dictar sentencia. Esta objeción no es suficiente para calificar la imposición de aquel interés como injustificada o arbitraria (y contraria por ello al art. 24.1 de la Constitución Española), lo cual ocurriría solamente en el caso de que impidiese el acceso al proceso o lo hiciera desproporcionadamente arduo, pero debe ponerse de relieve que el asegurador queda ciertamente obligado a satisfacer o consignar la indemnización desde que se produce el siniestro, pues la obligación resarcitoria no nace de la sentencia y ésta únicamente determinará el importe finalmente acreditado. De aquí que le sea

exigible como obligado una actuación diligente para determinar pericialmente la cuantía del daño (de hecho, en todos los casos en que se plantearon las cuestiones atinentes a la tasación de los daños). De modo que la inicial liquidez de la indemnización no impedirá la consignación en el plazo exigido del importe de la tasación. De ahí que la única consecuencia real del precepto cuestionado para el asegurador sea la del daño y su pago o consignación dentro de los tres meses. En conclusión, el interés de demora se computa desde los tres meses siguientes a la conclusión del proceso penal por sentencia absolutoria que no había sido incoado por las Compañías aseguradoras.

INCONGRUENCIA: DOCTRINA CONSTITUCIONAL Y JURISPRUDENCIAL. INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS: ILOGICA, ABSURDA Y CONTRARIA A LA LEY. (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 6 de San Sebastián en Sentencia de 11 de febrero de 1993 estima la demanda. La Audiencia Provincial de San Sebastián (Sección 2.^a) en Sentencia de 25 de febrero de 1994 admite el recurso de apelación.

Prospera el recurso de casación.

Hechos.—Se produce un robo con intimidación (atracó a mano armada) en una oficina bancaria. El contrato en esta litis es el del seguro de daños, en su variedad de seguro contra el robo, denominado «seguro de robo y expoliación» celebrado entre la Compañía aseguradora «La Equitativa, S.A.», y la entidad bancaria «Bankoa, S.A.».

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil proclama la necesidad de la *congruencia*, como requisito intrínseco de la sentencia. Es doctrina jurisprudencial reiterada la que proclama que para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido (*ultra petita*), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes (*extra petita*) y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes (*citra petita*), siempre y cuando el silencio judicial no puede razonablemente interpretarse como desestimación tácita. Se exige para ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de demanda y, en su caso, de contestación, y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito. También puede apreciarse vicio de incongruencia en aquellas sentencias que prescinden de la causa de pedir y fallan conforme a otra distinta, al causar indudable indefensión, que no ampara el principio *iura novit curia*. Desde la perspectiva constitucional, este Tribunal viene declarando que para que la incongruencia por exceso adquiera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española, se requiere que la desviación o el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (*ultra petitem*) o algo distinto de lo pedido (*extra petitem*) suponga una modificación sustancial del objeto procesal con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes.

La interpretación de los contratos o de las cláusulas contractuales pretende averiguar y comprender el alcance del consentimiento, es decir, las declaraciones de voluntad de las partes. El Código Civil da una serie de normas de interpretación de los mismos a partir del artículo 1.281, y dispone que si los términos del contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas. Así, la jurisprudencia de la Sala ha sido reiterada en el sentido de que por su meridiana claridad, no puede ser objeto de otra interpretación que la resultante de sus propios términos gramaticales, a lo que se viene obligado, tanto para las partes como para el juzgador, por imperio del citado artículo 1.281.1.º del Código Civil y no debe admitirse cuestión sobre la voluntad cuando en las palabras no existe ambigüedad y el que las normas o reglas interpretativas contenidas en los artículos 1.281 a 1.289, todos ellos preceptos del Código Civil constituyen un conjunto subordinado y complementario entre sí, de las cuales tiene rango preferencial y prioritario la correspondiente al primer párrafo del artículo 1.281, de tal forma que si la claridad de los términos de un contrato no dejan duda sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas contenidas en los artículos siguientes, que vienen a funcionar con el carácter de subordinadas respecto de las que preconiza la interpretación literal. La jurisprudencia pues, ha sido constante y reiterada en el sentido de disponer que la interpretación de los contratos es función propia del Tribunal de instancia, cuyo resultado hermeneútico ha de ser mantenido y respetado en casación a no ser que el mismo sea ilógico o contrario al buen sentido o a la ley o haya incidido en manifiesta equivocación, así lo disponen, entre otras, las siguientes Sentencias del Tribunal Supremo de 8-5-91; 5-7-94; 29-3-94; 7-7-94; 9-7-94; 13-7-94; 25-1-95; 4-2-95; 10-4-95; 31-7-97 y 11-2-97.

EL PAGO POR UN TERCERO. EL ARTICULO 1.158 DEL CODIGO CIVIL.
(SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Santiago de Compostela en Sentencia de 23 de julio de 1991 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 1.ª) en Sentencia de 15 de enero de 1994 estima parcialmente el recurso de apelación.

No han lugar los recursos de casación interpuestos.

Hechos.—Nos encontramos ante un supuesto, no de cobro de lo debido, sino de pago por un tercero previsto en el artículo 1.158 del Código Civil, que literalmente es como sigue: «Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor.

El que pague por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad.

En este caso sólo podrá repetir del deudor aquello en que le hubiera sido útil el pago», declarado probado que la sociedad contratista abona al arquitecto sus honorarios nacidos del contrato de arrendamiento de servicios o de obra que le ligaba con la sociedad comitente, aquélla se encuentra legitimada para reclamar frente al verdadero deudor esas cantidades a cuyo pago éste ha sido condenado, tal reclamación surge de la obligación que la Ley fiscal impone al contratista.

Doctrina de la Sentencia.—Se valora la importancia y entidad del incumplimiento imputado al contratista que declara no es de suficiente entidad como para estimar que el interés del comitente queda totalmente insatisfecho, valoración que es compartida por la Sala y que impide la resolución del contrato, vedada, además, por el incumplimiento por el dueño de su principal obligación de pago e igualmente sería contrario a las reglas de la buena fe contractual a que se refiere el artículo 1.258 del Código Civil permitir al comitente retener el precio de la obra ejecutada por la existencia de defectos en ella de insuficiente entidad cuando esa falta de pago no trae causa en tales defectos sino que supone un reiterado incumplimiento de la obligación de pago en la forma pactada.

Es doctrina de la Sala la inadmisibilidad de citar en un motivo de casación los preceptos que se consideran infringidos por no ser función de la Sala el indagar cuál de esos artículos a los que se alude es el conculcado por la sentencia recurrida, sino que ha de ser la parte quien cite concretamente cada una de las normas o artículos de las mismas que considere ignorados.

RESOLUCION CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Sevilla en Sentencia de 7 de junio de 1993 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5.ª) en Sentencia de 15 de febrero de 1994 desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Objeto de la litis.—La entidad demandada «Dismet, S.A.» incumple la relación contractual como consecuencia de haber dejado de suministrar a «Elenisa, S.L.», la materia prima necesaria para la fabricación de unos pisapapeles de metacrilato.

Doctrina de la Sentencia.—El incumplimiento citado con anterioridad tiene tal gravedad que supone la frustración del contrato y se ha de considerar suficiente para basar el pedimento resolutorio y subsumir el contrato celebrado por las partes en la norma contenida en el artículo 1.124 del Código Civil, con la consiguiente resolución del mismo, y en cuya virtud se extingue la relación obligatoria existente entre los contratantes, cuando como sucede en nuestro supuesto, el incumplimiento del demandado tiene tal importancia en la economía del contrato que justifica plenamente su resolución, condición implícita en todas las obligaciones, que responde a un principio de equidad, puesto que es razonable liberar a cualquiera de las partes contratantes de las obligaciones que le incumban cuando la contraria deja incumplidas las suyas. Y resulta clara la doctrina de la Sala al respecto de que, fuera de formulismos enervantes, considera que, si del contexto de la sentencia se desprende con suficiencia cuáles son los hechos que por estar probados justifican la aplicación normativa que se realiza no puede aducirse, en definitiva, una falta de motivación por una supuesta modificación de preceptos. Y resulta perfectamente lícito *reservar* para la ejecución de sentencia, la determinación exacta del «*quantum* indemnizatorio», máxime cuando la sentencia recurrida deja definido el sentido del fallo al expresar que procede también acceder a la indemnización que se solicita, pero ello solo parcialmente en la forma que lo

hace la sentencia recurrida, pues los actores recogen en el cuerpo de su escrito de demanda una relación de perjuicios, consistentes en los gastos que les ocasionaron los despidos de sus trabajadores y sin embargo, en el suplico de dicho escrito sólo interesan que se les indemnice por el lucro cesante o ganancia dejada de obtener como consecuencia de la frustración del contrato por el incumplimiento de sus obligaciones por la otra parte contratante.

I. M. G.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

AA.VV. (IGNACIO ARROYO y JOSÉ MIGUEL EMBID, Coord.): *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Tecnos, Madrid, 1997, 1423 págs.

1. Dentro de las sociedades mercantiles, la Sociedad de Responsabilidad Limitada (SRL) constituye un tipo social relevante. La aprobación de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, supone el alcance de una nueva cima en una materia necesitada de constante estudio y adaptación a la realidad de nuestros días. De ahí que nuestros mejores juristas hayan insistido desde siempre en la necesidad de modernizar nuestro Derecho de sociedades (vid. GARRIGUES, JOAQUÍN: *Nuevos hechos, nuevo derecho de sociedades anónimas*, Edersa, Madrid, 1933; GIRÓN TENA, JOSÉ: «Las reformas varias, pendientes y andantes, de la sociedad anónima en España», en *La Ley*, 1989-1, pág. 923 y sigs.; POLO, ANTONIO: *Ante una nueva reforma de la sociedad anónima*, Barcelona, 1965). En ese sentido, la presente obra cumple la doble satisfacción de, por un lado, demostrar que nuestro legislador ha sido receptivo a las llamadas doctrinales; y, por otro lado, la de constatar que la importancia de la sociedad limitada ha tenido la atención doctrinal que se merece.

Desde el punto de vista estadístico, no faltan datos reveladores de la consideración que merece la sociedad limitada entre las sociedades capitalistas pero, especialmente, en relación a la sociedad anónima. En particular, según datos del Registro Mercantil Central, en 1996 se constituyeron 91.804 sociedades de responsabilidad limitada frente a las 3.402 anónimas (véase SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO: *Instituciones de Derecho mercantil*, 1, 20.^a ed., McGraw Hill, Madrid, 1997, pág. 219). La proporción sigue en la actualidad, pues, según el Boletín Mensual de Estadística del INE, en los dos primeros meses del año 1998 se constituyeron 17.805 sociedades limitadas frente a las 679 anónimas. Contrasta, por consiguiente, con el panorama anterior, donde la Ley de Sociedades Limitadas de 1953 no logró el efecto mimético ensayado por el Derecho alemán, creando un tipo social más flexible y destinado a la pequeña y mediana empresa frente a otro tipo social destinado a la empresa de gran dimensión (vid. OTERO LASTRES, JOSÉ MANUEL: «La reforma de la legislación sobre sociedades: sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada», en AA.VV.: *¿Sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada? La cuestión tipológica*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 20 y sigs.). Efecto que, sin embargo, parece que sí ha conseguido la nueva Ley de 1995, cuyas razones pueden explicarse ahora por la flexibilidad de su régimen jurídico y la inferioridad del capital mínimo (SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO: «Elección del tipo societario: sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada y comanditaria por acciones», en AA.VV.: *¿Sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada? La cuestión tipológica*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 237).

El interés que la sociedad limitada despierta está fuera de toda duda. Estamos en presencia de un tipo social flexible que ha huido del reducido espacio que la anónima alberga para la autonomía de la voluntad (aunque

todavía se ha sostenido la demanda de mayores cotas de libertad contractual para la SRL. ARROYO, IGNACIO: Prólogo a *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 26). La atención de nuestra doctrina por la reforma y estudio de la sociedad limitada ya se había manifestado anteriormente a la aprobación definitiva de la Ley de 1995 con la aportación de un voluminoso comentario del Proyecto (vid. AA.VV.: *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*, Dykinson, Madrid, 1994). Como era de esperar, la nueva Ley también ha generado una rica literatura jurídica. Así, cabe recordar las aportaciones de tres comentarios completos a la Ley: los coordinados por el profesor CÁNDIDO PAZ-ARES, *Tratado de la Sociedad Limitada*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1997; FERNANDO RODRÍGUEZ ARTIGAS, y cols., *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995*, vols. I y II, McGraw-Hill, Madrid, 1996; y VÍCTOR GARRIDO DE PALMA, *La sociedad de responsabilidad limitada*, Trivium, Madrid, 1996. A esas obras viene a añadirse una nueva obra colectiva, coordinada por los profesores IGNACIO ARROYO MARTÍNEZ y JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO, *Los comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Tecnos, Madrid, 1997.

El presente comentario se caracteriza, en primer lugar, por ser un estudio sistemático de todo el articulado de la Ley, permitiendo la consulta individualizada de cada uno de los preceptos; en segundo lugar, por la selección de las fuentes bibliográficas y jurisprudenciales y de las Resoluciones de la DGRN, lo que permite obtener las más recientes tendencias teóricas y prácticas en relación a los problemas planteados; y, en último término, por tratarse de una obra redactada con claridad.

II. La obra se estructura en once capítulos correspondientes a la estructura de la Ley, más las Disposiciones Adicionales, Transitorias, Derogatorias y Finales. El comentario del capítulo I (arts. 1 a 10) corre a cargo de los profesores IGNACIO ARROYO, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Barcelona, y JORGE MIQUEL, Profesor Asociado de la misma Universidad, quienes analizan el concepto y los caracteres de la SRL. En ese sentido, es relevante el comentario del artículo 1.º, donde el profesor ARROYO pone de manifiesto que el elemento caracterizador de la SRL son las participaciones sociales. En relación al concepto legal, el autor analiza la configuración del tipo societario que realiza la Exposición de Motivos de la Ley, y concluye que «la LSL de 1995 es una buena ley, desde el punto de vista técnico, pero criticable en su planteamiento general. Adolece de los defectos achacables a la ausencia de una política legislativa clara y coherente sobre la tipología societaria» (pág. 39). Los aspectos tipológicos también se presentan en los restantes preceptos del capítulo I, como pone de relieve el examen de la configuración de las participaciones sociales en el artículo 5 (págs. 59 y sigs.) o la crítica a la inclusión del régimen de las sucursales (art. 8) en las Disposiciones Generales. El comentario también se centra en los problemas prácticos cuando resulta necesario, como evidencia, por ejemplo, la referencia al concepto de «identidad» de la denominación social (art. 2.2), a la posibilidad de establecer regímenes diferentes de separación de los socios (art. 5.1) o al concepto de «grupo de sociedades» (art. 10.1).

Las Secciones 1.ª y 2.ª del capítulo II están comentadas por RICARDO CABANAS TREJO, Notario y Profesor Asociado de la Universidad de Barcelona, y don RAFAEL BONARDELL LENZANO, corredor de comercio y también Profesor Asociado de la misma universidad, mientras que el profesor JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia, se encarga

de la Sección 3.^a El comentario de los preceptos correspondientes a las dos primeras secciones tiene una finalidad práctica, no desprovista de consecuencias tipológicas. No obstante, el comentario culmina con unas reflexiones de naturaleza tipológica, de neto carácter teórico. En relación a los artículos 16 y 17, el Profesor EMBID presta una atención especial a los dos aspectos esenciales de la nulidad como son el carácter tasado de las causas y la necesidad de proteger la apariencia jurídica. El autor también estudia la posibilidad de subsanación, así como sus aspectos procedimentales.

La Sección 1.^a (arts. 18 a 21) del capítulo III también está comentada por RAFAEL BONARDELL y don RICARDO CABANAS. Se trata del régimen jurídico de las aportaciones sociales. Los autores destacan la preocupación del legislador para conseguir la realidad de la aportación, lo que implica la fijación de mecanismos de valoración de las aportaciones, así como la existencia de un régimen de saneamiento y de responsabilidad. El Profesor ANDRÉS JUAN RECALDE CASTELLS, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Jaume I de Castellón, comenta los artículos correspondientes a la Sección 2.^a (arts. 22 a 25), que regulan las prestaciones accesorias. En general, señala su función flexibilizadora, lo que permite que una sociedad capitalista se adecúe a las necesidades de las pequeñas y medianas empresas. La Ley establece su carácter estatutario y retribuido, la transmisión de las participaciones con prestaciones accesorias y la modificación de la obligación de realizar prestaciones accesorias.

El Profesor FRANCISCO JOSÉ ALONSO ESPINOSA, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Murcia, comenta las secciones I.^a y II.^a del capítulo IV referente al régimen de las participaciones sociales (arts. 26 a 34). Tras exponer los caracteres y funciones generales, se centra en la naturaleza de la documentación. La sección II.^a (arts. 29 a 34) contiene el régimen de transmisión de las participaciones sociales cuyo análisis permite al profesor ALONSO ESPINOSA calificar el modelo español como una «sociedad prácticamente abierta estatutariamente clausurable». En el comentario se estudian problemas prácticos como el alcance de la expresión «prácticamente» del artículo 30, algunas cuestiones procesales del régimen de transmisión forzosa (art. 31), las condiciones del ejercicio del derecho de los socios a adquirir las participaciones del socio fallecido (págs. 370 y sigs.), las posibilidades de actuación de la sociedad (art. 32) y la ineficacia de las transmisiones contrarias a la ley o a los estatutos sociales (art. 34).

La Sección 3.^a (arts. 35 a 38) corre a cargo de JOSEBA AITOR ECHEBARRÍA SÁENZ, Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Valladolid, que se refiere a los derechos reales sobre participaciones. El tema principal del artículo 35, relativo a la copropiedad de participaciones, es la representación de los cotitulares. Tras criticar las divergencias entre el artículo 37 LSRL y el 67 LSA, y la remisión a los artículos 68 y 70 LSA, el autor analiza las relaciones jurídicas tanto externas como internas que genera el usufructo de participaciones sociales, así como la prenda y el embargo de participaciones (arts. 37 y 38). LUIS ANTONIO VELASCO SAN PEDRO, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valladolid, comenta la Sección IV.^a (arts. 39 a 42) sobre adquisición de las participaciones propias. Analiza conjuntamente los artículos 39 a 42 y destaca la mayor restricción de la LSRL respecto de la Ley de Sociedades Anónimas. Comenta los regímenes de la adquisición originaria y derivativa de las participaciones recíprocas, basado en la remisión a los artículos 82 a 88 LSA, y el régimen sancionador administrativo.

El objeto del capítulo V son los órganos sociales, y su extensión obliga a analizar por separado las dos secciones que los componen. La primera regula la Junta General. GUILLERMO ALCOVER GARAU, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de las Islas Baleares, analiza los artículos 43 y 44. El autor realiza unas reflexiones de carácter tipológico que le permiten concluir en la configuración de la sociedad de responsabilidad limitada como una «pequeña anónima». Asimismo, se refiere a la relación entre la junta general y el órgano de gestión social, que centra el comentario del artículo 44. En relación a ese aspecto, el autor concluye la necesidad de buscar un equilibrio entre los socios de las pequeñas y medianas empresas y la esfera de poder de los administradores. Los cinco artículos siguientes los estudia APOLONIA MARTÍNEZ NADAL, Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de las Islas Baleares. Destaca el análisis del artículo 45, respecto del que la autora citada analiza la legitimación activa para convocar la Junta general, la titularidad de la iniciativa de la convocatoria, el problema de las sociedades acéfalas y el régimen de convocatoria general. Además, comenta la forma, tiempo y contenido de la convocatoria (art. 46), el lugar —término municipal y local— de celebración (art. 47), la Junta universal (art. 48) y la asistencia a la Junta de los socios, en persona o representados, y de las personas que no son socios (art. 49). El análisis de los tres artículos siguientes lo realiza el profesor EMBID IRUJO. Respecto de la mesa de la Junta general (art. 50), analiza su composición, las facultades y la competencia del Presidente y del Secretario de la Asamblea. El comentario del artículo 51 se inicia con la presentación de la relevancia del derecho de información en la actualidad para analizar a continuación su régimen jurídico: su relación con otros preceptos —en particular, 48 LSA y 86 LSRL—, su configuración en los Estatutos, la posibilidad de establecer desigualdades entre las participaciones, su ejercicio y su contenido. Gran atracción despierta el tema del conflicto de intereses (art. 52), dada la novedad de su regulación en el marco de la Junta general. Realizada una crítica a la técnica legislativa, el profesor EMBID se refiere a las consecuencias del conflicto para finalizar con el análisis puntual de los supuestos de conflicto de interés. Por su parte, JORGE MIQUEL comenta el artículo 53, que tiene por objeto el principio mayoritario. Se refiere a las características esenciales del precepto para analizar, seguidamente, el concepto de «mayoría», con el examen de los supuestos especiales y los principales problemas que el principio presenta. El estudio de la documentación de los acuerdos sociales la realiza el profesor IGNACIO QUINTANA CARLO, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Zaragoza, y JOSÉ-ALEJO RUEDA MARTÍNEZ, Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Oviedo, que comentan los artículos 55 y 54, respectivamente. El primer autor comenta el régimen del acta notarial de la Junta. El análisis del último precepto se descompone en la documentación del acuerdo, la inclusión en el acto de la lista de asistentes y la aprobación del acto. Finalmente, el artículo 56 disciplina la impugnación de los acuerdos sociales, que es analizado nuevamente por el profesor ARROYO, quien realiza una exégesis completa de su régimen.

El órgano de administración se recoge en la Sección II.^a del capítulo V. FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad Jaume I de Castellón, comenta los ocho primeros preceptos. Sistematiza el análisis del artículo 57 en tres temas: la estructura del órgano de administración, la organización y composición del Consejo de Administración y la delegación de facultades. Respecto del artículo 58 analiza la competencia para

el nombramiento, las condiciones para el acceso y la eficacia del nombramiento. Seguidamente comenta el régimen y el funcionamiento de los administradores suplentes (art. 59), haciendo comparación con el mecanismo de la cooptación de la sociedad anónima. Asimismo, examina la duración del cargo de los administradores (art. 60). En cuanto al artículo 61 —el ejercicio del cargo— presta atención al deber de diligencia y a las consecuencias de la inmisión de la Junta general en la esfera de administración. En relación a ese precepto realiza también la exégesis de los artículos 62, 63 y 64. El comentario del resto de los preceptos de la Sección 2.^a, a excepción del artículo 69, lo realiza el profesor EMBID IRUJO. En relación al artículo 65 sostiene que la prohibición de competencia constituye una nueva expresión del conflicto de intereses sociedad-socio. Seguidamente se estudia la gratuidad del cargo de administrador (art. 66), que parece carente de justificación. Finalmente se alude a la disciplina de la separación de los administradores, refiriéndose al carácter imperativo o dispositivo y estudiándose su régimen jurídico, siempre con una fina sensibilidad jurídica. Como colofón del presente capítulo también comenta el régimen jurídico de la impugnación de los acuerdos del órgano de administración del artículo 70. El comentario del artículo 69 sobre la responsabilidad de los administradores corresponde al profesor IGNACIO ARROYO. Con carácter previo, presenta la estructura plural de la responsabilidad y las fuentes y características de la responsabilidad civil. Realiza el análisis de la institución centrándose, finalmente, en el dato práctico a través del estudio de las resoluciones jurisprudenciales más destacadas.

La modificación de estatutos constituye el capítulo VI y es analizado por JOSÉ MACHADO PLAZAS y FRANCISCO MERCADAL VIDAL, Profesores titulares de Derecho mercantil de las Universidades de Barcelona y Autónoma de Barcelona (arts. 71 a 83). En el comentario del artículo 71 presentan el tema y analizan la disciplina general de la modificación estatutaria —competencia, propuesta de la modificación, adopción de acuerdos, forma, publicidad y límites al poder de la Junta general— concluyendo con la enumeración de los supuestos principales de la modificación estatutaria. En el análisis del artículo 72, se refieren al principio general aplicable al cambio del domicilio para, después, acotar las hipótesis de cambio dentro del término municipal o el traslado al extranjero. Los artículos 73 y 74, relativos al aumento del capital social y a sus requisitos, los analizan conjuntamente. Introducida la problemática, se analizan los supuestos clasificados en función del procedimiento de ejecución (incremento del valor nominal y creación de nuevas participaciones) y del contravalor (aumento mediante nuevas aportaciones dinerarias, aportaciones no dinerarias y con cargo a reservas). Destacan también la ausencia de capital autorizado y de aumento por conversión de obligaciones. Los dos preceptos siguientes aluden al derecho de adquisición preferente. Comentan el ejercicio del derecho, su transmisión y el régimen de participaciones sobrantes. En cuanto al artículo 76, analizan los requisitos legales para la exclusión del derecho de adquisición preferente y los supuestos de exclusión automática. En relación al artículo 77, que trata el aumento incompleto de capital, señalan la diversidad de soluciones operadas en la LSA y LSRL. A continuación estudian la reducción del capital social a que se refiere el artículo 79 y realizan una especial referencia a su incardinación en el ámbito de las modificaciones estatutarias, su finalidad y sus procedimientos. Nuevamente analizan conjuntamente los artículos 80 y 81, que regulan la reducción del capital social por restitución de las aportaciones. Finalmente, estudian la reducción

de capital para compensar pérdidas y la llamada «operación acordeón» (arts. 82 y 83, respectivamente).

El capítulo VII (arts. 84 a 86), dedicado al régimen de las cuentas anuales, es analizado por el profesor EDUARDO GALÁN CORONA, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Salamanca. El autor pone en evidencia la uniformidad del régimen de las sociedades de capital, consecuencia del Derecho comunitario, lo que justifica la remisión que realiza el artículo 84 al régimen de la sociedad anónima. No obstante, el autor comenta el régimen jurídico-contable de la SRL inserto en la disciplina de las cuentas anuales. En cuanto al artículo 85, analiza la caracterización y el ejercicio del derecho al dividendo. Por lo que se refiere al derecho a examinar la contabilidad (art. 86), sostiene que se trata de una nueva concreción del derecho de información, por lo que completa el derecho de información general del artículo 51 con el régimen particular en materia de contabilidad del artículo 86.

El capítulo VIII versa sobre la transformación, fusión y escisión. El comentario de su sección 1.^a, dedicada a la transformación de la sociedad, la realiza FRANCISCO JOSÉ LEÓN SANZ, Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid. El autor se refiere a los cambios que introduce la nueva Ley incidiendo en la compleja regulación. Respecto al artículo 87 realiza unas consideraciones generales sobre la transformación, analiza su concepto y los supuestos. Seguidamente comenta, conjuntamente, los artículos 88 a 91, y analiza la transformación de la SRL en sociedades personalistas, capitalistas o en una cooperativa. Finalmente, se refiere (arts. 92 y 93) a la transformación de sociedades anónimas, de las personalistas o de las cooperativas, en sociedad limitada. El profesor EMBID analiza el régimen jurídico de la fusión y la escisión contenido en el artículo 94, donde existe una remisión al régimen jurídico de la sociedad anónima.

La profesora M.^a ISABEL MARTÍNEZ JIMÉNEZ, Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Barcelona, se ocupa del comentario de los preceptos relativos a la separación y exclusión de socios (arts. 95 a 103), que corresponden al capítulo IX. Pese a la similitud de algunas de sus consecuencias, constituyen dos supuestos distintos, pues la separación es un derecho inderogable del socio que tiene lugar en determinadas situaciones previstas expresamente en la Ley o en los estatutos mientras que la exclusión responde a un acuerdo de la Junta general que tiene por objeto la expulsión de un socio. La autora analiza el derecho de separación en el comentario del artículo 95. Así, estudia, entre otros aspectos, la noción, sus características básicas y el fundamento. Seguidamente se detiene en las causas legales y estatutarias de separación de los artículos 95 y 96, con especial referencia a los límites a la autonomía de la voluntad, a las menciones que las cláusulas deben contener y al requisito de la unanimidad. En relación al ejercicio del derecho de separación (art. 97), estudia el procedimiento para su ejercicio y su inscripción registral. Los artículos 98 a 101 disciplinan la exclusión del socio que se caracteriza por su carácter forzoso para el socio y por la ajenidad a su voluntad. Se trata de un remedio legal destinado a preservar la posibilidad de realizar el fin común o el interés social y en el que la autora destaca la relevancia que otorga Ley en relación a la disolución y liquidación del capítulo X. A continuación, comenta los artículos 100 y 101 que, según la autora, regulan «de manera minuciosa, aunque en algunos aspectos de forma algo incompleta» los efectos de la separación y exclusión del socio. Básicamente, son la pérdida de la condición de socio, la obligación de la sociedad

de restituir el valor real de las participaciones y la reducción necesaria del capital social mediante amortización de las participaciones. La autora destaca los aspectos regulados y los omitidos por la Ley, así como la pérdida de la condición de socio. Seguidamente se centra en los aspectos de la valoración de las participaciones y su reembolso. Asimismo, analiza el artículo 102, que regula la reducción del capital como consecuencia de la amortización de las participaciones sociales reembolsadas y termina con el comentario al artículo 103, relativo a la responsabilidad solidaria de los socios separados o excluidos, en el que presta una atención especial a la protección de los acreedores sociales y a las excepciones a la responsabilidad.

La Sección 1.^a del capítulo X lo comenta JOSÉ RAMÓN SALELLES, Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, que versa sobre la disolución de la SRL. Se trata de una regulación imperativa y novedosa para ese tipo social, cuyos preceptos son analizados conjuntamente. El autor destaca la previsión de la reactivación de la sociedad una vez disuelta. El profesor SALELLES aborda el estudio del concepto y la naturaleza de la disolución, analizando sus causas específicas. Concluye abordando los aspectos del procedimiento y la reactivación de la sociedad disuelta.

El comentario de la sección 2.^a, sobre la liquidación de la sociedad, corre a cargo de JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Salamanca, y de PAZ SOLER MASOTA, Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. El primero analiza los artículos 109 a 116, que mejoran el régimen de la sociedad anónima. De ahí que se cuestione la aplicación de la Ley 2/1995 a la anónima. Expone críticamente el régimen de la liquidación. Analiza el concepto y la caracterización de la sociedad en liquidación (arts. 109 y 110), así como los demás aspectos referentes a los liquidadores (arts. 110 a 115), finalizando por lo relativo a las operaciones y la contabilidad durante el período de liquidación (arts. 116 y 115). La profesora PAZ SOLER comenta los restantes artículos de la Sección 2.^a En cuanto al artículo 117, se refiere a la operación de cesión global del activo y del pasivo, examinando la naturaleza y el procedimiento de la operación. A continuación analiza el artículo 118, relativo al balance final de liquidación. Asimismo, estudia el artículo 119, que se refiere a la cuota de liquidación, poniendo en evidencia los distintos intereses que confluyen entre los acreedores de la sociedad y los socios. Asimismo, estudia conjuntamente los artículos 121 y 122 que versan sobre la fase de la extinción de la sociedad que se materializa en el otorgamiento de la escritura y el procedimiento de cancelación registral. Por último, también analiza los artículos 123 y 124, cuyo objeto es el sobrevenimiento del activo o del pasivo y la insolvencia de la sociedad en liquidación, respectivamente.

El capítulo XI (arts. 125 a 129) lo comenta JOSEFINA BOQUERA MATARREDONA, Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia. Se trata de uno de los aspectos más novedosos de la LSRL, fruto de la incorporación de la Directiva comunitaria. Analiza los conceptos de sociedad unipersonal de responsabilidad limitada y de socio único. Asimismo, se refiere a la publicidad de la unipersonalidad de la sociedad (art. 126). Estudia la estructura orgánica de la sociedad, la adopción de decisiones y su documentación (art. 127). Analiza los supuestos de contratación del socio único con la sociedad unipersonal (art. 128). En ese sentido se refiere a la obligatoriedad de la formulación por escrito de los contratos, su publicidad y las consecuencias dimanantes de la insolvencia del socio único. Por último, alude a la responsabilidad

por el incumplimiento de la obligación de inscribir la sociedad unipersonal en el Registro Mercantil (art. 129).

Junto al comentario de los once capítulos precedentes, también se aborda el de las Disposiciones Adicionales y las Disposiciones Transitorias de la Ley, siempre más árido pero no menos importantes. Lo realizan JOSÉ-ALEJO RUEDA MARTÍNEZ y EMILIO-J. LÁZARO SÁNCHEZ, Profesores Titulares de Derecho Mercantil de la Universidad de Oviedo y de Murcia, respectivamente. La obra también está provista de unos anexos que contienen el texto de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, un índice de jurisprudencia citada y un índice de materias de la ley.

III. La valoración que debe hacerse de la obra es necesariamente positiva. En primer lugar, se trata de un comentario que conjuga paladinamente dos aspectos que lo realzan. Así, el teórico o dogmático, pues la obra está escrita por profesores universitarios, lo que aporta el valor añadido del rigor científico; y, el práctico, que permite acercarse a la realidad, sin soslayar la importancia del caso concreto. En segundo lugar, hay que referirse a la concepción de la obra o, dicho en términos mercantiles, a las prestaciones del producto. En efecto, se trata de un comentario sistemático, artículo por artículo, lo que permite al lector la consulta directa del dato concreto sin perderse en otras cuestiones innecesarias. El comentario de cada precepto va precedido de un sumario de los temas a tratar. Además, existen numerosas referencias a las resoluciones jurisprudenciales y a las de la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras. Al comentario de cada artículo se acompaña una bibliografía española básica o fundamental, lo cual también constituye una herramienta útil a la hora de profundizar o contrastar opiniones doctrinales. En tercer lugar, hay que referirse a la pluralidad de autores. A nuestro entender, esa circunstancia refuerza la obra, pues permite a cada autor centrar sus esfuerzos en una problemática distinta, analizando cada artículo en su justa medida. En cuarto y último lugar, se trata de una obra con «polivalencia funcional», pues está dirigida a todos los interesados en el Derecho de sociedades, tanto prácticos como estudiosos del Derecho.

RAMÓN MORRAL SOLDEVILA
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Barcelona

AFONSO RODRÍGUEZ, M.^a ELVIRA: *Las menciones de derechos en el Registro de la Propiedad*, Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1998. Un tomo de 440 págs.

Comienza el libro partiendo de una idea general y aproximativa de la mención, diciendo que es una manifestación registral mediante la cual se hace constar algún derecho real diferente del que se inscribe.

Más adelante, se recoge el concepto, ya completo y elaborado, que nos da ROCA SASTRE de la figura de la mención como la indicación o alusión hecha, en forma simple pero expresa, en un asiento de inscripción o de anotación preventiva, de un acto inscribible relativo a una finca, de la existencia sobre ésta de alguna carga, gravamen o derecho real inmobiliarios que se hallen meramente relacionados, mas no constituidos, en el mismo título objeto de dicha inscripción o anotación y sin constar inscritos en el Registro.

La autora de este libro, donde se contempla con amplitud y detalle la figura, hace suyo el concepto de mención que da ROCA, que coincide con el estudio doctrinal y jurisprudencial que nos presenta.

En efecto, y antes de llegar a esta definición, ha evitado empezar la casa por el tejado, y nos hace previamente una exposición de cómo se ha tratado la mención en los textos legales hipotecarios y notariales, cómo ha sido contemplada por la doctrina y cómo se han aplicado los preceptos que estaban vigentes en cada época por la jurisprudencia de los Tribunales y de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Es así como llega a la completa delimitación de la figura mediante el estudio de sus requisitos y efectos, diferenciándola de otras afines, para terminar con la normativa actual sobre su caducidad y cancelación.

En la parte primera del libro, como hemos dicho, se estudia la evolución de la figura a lo largo de la regulación en las leyes hipotecarias. El primitivo texto del artículo 29 de la Ley de 1861 daba plena efectividad contra terceros a «todo derecho real de que se haga mención expresa en las inscripciones o anotaciones preventivas, aunque no esté consignado en el Registro por medio de una inscripción separada o especial». Se exceptuaba expresamente a la hipoteca, que sí requería inscripción separada. Tal norma recibió la crítica de la práctica totalidad de los autores, que la calificaron de ambigua, oscura, deficiente y anfibológica; el alcance de esa eficacia frente a terceros que se venía a reconocer a los derechos mencionados provocó un fuerte debate y nunca se pusieron de acuerdo los autores en que si tales menciones supondrían un obstáculo o tan sólo una dificultad para inscribir títulos posteriores opuestos al derecho mencionado. La autora recoge las distintas posturas de esta discusión que se reflejan en el libro.

Las reformas de la Ley Hipotecaria de 1869 y 1909 sólo supusieron ligeros retoques en la redacción del artículo 29, que seguía admitiendo, como se ha dicho, la efectividad de las menciones frente a terceros.

Es la reforma de la Ley Hipotecaria de 1944 la que supone un giro totalmente contrario a reconocer efectos respecto de terceros a las menciones. En la Exposición de Motivos de la Ley de 30 de diciembre de dicho año se dice que ninguna razón abona que continúen mencionándose en el Registro los derechos susceptibles de inscripción separada y especial; su consignación, según la forma precedente, era una dificultad para el comercio inmobiliario y el crédito territorial. Los titulares de esos derechos deben cuidar de su ingreso directo en el Registro y su negligencia no ha de merecer protección.

La situación anterior, pues, no debía mantenerse. La autora recoge la opinión de GONZÁLEZ PALOMINO, quien denunciaba la existencia de una ingente gama de derechos y cargas, vigentes los menos y extinguidos los más, que eran reminiscencias de las antiguas Contadurías de Hipotecas y sólo resultantes de las normas que las anteriores Leyes Hipotecarias habían permitido en su artículo 29.

En los debates doctrinales triunfó la tendencia que propugnaba la supresión absoluta de la efectividad de los derechos sólo mencionados. Y tras la reforma de 1944-46 son expulsadas las menciones de nuestra legislación en un afán de dotar de mayor claridad al Registro, buscando su mayor identificación con la realidad jurídica extrarregistral. De este modo, como es sabido, la redacción actual del artículo 29 de la Ley Hipotecaria es rotunda al señalar que la fe pública del Registro no se extenderá a las menciones de derechos susceptibles de inscripción separada y especial. Y en el artículo 98 se insiste

en que las menciones de derechos susceptibles de inscripción especial y separada no tendrán la consideración de gravámenes a los efectos de esta Ley y deberán ser canceladas por el Registrador a instancia de parte interesada. El régimen de expulsión de las menciones se completa en la Disposición Transitoria 1.ª, que declara caducadas las existentes al llegar a los quince años de su fecha.

El libro recoge y comenta un apunte sobre la legislación notarial relativa a la forma de redactar los documentos públicos sujetos a inscripción, donde debían recogerse las cargas existentes, y examina las recientes normas dictadas sobre la colaboración entre las Notarías y los Registros para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario.

La autora, frente a la posición que niega toda actualidad al problema de las menciones, considera que puede ser un error la creencia de que con los preceptos prohibitivos se ha conseguido la eliminación total de las menciones en el Registro y cita al efecto las opiniones en este sentido de COSSIO CORRAL, CAMY y TIRSO CARRETERO.

Sobre la naturaleza de las menciones y su consiguiente efectividad, la doctrina ha sido abundante y no siempre concorde. La autora recoge minuciosamente una amplia panoplia de opiniones de los hipotecaristas sobre el particular. Destacan en los extremos la negación absoluta de efectos para las menciones que patrocina SANZ HERNÁNDEZ frente a la de ROCA SASTRE, que da efectividad a las menciones en determinados aspectos.

En el libro se reseña la notable disparidad existente en la doctrina a la hora de conceptualizar y valorar las menciones, todo derivado de la diversidad de normas que se encontraban vigentes en el momento de formular cada opinión. Poco más o menos ocurre si se analiza la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la de la Dirección General, de gran importancia en cuanto que decidieron casos que se presentaron en la práctica. Se resumen cuatro sentencias anteriores a la reforma de 1944 y seis sentencias posteriores; y en cuanto a la doctrina sobre las menciones de la Dirección General, se recogen catorce resoluciones anteriores a 1944 y doce dictadas después de la reforma. Estas decisiones reflejan una variedad de supuestos de hecho que vinieron a condicionar y determinar las soluciones que se adoptaron en cada caso, y que son aleccionadoras para su estudio. El libro resume antecedentes, fundamentos y fallos que dan una valiosa información para quienes tengan interés en estudiar dichos supuestos. Pero la autora no se limita a resumir los fallos, sino que también añade una interesante recapitulación crítica sobre cómo se trata y delimita el concepto y la naturaleza de las menciones en estas decisiones. Examina, en primer lugar, los supuestos en que se rechazó la calificación de mención por tratarse de condicionamientos de la relación jurídica inscrita o ser simples arrastres de cargas de los asientos anteriores, por ser inscripciones de varios derechos reales en virtud de un solo título o por tratarse de derechos personales, simples datos descriptivos o mención de los derechos legitimarios del artículo 15 de la Ley Hipotecaria. En otras sentencias y resoluciones se contemplan verdaderos supuestos de mención, como la del usufructo al inscribir la propiedad o viceversa, los gravámenes en garantía del pago de una pensión, las cláusulas de sustitución, las servidumbres cuando figuran en el predio dominante y la referencia al dominio directo cuando se inscribe el dominio útil.

Y llegado a este punto es cuando la autora, como hemos dicho, recibe en su libro como más aceptable el concepto dado por ROCA SASTRE y sigue determinando las notas que, a su juicio, caracterizan a la mención. Debe tener,

dice, claridad y carácter expreso en el sentido de que, si bien no constan en ella las circunstancias exigidas para las inscripciones, sí debe figurar explícitamente la carga o gravamen en el asiento donde se contiene tal alusión o manifestación.

Fijados el concepto y los presupuestos, la autora pasa a estudiar cuáles son los efectos de las menciones, pues si bien han quedado prescritas, la verdad es que no se han cercenado todas las vías de su posible ingreso en el Registro. La cuestión no es sencilla y ha sido muy discutida; por un lado, los autores que permanecen fieles al mandato legislativo declaran que la mera constancia registral del derecho mencionado no enerva la aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, por cuanto no priva de buena fe al tercer adquirente.

Para otros, la mención sí tiene el efecto de eliminar la buena fe de este tercero. Esta es la opinión que defiende la autora, pues cree que la mención registral, aunque haya ingresado indebidamente en el folio de la finca, no deja de ser una forma de constatación registral de la existencia de un derecho a la que el juego del principio de la publicidad dota de una cierta eficacia que no podemos desdeñar; efectivamente, dice, puede constituir u operar como principio de prueba de la existencia de ese gravamen que el adquirente no puede desconocer. La autora es consciente, y así lo expresa, de que no se trata de un tema fácil, pero mantiene y defiende su postura con amplios razonamientos. Sin embargo, no deja de ser discutible, en cuanto que el artículo 29 es rotundo, al proclamar que las menciones no producirán efectos respecto de terceros, y en el artículo 34 se presume la buena fe hasta no demostrarse lo contrario. Por ello, si la mención sirve o no para destruir esa presunción de buena fe, será siempre una cuestión de hecho a dilucidar en cada caso concreto por los Tribunales.

En el capítulo VIII del libro se expone lo relativo a la caducidad y cancelación de las menciones. Con la Ley en la mano, la autora distingue dos supuestos: las menciones practicadas antes del 1 de julio de 1945, que se rigen por la Disposición Transitoria 1.ª, y las posteriores a 1945, que se cancelan según el artículo 98 de la Ley.

En el capítulo IX, último del libro, la autora estudia las figuras afines, pero distintas a las menciones. Así, diferencia las menciones de las condiciones de la inscripción previstas en la regla 6.ª del artículo 51 del Reglamento Hipotecario, del simple arrastre de cargas en asientos sucesivos, de la reserva de derechos en favor de terceros cuya aceptación no consta, de las limitaciones impuestas por las normas urbanísticas y, por último, distingue la mención de la determinación de pisos que se verifica en el asiento del régimen de propiedad horizontal de la finca matriz. Todos ellos son, ciertamente, supuestos distintos.

Con ello termina este completo estudio de la figura de las menciones en el Registro que hemos tratado de presentar y resumir.

M.ª DEL CARMEN CORRAL GIJÓN

BENAVENTE MOREDA, PILAR: *La venta de la cosa arrendada*. Edita: Centro de Estudios Registrales, año 1998. Un manual de 254 págs.

La cuestión básica ante la que nos sitúa la brillante obra de doña PILAR BENAVENTE MOREDA estriba en el siguiente interrogante: ¿*Venta quita renta, venta no quita renta?* —«*emptio tollit locatum*», «*emptio non tollit locatum*»—.

Nuestra autora divide este interesante, sugestivo y útil libro en tres grandes partes, clara y significativamente diferenciadas, las cuales tienen como finalidad primordial *el análisis de la figura de la VENTA DE LA COSA ARRENDADA*, para lo cual se parte desde los orígenes de dicha figura en los textos romanos hasta llegar a nuestros días en los textos de nuestro ordenamiento jurídico. La tendencia histórica de nuestro legislador, a salvo de la regulación especial en materia de arrendamientos rústicos y urbanos, ha sido la de mantener el principio *venta quita renta*, por eso se dedica la PRIMERA PARTE al estudio del principio *emptio tollit locatum*, poniendo en el Derecho romano el énfasis de ser el antecedente básico del mismo, sus normas y los principios de las mismas extraídos se extienden y aplican sin discusión a lo largo de la historia de nuestro ordenamiento jurídico hasta reflejarse su carácter casi absoluto en las partidas. En ambos destacan como notas características las siguientes: inoponibilidad del arrendamiento al adquirente; sus excepciones fundamentales se deducen: 1) del pacto de respeto, y 2) de la larga duración del arriendo; en cuanto al (1) el pacto excluye cualquier condicionante que el derecho tenga, pues si bien el arrendamiento es *ius ad rem* y no ha de ser soportado por el adquirente, ello será salvo que el adquirente asuma tal carga voluntariamente, y en cuanto al (2) supone que el mismo deja de ser un derecho personal para adquirir el carácter de *ius in re*; el carácter personal del arrendamiento, y al mismo tiempo se señalan supuestos de excepción a la regla como los arrendamientos del fisco o la Iglesia, que evitan que el arrendatario tenga acción contra ellos como consecuencia de la expulsión. La esencia de tal principio se coloca en que el comprador de un fundo o el adquirente a título singular, no está obligado a conservar el arrendamiento otorgado por el dueño anterior, de la misma manera lo dicho se extiende a los casos en los que la adquisición se produce a título de legado, caso para el que el legatario no está obligado a respetar el arrendamiento otorgado por su causante, o en los casos de adquisición de derecho limitado, como el del usufructuario. Cuando se vende la cosa arrendada, aunque el arrendatario sea privado de la misma por el comprador, ello no implica la disolución del contrato, porque el derecho personal del arrendatario se mantiene frente al vendedor en los términos de poder exigirle responsabilidad por la privación del uso y disfrute de la cosa. La regla general del origen de la institución tiene su apoyo en el carácter personal del arrendamiento, lo que determina la ausencia de eficacia *erga omnes*, y como consecuencia de lo expresado el adquirente de finca (rústica o urbana) arrendada puede expulsar al arrendatario o colono de la misma, no obstante, en los de larga duración, a los que se alude como de vida o perpetuos, o pactados por tiempo no módico, el adquirente está obligado a respetar el arrendamiento vigente y su existencia se extiende primero a los arrendamientos rústicos y posteriormente sobre la propiedad privada.

El principio *emptio tollit locatum* se recibe en nuestro Código Civil recogiendo fielmente el principio romanista de la posible extinción del arriendo en caso de transmisión de la cosa arrendada y a él se dedica *el artículo 1.571*. Tal precepto se refiere exclusivamente al comprador de finca arrendada, sin embargo, también es aplicable no sólo al supuesto de adquisición de la titularidad dominical en virtud de contrato de compraventa sino también a otros supuestos en los que se produce una adquisición de la propiedad o se constituye un derecho real sobre la cosa arrendada compatible con el arrendamiento, produciéndose una sucesión a título singular con carácter de permanencia. Sin embargo, la regla general que preside es que el adquirente del bien

arrendado no viene obligado a respetar el arrendamiento vigente en el momento de producirse la transmisión, pudiendo dar por resuelto el mismo. El legislador ante el conflicto de intereses da prioridad al derecho de propiedad frente al del inquilino a ser mantenido en el goce pacífico de la cosa arrendada durante el tiempo de vigencia del arrendamiento. Alude la autora a que es curioso observar que nuestro ordenamiento jurídico es uno de los únicos en que el mencionado conflicto de intereses es resuelto de forma diferente que en la legislación común y en las especiales, siendo en estas últimas, el interés del arrendatario el más digno de protección. Paralelamente a lo acabado de exponer, cuando la adquisición se produce *con pacto de retro*, el adquirente no puede desahuciar al arrendatario hasta que no haya transcurrido el plazo para el ejercicio de retracto, y mientras esto sucede, el adquirente se subroga en los derechos y obligaciones del arrendador trasmite, debiendo respetar el arrendamiento (art. 1.572 del Código Civil). La consecuencia fundamental de la oponibilidad del arrendamiento al adquirente es para el arrendatario, la subsistencia del contrato de arrendamiento, en las mismas condiciones pactadas con el primitivo arrendador, si bien asumiendo tal relación con el adquirente subrogado.

La SEGUNDA PARTE se ocupa del principio *emptio non tollit locatum*, o lo que es lo mismo *venta no quita renta*. La regla general que se extrae del principio es la de que el adquirente ha de soportar el arrendamiento, pero caben excepciones que ponen en juego otros principios protectores específicos. Cita la autora dos proyectos de Código Civil, el de 1836 y el de 1851, en los que se mantiene una postura contraria a la tradición romanista y a la que luego se seguirá en el Código Civil, y cuyos criterios justifican el principio del que ahora nos ocupamos en la legislación especial en materia de arrendamientos urbanos y rústicos.

Se emite un brillante estudio en la obra de la venta de la cosa arrendada desde el punto de vista del Derecho comparado. Así, en el *Derecho francés*, se parte de la oponibilidad del arrendamiento al adquirente de la finca arrendada, si bien ello se va a producir cuando el arrendamiento reúna los requisitos de anterioridad y certeza: a) exigencia de fecha cierta anterior a la transmisión, y b) valor del conocimiento del adquirente. Por lo que se refiere al *Derecho italiano*, mantiene un criterio básicamente antirromanista, al que se adicionan determinadas limitaciones y excepciones, se parte, pues, de la oponibilidad del contrato de arrendamiento, en determinadas condiciones, al adquirente del bien arrendado, con la protección que ello supone de cara a la continuidad de la relación arrendaticia, y su regulación la contienen los artículos 1.599 a 1.604 del Código Civil, los cuales marcan los límites entre la oponibilidad absoluta, limitada o inoponibilidad del contrato de arrendamiento, la existencia o no de anterioridad y certeza de la fecha del contrato de arrendamiento, la inscripción o no del mismo y el carácter de mueble o inmueble del bien sobre el que el arrendamiento recae.

A lo largo de esta segunda parte y después de la justificación al principio *venta no quita renta*, se ocupa nuestra autora de acercarnos al tratamiento del tema, tanto en la legislación especial de arrendamientos urbanos como en la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980, por lo que a la primera se refiere, hemos de decir que son tres los regímenes diferentes que coexisten en materia de venta de fincas arrendadas sometidas a esta legislación especial en materia de arrendamientos urbanos: 1) contratos de arrendamientos celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985, en los que el

sucesor del arrendador tiene la obligación de respetar el contrato de arrendamiento que le es oponible de forma absoluta, tanto durante el plazo contractual como durante las prórrogas que le vienen impuestas forzosamente de la misma forma que el arrendador primitivo; II) los contratos de arrendamientos celebrados a partir del 9 de mayo de 1985, en los que rige el principio *emptio non tollit locatum*, si bien atemperado por el hecho de que el adquirente no viene obligado a soportar indefinidamente el arrendamiento, como consecuencia de la supresión de la prórroga forzosa, gozando el arrendatario de los derechos de adquisición preferente, y III) los contratos de arrendamiento celebrados a partir de la entrada en vigor de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994, y es que en la materia que estudiamos de venta del inmueble arrendado dicha Ley establece criterios diferentes para el arrendamiento de viviendas y uso diferente al de la vivienda, y ello porque la duración del contrato en uno y otro caso es distinto, aunque una cosa sí es clara, y es que en ambos supuestos se parte del principio *emptio non tollit locatum*, con ello se sigue la trayectoria de otros ordenamientos jurídicos contrarios a la regla del artículo 1.571 del Código Civil. Así, el artículo 14 de la vigente Ley de Arrendamiento Urbanos, recoge el principio *emptio non tollit locatum*, pero lo hace siguiendo un criterio parejo al establecido por el ordenamiento jurídico italiano, en la medida en que se diferencian supuestos en que el adquirente viene obligado a respetar el arrendamiento durante la totalidad del plazo contractual frente a los casos en los que sólo lo está por el período mínimo de duración de los contratos de arrendamiento de vivienda establecido en su artículo 9 (cinco años). Existiendo supuestos que se deducen del propio precepto en que el adquirente no está obligado a respetar el arrendamiento por plazo alguno. En este devenir se hace una concreta alusión al artículo 37 de la Ley Hipotecaria, pues la exigencia de que el adquirente esté protegido por el mismo para hacerle inoponible u oponible con carácter limitado el arrendamiento implica, frente al criterio mantenido respecto del artículo 1.571 del Código Civil, que no necesariamente un arrendamiento no inscrito será inoponible al adquirente, porque éste además, ha de reunir los requisitos que el mismo artículo 34 de la Ley Hipotecaria exige para hacerse merecedor de protección y que son los siguientes: adquisición de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitir; adquisición a título oneroso; que la adquisición se produzca de buena fe; y que el tercero adquirente inscriba a su vez su título en el Registro. Después el artículo 29 de la Ley de Arrendamientos Urbanos trata de los «arrendamientos para uso diferente al de viviendas» y mantiene, aunque con excepciones, el principio *emptio non tollit locatum* (venta no quita renta). Tal precepto parece, en principio, aplicable ante cualquier adquisición y no exclusivamente a los supuestos de transmisión a título oneroso como a contrario parece deducirse en el régimen común del Código Civil conforme al artículo 1.571, que se refiere al comprador de finca arrendada, si bien, al igual que en el artículo 14 sólo en los supuestos de adquisición onerosa podría quedar el adquirente protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Por lo que ahora a la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980, se refiere, existe una regulación específica para el supuesto de transmisión de la finca arrendada en el artículo 74, haciendo prevalecer el principio contrario al recogido por la legislación civil, al hacer oponible, con carácter absoluto, al adquirente de la misma, aunque esté protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, el arrendamiento vigente al tiempo de la

transmisión, supone el precepto una aplicación del principio *emptio non tollit locatum*, que implica la derogación de lo dispuesto en el artículo 1.571 del Código Civil. El contrato de arrendamiento resulta oponible al adquirente con carácter absoluto, consecuencia de lo cual, éste se subroga *ex lege* en todos los derechos y obligaciones del arrendador. Y ello se produce independientemente de si el arrendamiento se halla o no inscrito en el Registro de la Propiedad o en un Registro especial. Y el contrato de arrendamiento es oponible aunque el tercer adquirente reúna los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Y se recoge también una solución para los supuestos de extinción del derecho del arrendador con criterios semejantes a los que el artículo 480 del Código Civil establece para la extinción del usufructo, y ello haciendo extensa la solución que se da en los casos en que el derecho que ostenta el arrendador tiene un carácter limitado (art. 13 en relación con el 78).

Y llegamos a la TERCERA PARTE del libro donde se ocupa la autora de esbozar el problema de la venta forzosa de la cosa arrendada como elemento de valoración de los intereses en juego, así se da título al último capítulo de este sugestivo trabajo efectuado por doña PILAR BENAVENTE, con el objeto de hacer un detallado examen de la protección de los intereses del propietario y del crédito territorial frente al de los del arrendatario, abogando entonces por la subsistencia del arrendamiento, para ello emite unos interrogantes que literalmente son como siguen: ¿Qué ocurre cuando una finca arrendada es objeto de ejecución hipotecaria con la subsiguiente adjudicación de la misma a un tercero en subasta pública? ¿Se trata de una auténtica enajenación? ¿Cuál de los derechos en juego prevalece? Hemos de cuestionarnos si el artículo 1.571 del Código Civil resulta aplicable al supuesto de venta judicial, y ello nos dirige a determinar si en tales casos el adquirente en venta judicial o forzosa es considerado como comprador a los efectos de tal artículo. En realidad, el artículo 1.571 se refiere al comprador de finca arrendada sin distinguir si ha de tratarse de adquisición voluntaria o forzosa, por lo que en principio no parece que hayan de excluirse tal tipo de adquisiciones, siendo esta la posición mantenida por el Tribunal Supremo en diferentes sentencias: Sentencia de 31-12-1897; Sentencia de 5-12-1924; Sentencia de 30-11-1939 y Sentencia de 17-10-1958, entre otras. Distingue más adelante entre los arrendamientos otorgados *con anterioridad* a la constitución de la carga real, en cuyo caso, no existe conflicto alguno, pues resulta aplicable el régimen del artículo 1.571, de manera que el arrendamiento será oponible al adquirente en subasta pública si consta inscrito en el Registro de la Propiedad conforme al artículo 2.5 de la Ley Hipotecaria por aplicación, igualmente, de lo dispuesto en el artículo 1.549 del Código Civil, y no resulta incompatible la aplicación de tal criterio con lo dispuesto en el artículo 131.17 de la Ley Hipotecaria. Y los arrendamientos otorgados *con posterioridad* a la constitución de la carga real, si no consta inscrito en el Registro, el adquirente podrá hacer uso del derecho a expulsar al arrendatario y le resultará inoponible el arrendamiento. Pero si está inscrito, el problema surge, pues, por aplicación estricta del principio recogido en el artículo 1.571, el arrendamiento resultaría oponible al adquirente como excepción a la regla *emptio non tollit locatum*. Sin embargo, por aplicación del artículo 131.17 de la Ley Hipotecaria, hay que deducir la prioridad de la hipoteca sobre el arrendamiento, con la consiguiente cancelación del asiento correspondiente al arrendamiento inscrito. Si la cuestión se plantea en el ámbito de los arrendamientos sometidos a la legislación especial, TRLAU de 1964, el artículo 57, el problema se complica

porque, por un lado, se prevé para los arrendamientos sometidos al mismo no sólo la oponibilidad del arrendamiento al tercero que suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones, sino su prórroga forzosa para el arrendador primitivo o el que le suceda, llegado el momento del vencimiento del contrato, independientemente de que el adquirente esté o no protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, así como de que el arrendamiento esté o no inscrito en el Registro de la Propiedad. Frente a ello el artículo 131.17 de la Ley Hipotecaria prevé que tras la adjudicación se procederá a la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la de hipoteca, debiendo ponerse el adquirente, si lo solicitase, en la posesión de los bienes. En el caso de los arrendamientos urbanos sometidos al TRLAU tras la entrada en vigor del Real Decreto de 30 de abril de 1985, en relación con las ventas forzosas se entiende que habrá de seguirse el criterio antes hecho manifiesto para el supuesto del artículo 57 del TRLAU de 1964, para los arrendamientos concertados con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley de 30 de abril de 1985, pues el arrendamiento posterior a la hipoteca constituye un gravamen. Algunos autores entienden, sin embargo, que para tales arrendamientos se deduce claramente la aplicación prioritaria del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, de las decisiones del Tribunal Supremo y de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de enero de 1992, que expresamente analiza situaciones a las que devenía aplicable la prórroga forzosa, manteniendo la prioridad del derecho del arrendatario, pero no en caso contrario, este último también fue el criterio mantenido por la DGRN. Por lo que se refiere a los arrendamientos urbanos sometidos a la LAU de 24 de noviembre de 1994, la solución dada por el artículo 13 de la vigente LAU, es ampliamente discutido por la doctrina y por la jurisprudencia, recogiendo el supuesto de resolución del derecho del arrendador el de la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o sentencia judicial, atribuyendo al arrendamiento un trato de carácter singular y privilegiado respecto de los principios generales del derecho privado, y si el derecho del arrendador se resuelve antes del transcurso de cinco años como consecuencia de la enajenación forzosa, el arrendamiento, esté o no inscrito, se ha de respetar durante ese plazo, subrogándose el adquirente en la posición del arrendador por el tiempo que falte para que transcurra dicho plazo, si se produce después de los cinco años, el arriendo se extinguirá. Cuando se trate de arrendamientos para uso diverso de vivienda, el legislador, se observa, que ha omitido una regulación pareja a la prevista para las viviendas, dando por reproducido lo que la doctrina y la jurisprudencia planteaban al analizar la venta forzosa en los artículos 57 del TRLAU de 1964 y 131.17 de la Ley Hipotecaria. Así, si el arrendamiento se concertó con anterioridad a la constitución de hipoteca, no se plantea problema, pero hemos de diferenciar si se encuentra o no inscrito, pues si lo está, el adquirente en subasta pública vendrá obligado a respetar el arrendamiento, puesto que dejaría de estar protegido como tercero hipotecario al conocer de la existencia de la carga (principio de prioridad registral), y si no está inscrito deberá ser respetado por el adquirente, y si el arrendamiento es posterior a la hipoteca, la Ley deja sin resolver el problema, básicamente en relación con los arrendamientos inscritos, porque vuelve a plantearse si resulta de aplicación preferente la norma especial contenida en la LAU, o por el contrario, la norma hipotecaria. Y por último, analiza lo atinente a los arrendamientos sometidos a la LAR, vuelve a plantearse el interrogante de si en los supuestos de venta forzosa el adquirente se asimila al adquirente en venta voluntaria, o por el

contrario, tiene un tratamiento al margen. Si el arrendamiento es anterior a la constitución de la hipoteca, no existe, en principio, problema de subsumir el supuesto de adquisición forzosa en el artículo 74 de la LAR, porque el adquirente en virtud del procedimiento de ejecución hipotecaria es adquirente y el arrendamiento, esté o no inscrito, goza de mayor protección que el adjudicatario de la finca hipotecada tras el procedimiento de ejecución. Y si el arrendamiento es posterior a la constitución de hipoteca, existe una nueva discusión sobre si ha de prevalecer el arrendamiento por aplicación estricta de la oponibilidad del artículo 74 o ha de mantenerse la prioridad hipotecaria de conformidad con el reiteradamente aludido artículo 131.17 de la Ley Hipotecaria, llegándose a posturas coincidentes con las planteadas en el ámbito de la LAU, pero con distinto apoyo legal, pues el arrendamiento otorgado por el deudor hipotecado, con posterioridad a la constitución de hipoteca, se extingue cuando, como consecuencia de la ejecución hipotecaria, se adjudica la finca hipotecada a un tercero, extinguiéndose el derecho del arrendador, aunque ello sólo da derecho al nuevo propietario a pedir la resolución del arrendamiento en el procedimiento correspondiente.

ISABEL MORATILLA GALÁN

LÓPEZ LIZ, JOSÉ: *Procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria*, 2.ª edición, Bosch, Barcelona, 1998. Un tomo de 1015 págs.

En otro libro del mismo autor, éste nos cuenta la anécdota de que nuestro compañero PEDRO AVILA, con ocasión de una conferencia que había de pronunciar, lo presentó de esta guisa: «Nació el 11 de mayo, que es el día 131 del año, en 1931 (a punto estuvo de comerse el nueve), habita en el número 131 de la calle..., circula con un Seat modelo 131, ha escrito un libro sobre el artículo 131 de la Ley Hipotecaria y vivirá 131 años».

Y JOSÉ LÓPEZ LIZ, a quien ya conocemos por otras noticias de sus libros publicadas en esta Revista, nos sigue diciendo que se considera especialista en este artículo, y bien que lo ha demostrado. La primera edición de este libro es de 1987 y en este año aparece ésta sensiblemente corregida y ampliada.

Ahora, en que amenazan negros nubarrones sobre este procedimiento, esencialmente hipotecario, al que quieren absorber y desnaturalizar los redactores del proyecto de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Por eso, el propio autor en otro de sus libros recientes, titulado «Contra la hipoteca», hace una crónica del anuncio de su muerte, porque la Magistratura, dice, nunca ha colmulgado con un procedimiento que no lo es, porque ni hay parte demandada, sino finca ejecutada, y eso de que haya de proceder contra una cosa, aunque sea una casa, no casa con quien tiene que arbitrar una solución diferente para cada caso. Y lo del sumario, sigue diciendo, ha sido más bien mal interpretado como «corto» que como «breve», y ya se sabe que un proceso pequeño para una cuestión grande no es cuestión de tramitarlo en cuatro días. Si un 131 nunca baja de un año y casi nunca rebasa el bienio, la única solución es matarlo. En el citado libro «Contra la hipoteca», se contienen las dolorosas ironías copiadas y una crítica severísima de lo que se proyecta. El artículo 131 queda en la Ley Hipotecaria como una simple remisión a la nueva LEC, y en ésta se le configura con trazos muy distintos y distantes de lo que realmente es; ya no hay una verdadera base registral ni un principio de

legitimación como soporte. Veremos que sale, en definitiva, de este parto de los montes.

También en este libro, especialmente dedicado al artículo 131, expresa el autor su extrañeza por la proyectada reforma del procedimiento que pretende sustituirlo por otro de carácter ejecutivo ordinario, con fase cognitiva previa que podría menguar gravemente la efectividad realizadora del derecho de hipoteca, de siempre protegido por la plena legitimación del Registro de la Propiedad. Así lo hace ya en la primera parte del libro, dedicada a estudiar la implantación, desarrollo posterior del procedimiento y su naturaleza y constitucionalidad. En cuanto a su naturaleza, repasa las distintas tesis que se han mantenido en la doctrina, defendiendo que es un procedimiento con base estrictamente registral, tal como lo formularon ROCA SASTRE, GUASP y GARCÍA GARCÍA; la jurisprudencia no ha aceptado del todo tal formulación, según se deduce de las varias sentencias que el autor recoge, entre ellas las del Tribunal Constitucional que se han referido a la ejecución hipotecaria; es de especial interés la sentencia de 1997, que declara que se trata de un procedimiento especial de ejecución mediante el cual el acreedor hipotecario ejercita el *ius distrahendi* que le confiere el derecho real de hipoteca para conseguir la realización de valor de la finca hipotecada y obtener así la satisfacción de su derecho de crédito y, puesto que los afectados por la ejecución pueden acudir al juicio declarativo para la defensa de sus derechos, se declara que los artículos 131 y 132 de la Ley Hipotecaria no vulneran al artículo 24 de la Constitución.

En la segunda parte del libro se examina la regulación del procedimiento, en especial sus caracteres y requisitos. Se considera que la acción potestativa en cuanto se pueden elegir otros medios, es de carácter real, pues se trata del ejercicio de la acción hipotecaria que es ciertamente real. Otro carácter, que el autor no se cansa de recalcar y es cierto, es el de que tiene aplicación en virtud del principio de legitimación; tal como lo dijo ROCA SASTRE, toda la fuerza del ejercicio de la acción hipotecaria se basa en la presunción de la existencia del derecho y titularidad.

En cuanto a los trámites, éstos tienen carácter forzoso. Es potestativo del interesado elegir un procedimiento u otro para ejecutar la hipoteca, pero elegido éste, sus requisitos son fijos y los trámites han de seguirse forzosamente, sin posibilidad de omitir alguno o alterarlos. Son requisitos esenciales la fijación del precio para la tasación de la finca y señalar domicilio para requerimientos y notificaciones, puntos que son estudiados con detalle, con citas jurisprudenciales.

La tercera parte del libro, la más extensa, como es natural, trata de la tramitación del procedimiento. Son nada menos que 834 páginas de densa doctrina para comentar los distintos apartados del artículo 131, con atención a los distintos supuestos que pueden presentarse en la práctica y trayendo a colación, en cada caso, las diversas sentencias que se han dictado sobre el punto concreto.

En el período de iniciación o instrucción del procedimiento estudia la competencia judicial, ahora atribuida al Juzgado donde radica la finca, sin posibilidad de sumisión pactada; analiza la demanda y los distintos documentos que han de acompañarla, especialmente los que acreditan la existencia y exigibilidad del crédito y el requerimiento consiguiente si se ha efectuado; admisión de la demanda por el Juzgado si procede tras el examen de la documentación aportada, con el consiguiente requerimiento judicial y petición

de la certificación registral, que implica la nota marginal de haberse iniciado el procedimiento y que tiene las consecuencias de publicidad frente a todos que son conocidas; a base de esa certificación se han de producir las notificaciones a terceros poseedores y titulares de derechos o cargas. Igualmente estudia el autor la posibilidad que tiene el actor de pedir la administración de la finca o su posesión interina y que al Juez corresponde atribuir con todos sus trámites.

En el período de ejecución se analizan las reglas legales sobre señalamiento de subastas mediante los medios de publicidad establecidos, tipos para la primera y, en su caso, para la segunda o tercera, con posibilidad de autoadjudicarse el actor la finca; cuando la adjudicación se aprueba y una vez consignado el importe de la postura, el Juez adjudica definitivamente la finca con remisión del auto de adjudicación al Registro de la Propiedad, que permite la inscripción del dominio de la finca en favor del adjudicatario, al que ha de acompañarse el mandamiento para la cancelación de los asientos posteriores; aquí analiza LÓPEZ LIZ las facultades calificadoras del Registrador, especialmente las referentes a las notificaciones y al destino del sobrante si lo hubiere.

Este punto de la calificación de los documentos judiciales ha sido especialmente difícil en cuanto que, acudiendo, venga o no a cuento, al artículo 100 del Reglamento Hipotecario, los jueces son refractarios a que se ponga en duda alguna de sus actuaciones en este procedimiento. No se dan cuenta que el papel del Registrador no es precisamente agradable, pero está obligado a proteger la legalidad de los terceros. Es curioso que en la nueva regulación que se propone, se dedique el texto del artículo 132 proyectado a regular, esta vez sin discusiones, las facultades de calificación, especialmente los requerimientos y notificaciones y el destino del sobrante. Ahora no habrá dudas.

El libro contiene, por último, una cuarta parte donde se recoge el texto de las normas correspondientes a este procedimiento tanto de la Ley Hipotecaria como de su Reglamento.

Tal como dice en su prólogo el Notario LUIS ROCA-SASTRE MUNCUNILL, a la vista del libro se refleja claramente que el autor, en su calidad de Letrado, tiene amplia experiencia en estos campos, que ha adquirido por haber intervenido en tal concepto en numerosas ejecuciones hipotecarias. Pero no sólo hay experiencias en el libro, sino que LÓPEZ LIZ denota un dominio perfecto del aspecto doctrinal, por los atinados comentarios que hace a las distintas teorías que se han emitido, así como en el análisis de las sentencias y las Resoluciones de la Dirección General.

En resumen, un completo tratado del procedimiento del artículo 131, al que pueden acudir todos los que tengan relación con el tema en la seguridad de que encontrarán en él respuesta adecuada y completa a sus dudas.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

ORTEGA-VÉLEZ, RUTH E.: *25 lecciones de Derecho de familia*, Ediciones Scisco, San Juan de Puerto Rico, 1997, XVI y 368 págs.

Es un libro que se identifica con la Editorial: es *cisco*. Aunque ya la autora parece sentirlo en la *Advertencia*, cuando nos indica que «Nos guía la conjetura de que estas *Lecciones* puedan facilitar el estudio del Derecho de familia. Rogamos a Nuestro Señor que esta conjetura no resulte vana». Me

temo que la autora se equivocó. Ya es suficiente con observar la sistemática para poder apreciar que el libro es, más bien, un refrito de artículos diversos, ofreciendo unos esquemas intelectuales que recuerdan muy de cerca aquella clasificación del Reino vegetal que, jocosamente, nos ofrecía GONZÁLEZ PALOMINO en sus *Estudios jurídicos de arte menor*: árboles, lechugas, fanerógamas; pero añadiendo también las lejías y las acetonas. La obra es un auténtico desastre.

Luego de una primera lección, en que se ofrece un conglomerado de ideas pseudosociológicas sobre la familia, se sigue una segunda, en que se trata de las fuentes del Derecho (incluyendo jurisprudencia y autores), efecto retroactivo de las leyes, renuncia de derecho, domicilio, matrimonio, nacionalidad (como «ciudadanía»), contrato, testamentos, restricciones a la capacidad, persona jurídica, corporaciones, etc. Esta primera lección puede tener su explicación, que no su justificación, en la manía docente de situar el curso de Familia en el primer semestre del primer año de los estudios de Derecho, bajo la peregrina idea de que se facilita, así, el contacto del estudiante con el mundo jurídico, lo que, con frecuencia, lleva a diseñar un curso que nada tiene de Derecho y sí mucho de sociologismo pseudojurídico. Hasta aquí, pues, nada que objetar a la autora, que comprime una especie de Parte General contentiva de todo a modo de cajón de sastre.

Lo que ya no se explica, en función de los programas de estudio, es el resto de la sistemática del libro: Lección 3.^a: La incapacitación y la tutela. Lección 4.^a: Emancipación. Lección 5.^a: El apellido de la mujer casada. Efecto sobre la mujer puertorriqueña (como si el libro diese un trato universal a esta rama del Derecho, cuando, realmente, no sale del barrio). Lección 6.^a: El matrimonio. Lección 7.^a: Régimen económico matrimonial. Lección 8.^a: El régimen de capitulaciones matrimoniales (*sic*). Lección 9.^a: Ideas generales: la sociedad de bienes gananciales. Lección 10.^a: El capítulo 273 (arts. 1.295-1.327) del Código Civil de Puerto Rico (con olvido de que esa capitulación no es del Código Civil, sino de la división sistemática de las *Leyes de Puerto Rico anotadas*, conforme a criterios privados editoriales). Lección 12.^a: El proceso de divorcio (tema tan relevante al que se le dedican desde esta lección hasta la 15.^a, inclusive). Lección 16.^a: La filiación. Lección 17.^a: La adopción. Lección 18.^a: La patria potestad. Lección 19.^a: La custodia (que se extiende por la lección 20). Lección 21.^a: El derecho de visitas (*sic*). Lección 23.^a: Privación y recuperación de la patria potestad y custodia después del divorcio. Lección 24.^a: La obligación de alimentar a los hijos. Lección 25.^a: La pensión alimentaria (*sic*) al excónyuge con ocasión del divorcio.

Si el libro tuviese por fin divulgar entre el genio jurídico profesional la sarta de sandeces que se vuelcan en él, con abundante relación de jurisprudencia, vale. La cuestión crucial es que se dedica a libro de texto, con lo cual, ya ante el índice de la obra, el estudiante podrá confundir el polo sur con el acimut, resultando después lo que resulta.

Dado que «la mayor parte de las *Lecciones* provienen de otros libros de la autora», se dice en la Advertencia, sería bueno que la doctora ORTEGA-VÉLEZ evitara encuadernarlos en conjunto; sería más conveniente publicarlos separados y, mucho mejor aún, no publicarlos.

SERRANO GEYLS, RAÚL: *Derecho de familia de Puerto Rico y Legislación comparada*, Vol. I, San Juan (Puerto Rico). Con la colaboración de SYLVIA E. CANCIO GONZÁLEZ. XXXII y 820 págs. Publica: Facultad de Derecho, Universidad Interamericana de Puerto Rico.

Es el primero de una obra en dos volúmenes, recogiendo doctrina, jurisprudencia y legislación comparada. Es decir, como dirían los alemanes, ¡una obra kolossal!

Don RAÚL es persona sumamente conocida en Puerto Rico y, por ello, huelga su presentación, menos todavía por mí, que debo ser presentado. SYLVIA, excelente compañera mía cuando dictaba yo cátedra en esa casa. Don RAÚL, hombre serio, en el buen sentido de la palabra, y, por consiguiente, no en el unanuniano (= amargura), por lo que tiene rasgos de buen humor (ese «junto a», consignado en alguna referencia bibliográfica en nota al calce); SYLVIA, siempre con su tradicional simpatía.

La obra, sistemáticamente, se adapta al programa de estudios existente en las Escuelas de Leyes de Puerto Rico, lo que explica que, luego de unos capítulos introductorios sobre la familia y el Derecho de familia, trate de lleno el Derecho de la persona, para luego, adentrarse en la propia materia objeto de estudio. De ello deduzco que el libro está pensado como libro de texto, al que hay que augurarle un completo éxito; aunque sea una pena sacrificar la metodología al plan de estudios, confeccionado sin método alguno, lo que tiene sus implicaciones en el conocimiento del Derecho. Aunque esto no sea, obviamente, defecto de la obra, sino de los planes de estudios, hechos con los pies en lugar de con la cabeza.

Por el contrario, apartándose de lo tradicional, y con certera visión, la obra combina muy bien consideraciones de índole sociológica y relaciones con el Derecho constitucional que dan a la misma un enorme frescor, adecuando las disposiciones de la Ley formal que es el Código Civil, al imperativo entendido constitucional, que se proyecta al ámbito internacional. Y, con total oportunidad, la exposición positivo-doctrinal se acompaña de aquellas decisiones del Tribunal Supremo más pertinentes al punto de exposición o, en la alternativa, discusión. Junto a ello, y es obligado, una abundante referencia a las posiciones jurisprudenciales sobre cuestiones concretas o, incluso, de mero trámite. Y, tema por tema debatible, un análisis comparado de otras legislaciones, destacadamente en puntos de *lege ferenda*. Con frecuencia, la exposición de la jurisprudencia no es pasiva, sino reflexiva, comentando el acierto o desacierto del Tribunal. Todo ello enriquece la función docente del libro que, desde entonces, excede con mucho la utilidad para el simple estudiante, extendiéndose a quienes ya lo fueron y, con lamentable frecuencia, «han dejado de serlo».

Una abundante, selecta y, frecuentemente, muy moderna bibliografía, cierra el esfuerzo del autor y su colaboradora.

Un papel de calidad, una excelente impresión y una inteligente encuadernación, cierran los enormes méritos de la obra, bien hecha.

Sí me ha chocado el estudio del procedimiento de divorcio al exponerlo sustantivamente —dado que no ocurre en Puerto Rico como con la reforma española del Código Civil, ininteligible si no se conocen las disposiciones rituarías— y la insistencia en el mal llamado divorcio por «mutuo consentimiento», concebido como causa independiente, pues, en mi opinión, no es otra cosa el fallo de *Figueroa Ferrer v. E.L.A.*, que una presunción *juris et de*

jure creada por el Tribunal Supremo de Puerto Rico, en franca infracción del artículo 1.203 del Código Civil.

Una obra muy bien escrita, con gran claridad. Realmente, da envidia.

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE con otros colaboradores: *Curso de Derecho civil. II. Derecho de obligaciones*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999. Un tomo de 493 págs.

Debe ser difícil para un profesor universitario escribir un libro de su especialidad destinado a servir de texto a sus alumnos. Difícil porque tiene que adaptar sus mucho más amplios conocimientos en la materia al nivel más elemental, así como de principiantes, de quienes empiezan a estudiar por primera vez las cuestiones que se exponen, y por ello precisan de ideas claras para mejor introducirse.

A este respecto, todos hemos conocido, en nuestros ya lejanos tiempos de estudiantes, los dos tipos extremos de libros. Por una parte, aquéllos de tan alto nivel, que no había modo de meterles el diente y, por el contrario, los manuales, elementales en exceso, que precisaban de acudir al apuntalamiento de otros libros para poder enterarse de qué iba realmente la asignatura.

Si en el medio está la virtud, aquí tenemos el ejemplo de este libro en el que el profesor ENRIQUE LALAGUNA, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Valencia, nos expone el Derecho de obligaciones. Como va destinado a estudiantes, se pone a su nivel explicándolo con toda claridad, pero también incluyendo toda la doctrina requerida para mantener la necesaria altura científica que denota la preparación del profesor universitario.

En otras ocasiones hemos constatado el buen hacer y las preocupaciones, tanto doctrinales como prácticas, del profesor LALAGUNA. Su nombre ha aparecido varias veces en esta revista, la primera hace más de treinta años, en 1968, en que se dio noticia de su libro sobre «La enfiteusis en el Derecho de Baleares», hasta las obras recientemente comentadas sobre «El Código Civil y sus reformas» y «La diversidad de legislaciones civiles en España».

Este libro que ahora comentamos confirma la profesionalidad y dedicación de su autor, el cual, en vez de limitarse recomendar a sus alumnos algunos de los manuales existentes, considera que su cometido docente se cumple mejor plasmando aquí su saber para facilitar la comprensión de la materia a los estudiantes.

Buen conocedor del Código Civil, sigue en la sistemática las pautas clásicas y comienza por definir la obligación encuadrándola como materia propia y específica en el marco general del llamado Derecho de obligaciones. En este sentido, la obligación designa el nexo o vínculo jurídico entre dos sujetos, en virtud del cual el acreedor puede exigir del deudor una determinada conducta o prestación que necesariamente ha de cumplir y de cuyo cumplimiento responde el citado deudor con su propio patrimonio. Recoge y compara, a continuación, las ideas sinónimas de obligación y relación obligatoria y obligación y deber jurídico, explicando sus matices y caracteres que diferencian las obligaciones del Derecho de cosas, aunque ambos están dentro del ámbito más amplio del Derecho patrimonial. Se detalla el contenido del libro IV del Código

Civil donde se encuentra la reglamentación básica de este Derecho de obligaciones.

La estructura de la obligación se estudia en el capítulo II analizando sus elementos componentes, tales como el vínculo que la constituye, distinguiendo los conceptos de deuda y responsabilidad —el elemento subjetivo compuesto por la parte acreedora y deudora— y el elemento objetivo de la prestación que ha de ser, tal como prescribe el Código, posible, lícita y determinada y puede revestir diversas modalidades.

El capítulo III (redactado por la doctora CAROLINA DEL CARMEN CASTILLO MARTÍNEZ) contiene la clasificación de las obligaciones por razón de los sujetos, que manifiesta su peculiaridad cuando se da pluralidad, sea en la parte activa o en la pasiva y según se organice esa pluralidad. Si la obligación es mancomunada, sus efectos varían según la prestación sea divisible o indivisible. Si es solidaria, estas relaciones suelen presentarse con mayor complejidad y en el libro se nos detallan esos posibles efectos, según que la solidaridad sea de los acreedores o de los deudores y más compleja aún cuando la solidaridad es mixta.

La clasificación de las obligaciones por razón del objeto en alternativas, específicas y genéricas y divisibles o indivisibles, se aborda en el capítulo IV. Por razón del vínculo en principales y accesorias, unilaterales y bilaterales, puras, condicionales y a plazo, se contiene en el capítulo V, este último redactado por la doctora ADELA MARÍA DOMENECH SALVADOR.

La biología de las obligaciones que comprende su nacimiento, modificación y extinción, ocupa los capítulos VI al XIII del libro. En el capítulo VI (redactado por el doctor SALVADOR CARRIÓN OLMOS) se expone completa la doctrina de las fuentes de las obligaciones en el sistema del Código Civil, que como todos sabemos admite la ley, los contratos y los actos y omisiones ilícitos. Igualmente se contemplan los llamados cuasicontratos y la voluntad unilateral como productores de obligaciones.

La modificación de las obligaciones se aborda en el capítulo VII, distinguiendo los supuestos de sujetos activos o pasivos y también, naturalmente, la modificación objetiva.

El artículo 1.156 del Código Civil relaciona las causas de extinción de las obligaciones, las cuales son estudiadas extensamente por el profesor LALAGUNA en los capítulos VIII y siguientes, empezando por el más general y conocido que es el pago. Analiza su concepto y naturaleza, quiénes son los sujetos obligados al pago y los terceros interesados que pueden pagar, así como los sujetos destinatarios de esos pagos en cada caso. En cuanto al objeto del pago, se explican los requisitos que lo conforman para que sea liberatorio de la obligación, tales como su identidad, integridad e indivisibilidad; igualmente se estudia el tiempo y el lugar en que debe realizarse, según siempre las normas del Código. Y como formas especiales del pago se explican la consignación, la imputación de pagos, el pago por cesión de bienes y la dación en pago. Se completa el tema con el capítulo de la extinción de las obligaciones por medio de su novación, o sea, la sustitución de una relación obligacional por otra distinta, sea por su objeto o por cambio del acreedor o deudor.

En el capítulo XIII (redactado por la doctora CASTILLO MARTÍNEZ) se estudian las restantes causas de extinción de las señaladas en el artículo 1.156, o sea, la condonación, la confusión en las posiciones de acreedor y deudor y la imposibilidad sobrevenida en la prestación, que a veces se presenta y que supone la extinción de la relación obligatoria.

Cuando las obligaciones no se cumplen debidamente se produce una anomalía que el Derecho procura corregir y estos supuestos se estudian bajo la teoría general del incumplimiento. El autor considera que bajo este concepto se pueden incluir en sentido amplio los siguientes supuestos: En primer lugar, la imposibilidad objetiva, sea provocada por la voluntad del deudor o por causas ajenas y en segundo lugar cuando la imposibilidad deviene por un comportamiento del obligado que no está dispuesto a cumplir.

El incumplimiento, en sentido estricto es, según el profesor LALAGUNA el que es imputable al deudor por su comportamiento, dándose una relación de causa a efecto. Delimitado su concepto, analiza el incumplimiento imputable, acabando con la teoría de la mora que es un cumplimiento tardío de la obligación.

En los capítulos XV y XVI (redactados por la doctora JOSEFINA ALVENTOSA DEL RÍO) se estudian, respectivamente, la protección y garantía del crédito y la acción subrogatoria. Se parte del principio de la responsabilidad patrimonial universal consagrado en el artículo 1.911 del Código, cuyos caracteres se analizan, para concretarla después en las garantías especiales del crédito y que pueden ser de carácter personal o real o consistir en la figura peculiar del derecho de retención. La acción subrogatoria, configurada junto con la pauliana en el artículo 1.111, se considera un medio indirecto en cuanto hace efectivo el crédito acudiendo a los deudores del deudor. Se estudia su naturaleza jurídica y las condiciones y forma de su ejercicio, así como los efectos que puede producir.

La segunda forma posible de estas actuaciones es la llamada acción pauliana, de raigambre romana, que permite la rescisión de los contratos hechos por el deudor en fraude de sus acreedores y que se regula en los artículos 1.291 y siguientes del Código. Se analizan sus presupuestos y requisitos, siendo la mayor dificultad probar la intención de fraude, pese a las presunciones legales.

El último capítulo, que es el XVIII (redactado por la doctora CASTILLO MARTÍNEZ) se refiere a la realización del crédito, contemplando especialmente la insuficiencia del patrimonio del deudor para cumplir sus obligaciones, para lo que se acude al procedimiento concursal. Se detallan sus fases y los efectos, con explicación de las preferencias y prelación de los créditos, según su naturaleza.

Un libro claro, sencillo y completo. Además de valer para los alumnos, también los profesionales podrán acudir a él para solventar sus dudas.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

PINTÓ RUIZ, JOSÉ JUAN: *El afloramiento y la determinación del Derecho, según el maestro José Castán Tobeñas*. Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Contestación de Juan Vallet de Goytisolo, Madrid, 1999. Un tomo de 312 págs.

En un breve plazo de tiempo, ésta es la tercera noticia que aparece en estas páginas de libros que se refieren a la obra del maestro CASTÁN, lo que denota que su figura está vigente en los ámbitos jurídicos en que nos movemos y es lógico que su doctrina se siga analizando porque permanece viva y aplicable. Y eso a pesar de los cambios que en el campo del Derecho se originan actualmente con esa vorágine legislativa, no sólo nacional sino más aún la autonó-

mica, que nos anega sin remedio; y es que la doctrina básica permanece siempre inalterable.

El primer libro al que nos referíamos fue la estupenda biografía del profesor GABRIEL GARCÍA CANTERO, editada por el Colegio de Registradores, en la que se analizaba la labor docente, jurisprudencial y doctrinal del maestro, en términos que considerábamos exhaustivos. Después, la Diputación de Zaragoza y la Casa de Aragón en Madrid editaron, a seguido, otro libro, obra de varios autores, cada uno de los cuales contemplaba las diversas facetas, humanas y profesionales, de su ilustre paisano, como distinguido jurista aragonés.

Y cuando creíamos que ya se había dicho casi todo sobre el maestro CASTÁN, he aquí que se contempla de nuevo su quehacer en este magnífico discurso, pronunciado el 21 de junio pasado en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, la misma Docta Institución que presidiera antaño el propio CASTÁN, proporcionándole un bastante más de su prestigio.

Los discursos académicos contienen, por tradición y esencia, un fondo doctrinal denso, acorde con la categoría científica de los recipiendarios. Esta vez no ha fallado la regla, sino que se ha confirmado plenamente, tal como era obligado al tratarse de un tema propicio para ahondar en los principios permanentes de la ciencia jurídica.

Y es que el nuevo académico, don JOSÉ JUAN PINTÓ RUIZ, prestigioso abogado de Barcelona, de cuya Academia de Jurisprudencia también es miembro, ha elegido para su discurso de ingreso el tema de cómo el maestro CASTÁN abordó las cuestiones fundamentales que ha de tener en cuenta todo jurista para resolver los problemas que se le plantean, a saber, primero, cuáles son las reglas o fuentes legales a aplicar y después, determinar la solución mejor en busca de la justicia del caso concreto.

Estas dos grandes partes, el afloramiento y la determinación del Derecho, según CASTÁN, componen el contenido del discurso.

Empezando, como es obligado en estos casos, con un exordio de agradecimiento por la elección y con un elogio de su predecesor en la medalla, el nuevo académico entra en el tema de cómo CASTÁN entendió el problema de la formulación del Derecho, o sea, el de las fuentes formales como su eclosión. La referencia a la doctrina del maestro es constante y las remisiones amplísimas, hasta el punto de que las notas a pie de página donde se recogen sus citas y las de sus comentaristas ocupan casi más espacio que el propio texto del discurso donde se analizan. Tal como nos dijo VALLET en su contestación, PINTÓ nos muestra cómo el maestro CASTÁN supo traspasar las cortezas de las palabras del Código Civil y penetrar en el ancho campo que abría su originario artículo 6.º en su llamada a los principios generales del Derecho al no existir norma exactamente aplicable al caso controvertido.

Basándose en la doctrina contenida en su conocida «Teoría de la aplicación e investigación del Derecho», entiende PINTÓ que el maestro CASTÁN, si bien admite que la normativa formal vincula tanto al poder como a los ciudadanos, con vocación de imponer su cumplimiento mediante la coacción, también es verdad que no puede admitirse que la Ley promulgada obedezca a un puro voluntarismo del legislador, sino que es útil considerar que se nutre primordialmente del Volkgeist o espíritu del pueblo. Y el contenido que a su vez nutre ese espíritu del pueblo debe estar presidido por unos principios directivos previos, firmes en su sustancia, pero adaptables a las circunstancias temporales específicas. Al lado del Derecho sancionado (Derecho positivo), dice el maestro CASTÁN, existe un Derecho independiente de la voluntad huma-

na y de toda reglamentación positiva, basado en la naturaleza del hombre o en las exigencias de la razón (Derecho natural).

En la segunda parte del discurso, el nuevo académico contempla la doctrina de CASTÁN sobre la realización del Derecho hacia la búsqueda de la justicia en el caso concreto. El problema fundamental, nos dice, radica en establecer la relación que existe entre lo general, o sea, las fuentes formales, y la decisión o pronunciamiento que se ha de adoptar ante el caso concreto. ¿Hay que atender tan sólo a esa norma formal o se debe mirar también a la situación especial que puede aconsejar una solución distinta?

Caben varias posiciones extremas, pero además está la que el académico califica de prudente, certera y conciliadora de CASTÁN, quien nos indica los resortes para alcanzar la determinación mediante una formulación práctica del Derecho aplicable.

Así, PINTÓ, en la última parte del discurso, expone y analiza la visión pragmática del proceso de determinación del Derecho a la luz de la doctrina de CASTÁN. En cuanto a los sujetos que efectúan esa determinación, dice que son los jueces, magistrados y árbitros al aplicar la norma especial para el caso en cuestión, y los abogados, notarios y registradores al determinar, emitir consejos, acomodar la legalidad a la perfección de los negocios jurídicos o calificarlos.

El objeto contemplado no se comporta de manera inerte, pues está inserto en un conjunto de acontecimientos o circunstancias de toda índole.

La Ley aplicable debe presumirse justa y proporcionar un resultado igualmente justo; por ello acudía el autor al citado artículo 6.º del Código para justificar la posible salida a los principios generales del Derecho cuando se considere que la Ley no era adecuada o exactamente aplicable al caso en cuestión. Claro está que había que buscar cuidadosamente la detección de que la aplicación de la norma conduciría a un resultado injusto en el caso concreto como causante de la inaplicación de una ley inadecuada; por eso es necesario seguir antes unos cuidadosos pasos muy medidos antes de llegar a esa determinación.

Acaba el discurso con unas consideraciones finales en las que el nuevo académico resume lo expuesto, queriendo recoger la obra de CASTÁN en esta materia concreta, que califica de ingente y profunda, diciéndonos que el maestro, tanto al considerar el afloramiento del Derecho por medio de fuentes formales, como al considerar la determinación y complementar el ordenamiento, ha ponderado la doctrina de las más diversas escuelas, sin adhesiones o rechazos absolutos, para tomar de ellas aquello que, siendo verdad, justamente sirve para satisfacer la justicia.

Dice que CASTÁN, al que considera apóstol de la equidad, coloca el Código Civil en el «puesto principal que le corresponde, aunque se pregunte por lo que hay antes, más allá y por encima del Código. Antes está la historia, más allá de las realidades cambiantes de la naturaleza humana y, por encima, la ética social del comportamiento».

Con estas frases terminó el brillante discurso mediante el cual, mostrándonos una faceta más del maestro CASTÁN, accedió a la cualidad de Académico de Número el autor, al que hay que felicitar, tanto por el nombramiento e investidura como por su magnífica exposición.

La contestación de don JUAN VALLET estuvo a la altura debida, en una breve, pero acertada glosa del discurso.

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 657 (Junio 1999)

«La garantía de las cautelas en el proceso administrativo», por JOSÉ ORTIZ RÍOS, pág. 7069.

SUMARIO: I. LAS GARANTÍAS Y LAS LLAMADAS «CONTRAMEDIDAS INNOMINADAS».—II. EL PROCESO DE CONFIRMACIÓN DE LAS FACULTADES DEL TRIBUNAL PARA DECIDIR SOBRE LA PRESENTACIÓN DE GARANTÍA.—III. LOS OBLIGADOS A PRESTAR GARANTÍA. EXENCIONES.—IV. MOMENTO PROCESAL EN QUE DEBE CONCRETARSE LA EXIGENCIA DE CAUCIÓN. SUS POSIBLES MODIFICACIONES.—V. LA CAUCIÓN COMO CONDICIÓN DE EFICACIA DE LA MEDIDA CAUTELAR.—VI. LAS FORMAS DE CONSTITUCIÓN DE LA GARANTÍA.—VII. EXTENSIÓN DE LA GARANTÍA. SU DETERMINACIÓN POR EL ÓRGANO JURISDICCIONAL.—VIII. LA EXTINCIÓN DE LA GARANTÍA.—IX. PERSONAS QUE PUEDEN SOLICITAR LA INDEMNIZACIÓN.—X. LOS GASTOS DERIVADOS DE LA CONSTITUCIÓN DE GARANTÍA.

«Reflexiones sobre cuotas de mercado, posición dominante colectiva y competencia en el transporte marítimo», por LUIS MANUEL PORTERO SÁNCHEZ, pág. 7087.

SUMARIO: I. EL TRANSPORTE MARÍTIMO Y LA NORMATIVA COMUNITARIA DE LA COMPETENCIA.—II. PROBLEMÁTICA GENERAL: EL CÓDIGO DE CONDUCTA DE LAS CONFERENCIAS MARÍTIMAS.—III. LAS CONFERENCIAS MARÍTIMAS Y LA POSICIÓN DOMINANTE COLECTIVA.—IV. DETERMINACIÓN DE LA POSICIÓN DOMINANTE: CUOTAS DE MERCADO.—V. LAS EXENCIONES POR CATEGORÍA Y LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 86.—VI. LAS CONFERENCIAS MARÍTIMAS EN EL DERECHO INTERNO. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 2.1 DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

«Validez de los reglamentos administrativos dictados al amparo de una ley anulada», por GABRIEL DOMENECH PASCUAL, pág. 7137.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. NOCIÓN DE VALIDEZ E INVALIDEZ DE LAS NORMAS JURÍDICAS.—III. LA ANULACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS: 1. CONCEPTO. 2. ALCANCE DE LA ANULACIÓN. 3. DETERMINACIÓN DEL ALCANCE DE LA ANULACIÓN.—IV. FUNDAMENTO DE LA VALIDEZ DE LOS

REGLAMENTOS DICTADOS EN APLICACION DE UNA LEY ANULADA.—V. LEGALIDAD, ANULABILIDAD O NULIDAD DEL REGLAMENTO DICTADO EN APLICACION DE UNA LEY ANULADA.—VI. VALIDEZ DE ALGUNOS EFECTOS JURIDICOS DEL REGLAMENTO.—VII. CONVALIDACION LEGISLATIVA DEL REGLAMENTO: 1. CONCEPTO. 2. JUSTIFICACIÓN. 3. LÍMITES CONSTITUCIONALES: A) «*Excursus*»: *Las convalidaciones legislativas en la jurisprudencia del «Conseil constitutionnel» francés y del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos*. B) *Constitucionalidad del contenido del reglamento*. C) *La seguridad jurídica*. D) *El derecho a la tutela judicial efectiva*: a) El caso de las convalidaciones «totales y directas»; b) Convalidación de reglamentos que se hallan *sub iudice*. E) *La interdicción de la arbitrariedad*.—VIII. EL CASO DEL REAL DECRETO 118/1991, SOBRE SELECCION DE PERSONAL SANITARIO Y ESTATUTARIO Y PROVISION DE PLAZAS EN LAS INSTITUCIONES SANITARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

«Convenio concursal y fianza (en torno a los efectos de la quita y espera concursales sobre la obligación del fiador)», por JOSÉ MACHADO PLAZAS, pág. 7497.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LOS EFECTOS DE LA QUITA CONCURSAL SOBRE LOS FIADORES DEL QUEBRADO EN EL DERECHO HISTORICO Y COMPARADO.—III. NOCIÓN Y NATURALEZA JURIDICA DE LA QUITA CONCURSAL.—IV. PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD Y REMISION CONCURSAL.—V. LA ESPERA CONTENIDA EN UN CONVENIO CONCURSAL.—VI. LA VALORACION DE LA CONDUCTA DEL ACREEDOR.—VII. LAS CLAUSULAS CONCORDATORIAS DE LIBERACION DE LAS FIANZAS.—VIII. CONCLUSION.

«Empleo de las acciones de retroacción en la suspensión de pagos», por IGNACIO SANCHO GARGAYO, pág. 7531 (sin sumario).

«La responsabilidad concursal de los administradores», por JOSÉ ORIOL-LLEBOT MAJO, pág. 7559 (sin sumario).

Número 658-659 (Julio-Agosto 1999)

«La petición en el proceso de la actualización de la pensión alimenticia y compensatoria: Retroactividad o irretroactividad de sus efectos», por JOSÉ M.^a CUTILLAS TORNÉS, pág. 8845.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EL ARGUMENTO ANALOGICO: 1. LA APLICACIÓN ANALÓGICA DE LA LAU A LA PENSIÓN DE ALIMENTOS Y COMPENSATORIA EN MATERIA DE ACTUALIZACIONES. 2. COROLARIO.—III. LA PENSION DE ALIMENTOS: 1. LOS ALIMENTOS A LOS HIJOS. SUS DIFERENCIACIONES. 2. OPINIÓN QUE SE MANTIENE PARA LOS HIJOS MENORES DE EDAD RESPECTO A LAS CANTIDADES ATRASADAS Y NO RECLAMADAS POR EL CONCEPTO DE ALIMENTOS. 3. OPINIÓN QUE SE MANTIENE PARA LOS HIJOS EMANCIPADOS RESPECTO A LAS CANTIDADES ATRASADAS Y NO RECLAMA-

DAS POR EL CONCEPTO DE ALIMENTOS.—IV. LA PENSION COMPENSATORIA.—V. POSICIONES JURISPRUDENCIALES ACERCA DE LA NATURALEZA JURIDICA DE LA PENSION COMPENSATORIA.—VI. CONCLUSIONES.

«Libro verde sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria», por PAZ SOLER MASOTA, pág. 8871.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: ANTECEDENTES, AMBITO OBJETIVO Y ESTRUCTURA DEL LIBRO VERDE.—II. ANALISIS ECONOMICO DE LAS RESTRICCIONES VERTICALES Y EL MERCADO UNICO.—III. RECORDATORIO DE LA NORMATIVA Y POLITICA VIGENTES EN MATERIA DE RESTRICCIONES VERTICALES DE LA COMPETENCIA.—IV. VENTAJAS DEL ACTUAL SISTEMA.—V. PANORAMICA DE DERECHO COMPARADO.—VI. RESULTADOS DE LA INVESTIGACION DE MERCADO.—VII. LAS OPCIONES.—VIII. CONSIDERACION FINAL: 1. SOBRE LA PROPUESTA DE ELABORACIÓN DE UN ÚNICO REGLAMENTO DE EXENCIÓN EN BLOQUE DE ÁMBITO GENERAL. 2. SOBRE LA IMPLANTACIÓN DE UN ESQUEMA DE CUOTAS PARA DETERMINAR LA COMPATIBILIDAD DE UN ACUERDO DE DISTRIBUCIÓN CON EL ARTÍCULO 85.1 TCE.—IX. LA RECIENTE «COMUNICACION SOBRE LA APLICACION DE LAS REGLAS DE COMPETENCIA COMUNITARIAS A LAS RESTRICCIONES VERTICALES» DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1998.

«Antecedentes y fuentes legales de la ejecución provisional en los juicios por despido», por JOSÉ MARÍA RUIZ MORENO, pág. 8899.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. SUS ORIGENES: LA LEY DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1942.—III. EL DECRETO DE 26 DE OCTUBRE DE 1956.—IV. EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LPL DE 1958.—V. LA EJECUCION PROVISIONAL DE LAS SENTENCIAS DE DESPIDO EN EL PERIODO QUE ABARCA LOS TEXTOS REFUNDIDOS DE LA LPL DE 1963, 1966 y 1973.—VI. EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LPL DE 1980.—VII. LA LEY DE BASES DE PROCEDIMIENTO LABORAL DE 1989.—VIII. EL TEXTO ARTICULADO DE LA LPL DE 1990.—IX. EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LPL DE 1995.

«La realización de obras urgentes o necesarias para la comunidad de propietarios de un edificio y la obstrucción del vecino comunero mediante la negativa del acceso a su propiedad privativa», por JAVIER PINAZO HERNANDIS y JOSEFINA SÁNCHEZ CABELLO, pág. 8931.

SUMARIO: INTRODUCCION.—1. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO.—2. EL DEBER DE CONSERVACION Y MANTENIMIENTO DEL DUEÑO DE UN EDIFICIO.—3. MECANISMOS JURIDICOS EN EVITACION DEL DAÑO POR RUINA QUE IMPLICAN LA ENTRADA EN DOMICILIO PARTICULAR: 3.1. MEDIDAS URGENTES DE PREVENCIÓN DEL DAÑO A PERSONAS O COSAS. 3.2. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE DECLARACIÓN DE RUINA. 3.3. INTERDICTO DE OBRA RUINOSA Y LA PROTECCIÓN DEL DAÑO: 3.3.1. *Cognición sumaria y limitada: Peligro potencial inminente y*

medidas urgentes. 3.3.2. *Supuesto analizado.* 3.4. MECANISMOS DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL: 3.4.1. *La finalidad del precepto: Obras necesarias.* 3.4.2. *Alcance y límites.* 3.4.3. *Procedimiento y medidas cautelares.* 3.5. OTRAS ACCIONES: 3.5.1. *Mecanismos en la legislación urbanística.* 3.5.2. *Acción basada en el Código Civil.*—4. LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION DE CONSERVACION: 4.1. RESPONSABILIDAD CIVIL. 4.2. RESPONSABILIDAD PENAL.—5. CONCLUSIONES.

«El “remozado” incidente de nulidad de actuaciones judiciales», por JAIME DE LAMO RUBIO, pág. 8951.

SUMARIO: 1. PUNTO DE PARTIDA Y JUSTIFICACION DE LA REFORMA.—2. LOS NUEVOS APARTADOS 3 Y 4 DEL ARTICULO 240 DE LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL.—3. MODIFICACIONES QUE SE INTRODUCEN EN RELACION CON LA REFORMA DE 1997: 3.1. EN GENERAL. 3.2. SE RESALTA EL CARÁCTER EXCEPCIONAL DEL INCIDENTE DE NULIDAD. 3.3. MODIFICACIONES EN CUANTO A LA LEGITIMACIÓN. 3.4. IRRECURREBILIDAD DE LA RESOLUCIÓN QUE INADMITE A TRÁMITE EL INCIDENTE. 3.5. IRRECURREBILIDAD DE LA RESOLUCIÓN QUE PONE FIN AL INCIDENTE. 3.6. SE REALIZAN MEJORAS TÉCNICAS Y RETOQUES GRAMATICALES. 3.7. RÉGIMEN TRANSITORIO.—4. ASPECTOS QUE QUEDAN PENDIENTES: 4.1. EN GENERAL. 4.2. EN CUANTO A LA INCONGRUENCIA DEL FALLO COMO OBJETO DEL INCIDENTE. 4.3. POR LO QUE SE REFIERE A LA COMPETENCIA. 4.4. SE MANTIENE EL EXCESIVO PLAZO DE CINCO AÑOS. 4.5. EN RELACIÓN CON EL TRÁMITE TODO SIGUE IGUAL. 4.6. EN CUANTO A LA FORMA DE LA RESOLUCIÓN INADMITIENDO EL INCIDENTE. 4.7. EN RELACIÓN CON LA CLASE Y EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN FINAL DEL INCIDENTE.—5. Y, ADEMÁS, EL PROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, REFORMULA EL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES.

«La anotación preventiva de la demanda del juicio declarativo en oposición al procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria y al procedimiento ejecutivo extrajudicial “ex” artículo 132 de la Ley Hipotecaria», por JOSÉ MARTÍN PASTOR, pág. 8973.

SUMARIO: 1. LA ANOTACION PREVENTIVA DE DEMANDA COMO MEDIDA CAUTELAR EN EL JUICIO DECLARATIVO DE OPOSICION AL PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO DE EJECUCION HIPOTECARIA.—2. LA EFICACIA CAUTELAR DE ESTA ANOTACION PREVENTIVA. SU ALCANCE SUBJETIVO.—3. LA VIGENCIA DE LA ANOTACION PREVENTIVA Y LA REGLA 17 DEL ARTICULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA.

«La Ley valenciana de Fundaciones: Valoración crítica de sus disposiciones generales», por REMIGIO BENEYTO BERENGUER, pág. 8991 (sin sumario).

«La responsabilidad civil derivada del contrato de viaje combinado», por MIQUEL MARTÍN CASALS, pág. 9405 (sin sumario).

«El contrato de reserva de alojamiento en régimen de contingente», por M.^a VICTORIA PETIT LAVALL.

SUMARIO: I. CONCEPTO.—II. ELEMENTOS PERSONALES: A) LA AGENCIA DE VIAJES. B) EL TITULAR DEL ALOJAMIENTO.—III. OBJETO.—IV. NATURALEZA JURIDICA.—V. REGIMEN JURIDICO: A) OBLIGACIONES DE LAS PARTES: 1. *Obligaciones de la Agencia de Viajes*. 2. *Obligaciones del titular de alojamiento*. B) LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO.—VI. LA CONEXIÓN DEL CONTRATO DE RESERVA DE ALOJAMIENTO EN REGIMEN DE CONTINGENTE CON EL CONTRATO CELEBRADO ENTRE LA AGENCIA DE VIAJES Y EL CLIENTE.

«Las acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la contratación», por ARÁNZAZU PÉREZ MORIONES, pág. 9469.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LAS ACCIONES COLECTIVAS DE CESCION, RETRACTACION Y DECLARATIVA DE CONDICIONES GENERALES DE LA LEY 7/1998, DE 13 DE ABRIL, SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION: 1. PLANTEAMIENTO. 2. PRELIMINAR. LAS «CLASS ACTIONS» NORTEAMERICANAS EN TANTO PRECEDENTE REMOTO DE LAS ACCIONES COLECTIVAS DE CONDICIONES GENERALES. 3. LAS ACCIONES COLECTIVAS DE CESCION, RETRACTACION Y DECLARATIVA DE CONDICIONES GENERALES: A) *La regulación de acciones colectivas en la LCGC*: a) Tipos de acciones colectivas previstos en la LCGC; b) Presupuestos materiales para el ejercicio de las acciones colectivas: a') Presupuestos materiales para el ejercicio de la acción declarativa de condiciones generales; b') Presupuestos materiales para el ejercicio de las acciones de cesación y retractación; c) Prescripción. B) *El sometimiento a dictamen de conciliación*. C) *Jurisdicción y competencia*. D) *Legitimación*: a) Legitimación activa; b) Legitimación pasiva. E) *Tramitación*. F) *Efectos de la sentencia*. G) *Publicidad de la sentencia*.

«Instrumentos derivados y telecomunicaciones», por JAVIER GONZÁLEZ OCHOA, pág. 9521 (sin sumario).

REVISTA JURIDICA DEL NOTARIADO

Número 19 (Julio-Septiembre 1996)

«En torno a un tema clásico: donaciones entre cónyuges», por JOSÉ CERDÁ GIMENO, pág. 9.

SUMARIO: I. BASE DE PARTIDA.—II. ELECCION DE ALGUNOS SUPUESTOS EN EL PASADO.—III. REFLEXIONES EN TORNO A LA NORMATIVA ACTUAL. «QUID IURIS». «QUID CONCEPTUS»: Presupuestos subjetivos. Presupuestos objetivos. Presupuestos formales. Presupuestos circunstanciales. «QUID REI»: Punto de vista de la ESTRUCTURA. Punto de vista del FUNCIONAMIENTO. UNA RECAPITULACION PRIMERA.—IV. ENSAYO EN ORDEN A LA VALORACION DEL TEMA: 1. LEGITIMIDAD DE LA NORMA Y VALORACIÓN. 2. LOS CRITERIOS POSIBLES A UTILIZAR. 3. PROBLEMAS ESPECÍFICOS. 4. PRESUPUESTO.—V. SELECCION DE PROBLEMAS PARA EL

ANÁLISIS: 1. EFICACIA (EFECTIVIDAD) DE LA NORMA DEL ARTÍCULO 1.323 DEL CÓDIGO CIVIL. 2. PROBLEMAS SELECCIONADOS DE APLICACIÓN DE LA NORMA: A) *Convivencia*. B) *Cese de la convivencia*. C) *Revocación*. D) *Frustración del fin de la donación*. 3. CASOS DECIDIDOS POR LA JURISPRUDENCIA. UNA RECAPITULACION SEGUNDA.—VI. TEMAS PARA LA PRAXIS (EN ORDEN A LAS RELACIONES ENTRE LAS MASAS PATRIMONIALES CONYUGALES Y LOS TERCEROS).—VII. REFLEXIONES FINALES.

COMENTARIO: Realiza el autor un amplio y exhaustivo trabajo sobre un tema que califica de clásico dentro del propio Derecho de familia, reseñando la importancia práctica del tema y su importancia teórica.

Al inicio de la exposición señala una serie de interrogantes que resuelve el articulista a lo largo de su análisis, tales como si es correcta o exacta la denominación «donación entre cónyuges» u obedece a una mera convención del lenguaje habitual, qué es exactamente la donación entre cónyuges, qué valoración cabe dar a tales actos, y cuál será la posición adecuada en orden a la praxis.

Comienza su estudio con una relación de los textos históricos donde aparecen este tipo de donaciones con el propósito de poner de relieve la importancia del tema a lo largo de la historia, y sobre todo de la incidencia de los cambios sociales en la dinámica entre las masas patrimoniales conyugales. Se detiene en el Código de Hammurabi, en el Código de Manu, en el Derecho Romano Clásico, en el Derecho Romano Vulgar, en el Derecho Visigodo, en el Código de las Siete Partidas, en los Fueros de Valencia y la Valencia Medieval, en la Codificación del siglo XIX, en los Derechos Forales Históricos (Aragón, Baleares, Cataluña, Navarra, Vizcaya), para finalizar con la normativa actual refiriéndose no sólo al artículo 1.323 del Código Civil reformado en 1981, sino también comparándolo con la normativa existente en la actualidad en las Compilaciones Forales.

Posteriormente analiza los elementos constitutivos de la figura, esto es, los subjetivos, reales, formales y los presupuestos circunstanciales (factor tiempo, factor espacio), a fin de adentrarse en la propia esencia de la Institución y poder estudiar los problemas específicos que surgen, tales como el de la dependencia del régimen económico-matrimonial (comunidad universal de bienes, comunidad parcial o limitada de bienes, sistema de separación absoluta de bienes, sistema de participación), y el de la protección de los acreedores del deudor donante y de las situaciones preconcursales. Aborda el autor todos estos temas, analizando a su vez la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (1983-1993).

Por último, examina la eficacia real del artículo 1.323 del Código Civil y los problemas de aplicación de la norma, desde la situación de convivencia de los cónyuges, pasando por la situación de cese de convivencia, de los supuestos de posibilidad de revocación de la donación; para acabar planteando la posibilidad de aplicación de la doctrina de la «frustración del fin» al tema analizado. Sin olvidar el punto de vista práctico y los problemas respecto de las relaciones entre las masas patrimoniales conyugales y los terceros.

«Acotaciones a una delimitación de la naturaleza jurídica y la vinculación contractual de las partes contratantes en la compraventa a plazos con reserva de dominio», por GONZALO FERNÁNDEZ-ESPINAR, pág. 121.

SUMARIO: 1. LA RESERVA DE DOMINIO EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA ANTERIORES A LA LEY DE VENTAS A PLAZOS DE BIENES MUEBLES DE 17 DE JULIO DE 1965.—2. LA NATURALEZA JURIDICA DE LA RESERVA DE DOMINIO Y LA INVIABILIDAD DE ALCANZAR UNA SOLUCION UNITARIA.—3. LA AUTONOMIA DE LA RESERVA DE DOMINIO FRENTE A OTROS MEDIOS GARANTISTICOS.—4. EL CONTENIDO DE LA RELACION JURIDICA OBLIGACIONAL INTER PARTES: 4.1. EL INCUMPLIMIENTO DEL COMPRADOR. 4.2. EL INCUMPLIMIENTO DEL VENDEDOR. 4.3. LA ASUNCION DE RIESGOS Y LA ATRIBUCION DE LOS FRUTOS.—5. LA NATURALEZA DE LA SITUACION POSESORIA DE LAS PARTES.—6. LOS DERECHOS DE LOS TERCEROS CAUSAHABIENTES DE LOS CONTRATANTES.

«Patrimonios adscritos a fines», por JOSÉ MARÍA DE PRADA GONZÁLEZ, pág. 149.

SUMARIO: I. INTRODUCCION Y PRECISIONES EN TORNO AL CONCEPTO DE PATRIMONIO.—II. LOS PATRIMONIOS PERSONIFICADOS: A) SOCIEDADES. B) PERSONAS JURÍDICAS SIN CARÁCTER LUCRATIVO: 1. *Asociaciones*. 2. *Fundaciones*. 3. *Agrupaciones de interés económico*. 4. *Uniones temporales de empresas*.—III. FIGURAS ASOCIATIVAS NO DOTADAS DE PERSONALIDAD JURIDICA: A) LAS ASOCIACIONES SIN PERSONALIDAD JURIDICA. B) LAS COLECTAS O RECOGIDA DE FONDOS PARA FINES CONCRETOS.—IV. LAS TITULARIDADES FIDUCIARIAS: A) EL «TRUST» Y LAS TITULARIDADES FIDUCIARIAS: a) *Fideicomisos*; b) *Titularidades fiduciarias constituidas a título distinto de la herencia o donación*; c) *Otras figuras jurídicas encajables en el campo de las titularidades fiduciarias: los fondos de inversión mobiliaria e inmobiliaria y los fondos de pensiones*.—V. EL PROBLEMA DE LAS COMUNIDADES: A) LA COMUNIDAD VOLUNTARIA. B) OTRAS COMUNIDADES DE DESTINO.—VI. CONCLUSION.

Número 20 (Octubre-Diciembre 1996)

«Acerca de la reactivación de sociedades disueltas (en especial Anónimas y Limitadas)», por ROBERTO BLANQUER UBEROS, pág. 9.

SUMARIO: A MODO DE PRESENTACION.—I. LA SANCION NORMATIVA DE LA FIGURA.—II. LOS ANTECEDENTES DOCTRINALES.—III. LA REACTIVACION DE LA SOCIEDAD DISUELTA POR ACUERDO *AD NUTUM*: A) PERSONALISTAS. B) CAPITALISTAS. C) POSIBILIDAD. D) RANGO DEL ACUERDO DE REACTIVACION: a) *Personalistas*; b) *Capitalistas*. E) LA VINCULACION DE DISIDENTES Y AUSENTES.—IV. LA REACTIVACION DE LA SOCIEDAD DISUELTA POR ACUERDO EN BASE A CAUSA LEGAL: A) LAS CAUSAS DE DISOLUCION. B) LAS RESPONSABILIDADES POR INCUMPLIMIENTO DE DEBERES NACIDOS POR LA EXISTENCIA DE CAUSA. C) LA REACTIVACION Y LA CAUSA DE DISOLUCION: a) *La conclusión de la empresa que constituya su objeto*; b) *La imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social*; c) *La falta del ejercicio de la actividad que constituya el objeto social durante tres años consecutivos*; d) *La paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento*; e) *Las pérdidas que*

reduzcan el patrimonio a cifra inferior a la mitad del capital social; f) La reducción del capital social por debajo del mínimo legal; g) Cualquier causa establecida en los estatutos; h) La quiebra de la sociedad. D) LA REACTIVACIÓN Y LOS DERECHOS DE LOS SOCIOS DISIDENTES Y AUSENTES: a) *En caso de reactivación de sociedad disuelta por conclusión de la empresa que constituya su objeto; b) En caso de reactivación de sociedad disuelta por imposibilidad manifiesta de realizar el objeto social; c) En caso de reactivación de sociedad disuelta por falta de la actividad o de las actividades que constituyan su objeto social durante tres años consecutivos; d) En caso de reactivación de sociedad disuelta por paralización de los órganos sociales de modo que resulta imposible su funcionamiento.* E) LA REACTIVACIÓN Y LOS DERECHOS DE LOS ACREEDORES SOCIALES: a) *La disolución no es causa de vencimiento anticipado; b) La disolución no cambia ni la personalidad jurídica ni la identidad personal; c) El derecho de oposición que otorga a los acreedores la LSRL. Su carácter singular y especial.*—V. LA REACTIVACION DE LA SOCIEDAD DISUELTA POR CUMPLIMIENTO DEL TERMINO FIJADO EN LOS ESTATUTOS: A) LA CAUSA DE DISOLUCIÓN. B) LA EFICACIA DISOLUTORIA DEL VENCIMIENTO DEL PLAZO O DEL CUMPLIMIENTO DEL TÉRMINO. C) PRÓRROGA Y REACTIVACIÓN COMO SUPUESTOS DIVERSOS: a) *La idea básica de prórroga; b) Prórroga o remoción de la causa de disolución; c) La idea básica de reactivación.* D) LA PROHIBICIÓN DE REACTIVACIÓN EN EL CASO DE SRL Y LA POSIBILIDAD DE REACTIVACIÓN EN OTROS CASOS: a) *El sentido y alcance de la disolución de «pleno derecho»; b) La «imposibilidad» de prórroga posterior a la fecha de vencimiento; c) La reactivación como sustitutiva de la prórroga posterior al cumplimiento del término; d) Sobre la desaparición de la causa de disolución en el caso del cumplimiento del término.* E) LA REACTIVACIÓN DE LA SOCIEDAD DISUELTA POR VENCIMIENTO DE SU TÉRMINO Y LOS DERECHOS DE LOS SOCIOS DISIDENTES Y AUSENTES, Y DE LOS ACREEDORES SOCIALES: a) *Reactivación y socios colectivos; b) Reactivación y accionistas; c) La imposible reactivación por participes; d) Derechos de los acreedores sociales.*—VI. LA REACTIVACION DE LA SOCIEDAD DISUELTA DE PLENO DERECHO POR SANCION DE LEY: A) LA DISOLUCIÓN DE PLENO DERECHO COMO SANCIÓN: a) *La LSA51; b) La Ley 19/89; c) La LSRL95.* B) LA DISOLUCIÓN DE PLENO DERECHO COMO DISOLUCIÓN «OPE LEGIS»: a) *La disolución como efecto legal; b) Los «hechos» tipificados como causa del efecto legal disolutorio; c) El aspecto sancionador del efecto legal disolutorio «de pleno derecho» por incumplimiento de Ley. En LSA51; en Ley 1/189 y TRLSA89; en LSRL95.* C) LA EXPRESIÓN REGISTRAL DE LA DISOLUCIÓN DE PLENO DERECHO: a) *La forma de expresar registralmente la disolución de pleno derecho por cumplimiento del término; b) La forma de expresar registralmente la disolución de pleno derecho impuesta como sanción por infracción legal; c) La doctrina de la Resolución de 11 de diciembre de 1996.*—VII. LA DISPOSICION TRANSITORIA SEXTA. 1 DEL TR DE LA LSA, SEGUN LA DISPOSICION ADICIONAL SEGUNDA. 25 DE LA LEY SRL 2/95, DE 23 DE MARZO.—VIII. APUNTE FISCAL.—IX. EL TEXTO DE LA RESOLUCION DE 11 DE DICIEMBRE DE 1996 (BOE 27 DE DICIEMBRE DE 1996).

«Los presupuestos subjetivos de la compensación de créditos», por GEMA Díez-PICAZO GIMÉNEZ, pág. 123.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ANTECEDENTES Y EVOLUCION HISTORICA DE LA FIGURA DE LA COMPENSACION.—III. FUNDAMENTO Y

NATURALEZA JURIDICA DE LA COMPENSACION.—IV. LOS LLAMADOS «PRESUPUESTOS SUBJETIVOS» DE LA COMPENSACION: A) EL DERECHO PROPIO. B) LA RECIPROCIDAD. C) EL CARÁCTER PRINCIPAL DE LOS SUJETOS COMPENSANTES.

«La reactivación de las sociedades tras la reforma mercantil y la Resolución de la DGRN de 11 de diciembre de 1996», por MARIANO-JAVIER GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, pág. 191.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.—II. SOLUCIONES DOCTRINALES: 1. TESIS NEGATIVA. 2. TESIS RESTRICTIVA. 3. TESIS POSITIVA.—III. LA REACTIVACIÓN EN DERECHO COMPARADO: 1. ALEMANIA. 2. ITALIA. 3. SUIZA. 4. FRANCIA. 5. PORTUGAL. 6. DERECHO COMUNITARIO.—IV. LA REACTIVACIÓN EN NUESTRO DERECHO TRAS LA REFORMA MERCANTIL: a) LA REACTIVACIÓN DE LA SRL; b) LA REACTIVACIÓN DE LA SA. EL ACUERDO DE REACTIVACIÓN; c) LA REACTIVACIÓN EN OTRAS PERSONAS JURÍDICAS.

«Algunas consideraciones sobre el artículo 860 del Código Civil», por ESTHER MUÑIZ ESPADA, pág. 233.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. FUNDAMENTO DEL ARTICULO 860 DEL CODIGO CIVIL: 1. SU CONTRAPOSICIÓN CON EL LEGADO ESPECÍFICO. 2. ARGUMENTOS QUE LO JUSTIFICAN EN EL LEGADO GENÉRICO.—III. RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL ARTICULO 860 DEL CODIGO CIVIL: 1. RESPONSABILIDAD POR DEFECTOS JURÍDICOS: 1.1. *La concreta obligación del gravado*. 1.2. *La exclusión de las normas del saneamiento por evicción y la aplicación de las normas generales del incumplimiento*. 1.3. *Sus consecuencias y los derechos del legatario*. 1.4. *Pérdida parcial*. 2. RESPONSABILIDAD POR DEFECTOS MATERIALES DE LA COSA ENTREGADA: 2.1. *Interpretación extensiva del artículo 860 del Código Civil*. 2.2. *Una posible solución: considerarlo como alteración de la calidad exigible*. 2.3. *De nuevo la aplicabilidad de las normas generales del incumplimiento*.—IV. RESPONSABILIDAD CON INDEPENDENCIA DE QUIEN HAGA LA ELECCION.—V. SUPUESTOS DE NO RESPONSABILIDAD.—VI. EL ARTICULO 860 DEL CODIGO CIVIL. Y LAS PARTICULARIDADES DEL LEGADO DE COSA AJENA.

«El ciudadano comunitario como justiciable ante los órganos jurisdiccionales internos», por BLANCA PASTOR BORGONÓN, pág. 305.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA IGUALDAD ENTRE JUSTICIABLES COMUNITARIOS.—III. EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DE LA TUTELA JUDICIAL DE LOS DERECHOS CONFERIDOS POR EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO.—IV. LA APLICACION DEL ORDENAMIENTO PROCESAL ESPAÑOL A LOS JUSTICIABLES COMUNITARIOS.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 231 (Enero-Marzo 1999)

«Régimen general de la actividad comercial minorista», por FRANCISCO JOSÉ ALONSO ESPINOSA, pág. 7.

SUMARIO: I. PRELIMINAR.—II. AMBITOS OBJETIVO Y SUBJETIVO DEL REGIMEN GENERAL DEL COMERCIO «MINORISTA»: DELIMITACION LEGAL DE LA ACTIVIDAD COMERCIAL «MINORISTA» Y DEL COMERCIANTE «MINORISTA»: 1. ACTIVIDAD PROFESIONAL Y CON ÁNIMO DE LUCRO. 2. ACTIVIDAD QUE TENGA POR OBJETO LA OFERTA DE VENTA DE CUALQUIER CLASE DE ARTÍCULOS. 3. LOS ADQUIRENTES DE LOS ARTÍCULOS HAN DE TENER EL CARÁCTER DE DESTINATARIOS FINALES.—III. AMBITO TERRITORIAL DE LA REGULACION.—IV. CONTENIDO BASICO DEL REGIMEN DE LA ACTIVIDAD COMERCIAL «MINORISTA»: 1. NORMAS DE CARÁCTER ESTRUCTURAL: A) *Establecimientos de «grandes superficies»*. B) *Autorizaciones y registros administrativos*. C) *Horarios comerciales*. D) *Libertad de precios e indicación de precios*. 2. NORMAS DE CARÁCTER CONCURRENCIAL: A) *Prácticas promocionales de ventas*. B) *Venta a pérdida*. C) *Régimen de los pagos a proveedores y de su aplazamiento*. 3. NORMAS DE CARÁCTER CONTRACTUAL.

«La geometría del capital social», por JOSEP-ORIOL LLEBOT MAJO, pág. 37.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. EL MODELO RACIONAL INTERNO SUBYACENTE: LOS BENEFICIOS: 1. EL SIGNIFICADO DE LA FUNCIÓN ORGANIZATIVA DEL CAPITAL SOCIAL. 2. LAS RELACIONES AL CONSTITUIR LA SOCIEDAD. 3. LAS RELACIONES EN LA FASE DE FORMACIÓN DEL PATRIMONIO INICIAL: EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD. 4. LAS RELACIONES DURANTE EL DESARROLLO DE LA EMPRESA SOCIAL: a) *El principio de integridad*; b) *El aumento del capital social*; c) *La reducción del capital social*. 5. LAS RELACIONES EN EL PROCESO DE EXTINCIÓN. 6. EL PSEUDOPROBLEMA DE LA INFRACAPITALIZACIÓN. 7. (SIGUE) LA RESPONSABILIDAD LIMITADA Y EL CAPITAL SOCIAL. 8. LA PERSONALIDAD JURÍDICA Y EL CAPITAL SOCIAL.—III. EL MODELO ECONOMICO DE LA REALIDAD EXTERNA: LOS COSTES.

«La aplicación de las causas de disolución específicas de las sociedades personalistas a la sociedad de responsabilidad limitada», por JUAN BATALLER GRAU, pág. 91.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. LA MUERTE DE UN SOCIO.—3. LA INHABILITACION DE ALGUN SOCIO ADMINISTRADOR Y LA QUIEBRA DE CUALQUIERA DE LOS SOCIOS.—4. LA DENUNCIA UNILATERAL DEL CONTRATO DE SOCIEDAD POR TIEMPO INDEFINIDO.—5. LA DISTINTA FORMA DE OPERAR DE LAS CAUSAS DE DISOLUCION.—6. CONCLUSIONES.—7. BIBLIOGRAFIA.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION
Y JURISPRUDENCIA
Número 2 (Marzo-Abril 1999)

«Responsabilidad de los administradores societarios y carga de la prueba»,
por VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ, pág. 135.

SUMARIO: 1. EL SISTEMA DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS. BREVE REFERENCIA.—2. LA DISTRIBUCION DE LA CARGA DE LA PRUEBA.—3. EFICACIA PROBATORIA DE LOS ACUERDOS DE APROBACION DE LA GESTION SOCIAL, DE APROBACION DE CUENTAS O DE RATIFICACION O AUTORIZACION DEL ACTO CAUSANTE DEL DAÑO, EN RELACION CON LA ACCION SOCIAL DE RESPONSABILIDAD.

«La violencia doméstica y los límites de la intervención del Derecho penal»,
por AGUSTÍN JORGE BARREIRO, pág. 151.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. LAS RESPUESTAS DEL VIGENTE DE DERECHO PENAL ESPAÑOL SOBRE LA VIOLENCIA DOMESTICA.—3. LAS RECIENTES PROPUESTAS DE REFORMA PENAL Y PROCESAL PENAL EN EL AMBITO DE LA VIOLENCIA DOMESTICA.—4. CONCLUSIONES. NOTAS.

«El suelo no urbanizable», por MANUEL MEDINA DE LEMUS, pág. 177.

SUMARIO: 1. EL SUELO COMO FACTOR DE PLANIFICACION.—2. EL SUELO NO URBANIZABLE EN LA LEGISLACION ESTATAL.—3. EL SUELO NO URBANIZABLE EN LA LEGISLACION AUTONOMICA: 3.1. IDEA GENERAL. FUENTES. 3.2. CLASES DE SUELO Y USOS EN CADA UNA DE ELLAS. 3.3. LOS NÚCLEOS RURALES. 3.4. DIVISIONES Y PARCELACIONES. 3.5. LOS CASOS DE ANDALUCÍA, EXTREMADURA, CASTILLA-LEÓN Y ARAGÓN.—4. CONCLUSIONES. NOTAS.

«Domicilio, residencia y función pública», por MARIANO YZQUIERDO TOLSADA, pág. 199.

SUMARIO: 1. PROPOSITO DE ESTE TRABAJO.—2. LA RESIDENCIA HABITUAL COMO UNICO DOMICILIO GENERAL: 2.1. LA HABITUALIDAD. 2.2. DOMICILIO Y VECINDAD ADMINISTRATIVA.—3. SENTIDO Y CARACTER DE LAS NORMAS DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL EN MATERIA DE DOMICILIO.—4. LOS CASOS CONCRETOS DE DOMICILIOS LEGALES: PANORAMA GENERAL.—5. EL DOMICILIO CONYUGAL. DOMICILIO Y RESIDENCIA DEL FUNCIONARIO PUBLICO CASADO.

ACTUALIDAD CIVIL**Número 8 (1999)**

«La prueba mediante documento electrónico digitalmente firmado», por GUILLERMO ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, pág. 219.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. LA ADMISIBILIDAD DEL DOCUMENTO ELECTRONICO COMO MEDIO DE PRUEBA Y SU ENCUADRAMIENTO EN EL CATALOGO LEGAL DE MEDIOS PROBATORIOS.—2. EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA DE FIRMA DIGITAL. BREVE DESCRIPCION.—3. EL VALOR PROBATORIO DEL DOCUMENTO ELECTRONICO DIGITALMENTE SIGNADO EN DERECHO ALEMAN.—4. EL ESTADO DE LA CUESTION EN DERECHO ESPAÑOL.—5. EL DOCUMENTO ELECTRONICO EN EL PROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.—6. GLOSARIO DE TERMINOS INFORMATICOS.

Número 9 (1999)

«La protección de las creaciones intelectuales en Estados Unidos: nuevos desafíos ante el desarrollo de las tecnologías de la comunicación», por EDUARDO SERRANO GÓMEZ, pág. 235.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EL SISTEMA DEL COPYRIGHT NORTEAMERICANO.—III. EL IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGIAS DE COMUNICACION.—IV. CONFLICTOS ENTRE COPYRIGHT Y REDES DE COMUNICACION.—V. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.

Número 10 (1999)

«Responsabilidad civil derivada de delitos cometidos por los llamados “incapaces naturales”. A propósito de los artículos 118.1.1.º del nuevo Código Penal y 229 del Código Civil», por ANA SEISDEDOS MUÑO, pág. 261 (sin sumario).

Número 11 (1999)

«Nacionalidad de los nacidos en España de padres extranjeros», por FERNANDO-RICARDO DÍAZ MARTÍN, pág. 271.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. ATRIBUCION DE LA NACIONALIDAD POR «IUS SOLI».—3. NACIONALIDAD Y REGISTRO CIVIL.—4. ADQUISICION POR RESIDENCIA.—5. LA OPCION A LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA SEGUN EL ARTICULO 17.2 DEL CODIGO CIVIL.—6. BIBLIOGRAFIA.

Número 12 (1999)

«Un caso de secuestro internacional de menores por parte del titular de la guarda y custodia: el interés del menor como criterio de decisión», por CARMEN SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, pág. 303.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. CIRCUNSTANCIAS DEL CASO.—III. EL DERECHO-DEBER DE VISITA ANTE EL INTERÉS DEL MENOR: a) LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES COMO MECANISMO DE VULNERACIÓN: DELIMITACIÓN DEL SUPUESTO; b) CONCRECIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR EN EL CASO DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL; c) DERECHO-DEBER DE VISITA E INTERÉS DEL MENOR.—IV. ASPECTOS PROCESALES DEL CASO: IMPROCEDENCIA DEL CAUCE JUDICIAL ESPECIAL UTILIZADO.—V. MEDIOS DE PROTECCIÓN DEL DERECHO-DEBER DE VISITA: a) PROTECCIÓN PENAL: LA JURISDICCIÓN CIVIL COMO ÁMBITO DE RESOLUCIÓN DE ESTOS CONFLICTOS; b) PROTECCIÓN CIVIL: CAMBIO DE TITULARIDAD DEL DERECHO DE GUARDA POR VULNERACIÓN DEL DERECHO-DEBER DE VISITA.

Número 13 (1999)

«La oferta tácita de mandato», por JUAN CARLOS MENÉNDEZ MATO, pág. 321.

SUMARIO: 1. EL ARTICULO 1.710 DEL CODIGO CIVIL: SU INTERPRETACION DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL MAYORITARIA.—2. POSIBLES CAUSAS JUSTIFICATIVAS DE LA ADMISION DE LA OFERTA TACITA DE MANDATO.—3. EL CARACTER COMPLETO DE TODA OFERTA CONTRACTUAL.—4. PREMISA INICIAL: LA OFERTA DEBE SER OBJETIVAMENTE EXPRESA.—5. INTERPRETACION ALTERNATIVA DEL ARTICULO 1.710 DEL CODIGO CIVIL.—6. PECULIARIDADES DE LA OFERTA DE MANDATO: MANDATO Y REPRESENTACION.—7. RELACION ENTRE LOS ARTICULOS 1.710 Y 1.713 DEL CODIGO CIVIL: LA OFERTA TACITA DE MANDATO Y LOS ACTOS DE ADMINISTRACION.—8. EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURIDICA Y LA TUTELA DE LOS INTERESES DE TERCEROS DE BUENA FE ANTE LAS FIGURAS DE LA REPRESENTACION Y/O EL MANDATO.—9. LA HIPOTETICA OFERTA TACITA DE MANDATO Y SU RELACION CON OTRAS FIGURAS FRONTERIZAS: LA GESTION DE NEGOCIOS AJENOS Y LA RATIFICACION.—10. CONCLUSION.

Número 14 (1999)

«La sociedad de gananciales en liquidación. Especial referencia a la comunidad postganancial surgida con ocasión de la crisis conyugal», por VICENTE GUILARTE GUTIÉRREZ, pág. 357.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA APARICION DE LA CRISIS: A) ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA TRASCENDENCIA DE LAS SEPARACIONES DE HECHO.—III.

INTERPOSICION DE LA DEMANDA DE SEPARACION O DIVORCIO.—IV. LAS MEDIDAS PROVISIONALES DEL ARTICULO 103: A) LA OPORTUNIDAD DE ADOPTAR LAS MEDIDAS DEL ARTICULO 103.4. B) EL RÉGIMEN DEL PATRIMONIO CONSORCIAL EN ESTA FASE. C) LA POSIBLE ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS DEL ARTICULO 1.394 DEL CÓDIGO CIVIL. D) EL PAGO DE CARGAS COMUNES: SU CONSIDERACIÓN A EFECTOS DE LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES. E) LA CUESTIONABLE TRANSFORMACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES EN UN RÉGIMEN DE SEPARACIÓN.—V. LA SENTENCIA DE SEPARACION O DIVORCIO.—VI. LA SITUACIÓN TRAS LA SENTENCIA: A) LA NATURALEZA DE LA COMUNIDAD POSTGANANCIAL. B) CRÍTICA A LA CONCEPTUACIÓN DOMINANTE. C) EL RÉGIMEN DE LA COMUNIDAD QUE SIGUE A LA DISOLUCIÓN: C.1. *El régimen de la sociedad disuelta respecto de la que no se ha iniciado el trámite liquidatorio*. C.2. *El régimen de la comunidad postmatrimonial una vez iniciado el proceso de liquidación universal*.

Número 15 (1999)

«Seguro de accidentes e infarto de miocardio en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo», por RAFAEL SARAZA JIMENA, pág. 375.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: DELIMITACION DEL RIESGO Y CLAUSULAS LIMITATIVAS.—II. EL INFARTO DE MIOCARDIO COMO SINIESTRO CUBIERTO POR EL SEGURO DE ACCIDENTES.—III. CARGA DE LA PRUEBA.—IV. RECONOCIMIENTO DEL INFARTO COMO ACCIDENTE LABORAL.—V. INFARTO E INTERPRETACION CONTRA PREFERENTEM.—VI. CONCLUSIONES.

Número 16 (1999)

«Nombramiento de tutor», por JOSÉ MANUEL LETE DEL RÍO, pág. 403.

SUMARIO: I. DELACION Y CLASES DE TUTELA.—II. ORDEN LEGAL DE PREFERENCIA: 1. AL CÓNYUGE QUE CONVIVA CON EL TUTELADO. 2. A LOS PADRES. 3. A LA PERSONA O PERSONAS DESIGNADAS POR LOS PADRES EN SUS DISPOSICIONES DE ÚLTIMA VOLUNTAD O EN DOCUMENTO PÚBLICO NOTARIAL: A) *¿Nombramiento o designación de tutor?* B) *Personas que pueden hacer la designación y ámbito de la misma*. C) *Caracteres de la designación*. D) *Forma de la designación*. E) *Facultad de ordenar cualquier otra disposición*. 4. AL DESCENDIENTE, ASCENDIENTE O HERMANO QUE DESIGNE EL JUEZ.—III. POSIBILIDAD DE ALTERAR EL ORDEN LEGAL E INCLUSO DE PRESCINDIR DE LAS PERSONAS MENCIONADAS EN EL ARTICULO 234.—IV. NOMBRAMIENTO DE UN SOLO TUTOR PARA VARIOS HERMANOS. Y DESIGNACION JUDICIAL DE TUTOR: 1. CUESTIÓN SISTEMÁTICA. 2. FACULTAD DE DESIGNACIÓN Y NOMBRAMIENTO DE TUTOR. 3. LIMITACIÓN DE LA FACULTAD DE DESIGNACIÓN JUDICIAL.—V. ALGUNAS PRECISIONES EN TORNO AL NOMBRAMIENTO DE CURADOR.

Número 17 (1999)

«Tutela conjunta o plural», por JOSÉ MANUEL LETE DEL RÍO, pág. 423.

SUMARIO: I. EL PRINCIPIO GENERAL DE UNIDAD DE LA TUTELA.—II. EXCEPCIONES A LA REGLA GENERAL DE UNIPERSONALIDAD DEL CARGO DE TUTOR: 1. CUANDO CONVenga SEPARAR COMO CARGOS DISTINTOS EL DE TUTOR DE LA PERSONA Y EL DE LOS BIENES. 2. CUANDO LA TUTELA CORRESPONDA AL PADRE Y A LA MADRE. 3. SI SE DESIGNA A ALGUNA PERSONA TUTOR DE LOS HIJOS DE SU HERMANO. 4. CUANDO EL JUEZ NOMBRE TUTORES A LAS PERSONAS QUE LOS PADRES DEL TUTELADO HAYAN DESIGNADO PARA EJERCER LA TUTELA CONJUNTAMENTE.—III. ACTUACION EN EL EJERCICIO DE LA FUNCION: 1. Actuación conjunta. 2. Actuación solidaria. 3. Tutela conjunta con carácter solidario. 4. Tutela solidaria de los tutores designados por los padres.—IV. INCOMPATIBILIDAD U OPOSICION DE INTERESES ENTRE EL TUTELADO Y ALGUNO DE LOS COTUTORES.—V. EL ARTICULO 237 BIS Y LAS PROHIBICIONES Y CAUSAS DE INHABILIDAD DE LA TUTELA.—VI. CESE DE UN COTUTOR Y SUBSISTENCIA DE LA TUTELA CON LOS RESTANTES: 1. ¿ES APLICABLE EL ARTICULO 238 DEL CÓDIGO CIVIL AL SUPUESTO DE COTUTELA DE LOS PADRES? 2. CASO DE COTUTELA DEL TÍO Y SU CÓNYUGE. 3. CAUSAS DEL CESE DEL TUTOR.

Número 18 (1999)

«La asimilación e integración del extranjero a través del matrimonio: medios de control internos y comunitarios», por ISABEL GARCÍA RODRÍGUEZ, pág. 447.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: LA BASE SOCIO-JURIDICA DEL CONTROL SOBRE LA INMIGRACION.—II. VENTAJAS QUE SE OBTIENEN EN MATERIA DE NACIONALIDAD Y EXTRANJERIA POR RAZON DEL MATRIMONIO: A) OSCILACIONES EN LA REGULACIÓN DE LA ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RAZÓN DE MATRIMONIO DESDE LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978. B) EVOLUCIÓN DE LAS NORMAS DE EXTRANJERÍA RELACIONADAS CON LA FAMILIA.—III. EL CONTROL DE CIERTOS MATRIMONIOS MIXTOS PARA PREVENIR LA INMIGRACIÓN «LEGAL» EN EL ORDEN INTERNO: A) EL CONFLICTO DE INTERESES EN LA MATERIA. B) LA ACTUACIÓN DE LA DGRN ANTES DE LA INSTRUCCIÓN DE 9 DE ENERO DE 1995. C) LA INSTRUCCIÓN DE 9 DE ENERO DE 1995 Y LAS RESOLUCIONES POSTERIORES.—IV. LAS MEDIDAS COMUNITARIAS EN MATERIA DE LUCHA CONTRA LOS MATRIMONIOS FRAUDULENTOS.—V. ALGUNAS CONCLUSIONES.

Número 19 (1999)

«El pago de cheques falsos o falsificados. Examen del artículo 156 de la Ley Cambiaria y del Cheque», por IGNACIO FARRANDO MIGUEL, pág. 465.

SUMARIO: 1. PRESENTACION.—2. REGLA GENERAL: RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD LIBRADA.—3. EXCEPCION: ACTUACION CULPOSA

DEL «LIBRADOR».—4. LA CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDADES.—5. UN APUNTE SOBRE LA RECLAMACION.—6. INDICACION DE JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES DEL SERVICIO DE RECLAMACIONES DEL BANCO DE ESPAÑA: 6.1. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO. 6.2. SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES. 6.3. RESOLUCIONES DEL SERVICIO DE RECLAMACIONES DEL BANCO DE ESPAÑA.—7. INDICACION BIBLIOGRAFICA.

Número 20 (1999)

«La protección de la parte débil en la contratación internacional», por ANTONIO MARÍN LÓPEZ, pág. 499.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EL PRINCIPIO DE AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD COMO BASE DE LA PROTECCION DE LA PARTE DEBIL.—III. EL CONVENIO DE ROMA DE 19 DE JUNIO DE 1980.—IV. LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERIAS: a) EL CONVENIO DE VIENA DE 11 DE ABRIL DE 1980; b) LA LABOR DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA.—V. EL CONTRATO CONCLUIDO POR CONSUMIDORES: a) LA CODIFICACIÓN INTERNACIONAL; b) LA REGULACIÓN COMUNITARIA: 1. *El tratado fundacional*. 2. *Los programas comunitarios*. c) LAS CODIFICACIONES NACIONALES RECIENTES.—VI. CONCLUSIONES.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Número 170 (Junio 1999)

«Ordenación urbanística, legislación sectorial y medio ambiente», por BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, pág. 11.

SUMARIO: 1. URBANISMO Y MONTES: 1.1. PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA Y APROVECHAMIENTOS FORESTALES. 1.2. CALIFICACIÓN DE SUELO FORESTAL. 1.3. CONSTRUCCIÓN AISLADA EN SUELO NO URBANIZABLE CALIFICADO COMO PARQUE FORESTAL, SIN QUE SE HAYA APROBADO UN PLAN ESPECIAL. 1.4. LICENCIA MUNICIPAL DE OBRAS EN TERRENOS CALIFICADOS COMO FORESTALES CON POSTERIORIDAD A LA SOLICITUD DE DICHA LICENCIA.—2. URBANISMO Y ESPACIOS NATURALES: 2.1. ES POSIBLE LA APROBACIÓN DEL PLAN DE ESPACIOS DE INTERÉS NATURAL (PEIN), SIN LA EXISTENCIA PREVIA DE UN PLAN TERRITORIAL GENERAL.—3. URBANISMO Y COSTAS: 3.1. AUTORIZACIÓN PARA LA CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDAS DENTRO DE LA SERVIDUMBRE DE PROTECCIÓN. TRATAMIENTO HOMOGÉNEO DEL FRENTE MARÍTIMO.—4. URBANISMO Y PATRIMONIO HISTORICO-ARTISTICO: 4.1. NATURALEZA DEL PLAN ESPECIAL DE PROTECCIÓN DE BIENES DE INTERÉS CULTURAL, Y CARÁCTER DISCRECIONAL DE SU CONTENIDO.—5. URBANISMO Y MEDIO AMBIENTE: 5.1. URBANISMO Y ACTIVIDADES CLASIFICADAS: INTERVENCIÓN DE LA COMISIÓN DE ACTIVIDADES CLASIFICADAS EN EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DEL PLAN ESPECIAL, Y ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL. 5.2. MEDIO AMBIENTE Y AUTORIZACIÓN DE CONSTRUCCIONES EN SUELO NO URBANIZABLE ORDINARIO Y PROTEGIDO.

«Las órdenes de ejecución», por JULIA ORTEGA BERNARDO, pág. 33.

SUMARIO: 1. FUNDAMENTO DE LAS ORDENES DE EJECUCION: A) EL DEBER DE CONSERVACIÓN COMO FUNDAMENTO DE LA ORDEN DE EJECUCIÓN. B) PRESUPUESTO DE LA ORDEN DE EJECUCIÓN: INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE CONSERVACIÓN POR PARTE DEL PROPIETARIO. C) LÍMITES AL DEBER DE CONSERVACIÓN: a) *La situación del edificio en estado de ruina*; b) *Los daños causados por la Administración*; c) *Obras que exceden del deber de conservación de la edificación: las mejoras de interés general*. D) SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS ÓRDENES DE EJECUCIÓN.—2. REQUISITOS DE VALIDEZ Y EFICACIA DE LAS ORDENES DE EJECUCION: A) REQUISITOS MATERIALES: a) *El contenido de la orden de ejecución*; b) *La sujeción de la orden al principio de proporcionalidad*. B) REQUISITOS FORMALES: a) *La competencia del órgano administrativo*; b) *La audiencia al particular en el procedimiento*; c) *La notificación de la orden al sujeto obligado: la cuestión de quiénes son los sujetos obligados a la conservación del edificio: la doctrina de la «aparencia de titularidad»*.—3. SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DE LA ORDEN DE EJECUCION: LAS MEDIDAS DE EJECUCION FORZOSA Y LA IMPOSICION DE SANCIONES.

«Análisis de la reciente jurisprudencia de Tribunales Superiores de Justicia sobre gestión urbanística», por FELIPE IGLESIAS GONZÁLEZ, pág. 75.

SUMARIO: 1. LAS UNIDADES DE EJECUCION: DELIMITACION Y CONTENIDO.—2. LA RECEPCION DIRECTA COMO SISTEMA DE ACTUACION.—3. LA DURACION DE LAS ENTIDADES URBANISTICAS DE COLABORACION.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL Y AUTONOMICA

Número 278 (Septiembre-Diciembre 1998)

«El privilegio de inembargabilidad ante el Tribunal Constitucional (un comentario a la STC 166/1998, de 15 de julio)», por JOSÉ LUIS CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, pág. 11.

SUMARIO: I. UNA REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL PRECEDENTE.—II. UNA ALUSION A LAS POSICIONES DOCTRINALES.—III. UNA EXPLICACION HISTORICA.—IV. LA DOCTRINA DE LA STC 166/1998.

«El derecho de los propietarios al reintegro de los gastos de instalación de las redes de suministro de energía eléctrica», por BARTOMEU COLOM PASTOR, pág. 31.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EL GRUPO NORMATIVO ELECTRICO.—III. EL GRUPO NORMATIVO URBANISTICO.—IV. PROBLEMAS QUE

PLANTEAN LAS NORMAS DE LOS REFERIDOS GRUPOS: 1. EL FUNDAMENTO DEL DERECHO AL REINTEGRO DE LOS GASTOS. 2. CLASES DE SUELO Y SISTEMA DE ACTUACIÓN AL QUE SE REFIERE EL DERECHO AL REINTEGRO RECONOCIDO EN EL ARTÍCULO 122.1.a) DE LA LEY DEL SUELO. 3. ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES Y PROCEDIMENTALES: A) *Jurisdicción competente*. B) *Legitimación*. C) *Acreditación de los costes*. 4. LOS PROPIETARIOS AFECTADOS TIENEN DERECHO AL REINTEGRO DE LA TOTALIDAD DE LOS GASTOS Y LAS EMPRESAS DISTRIBUIDORAS TIENEN DERECHO A RESARCIRSE DE LA INVERSIÓN. 5. PROPUESTA PARA COMPATIBILIZAR LAS NORMAS DE LOS GRUPOS NORMATIVOS EN PRESENCIA.

«La ordenación del subsuelo urbano», por JOAN PERE LÓPEZ PULIDO, pág. 59.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. EL REGIMEN JURIDICO DEL SUBSUELO URBANO: a) ANÁLISIS CONCEPTUAL; b) ANÁLISIS DOCTRINAL; c) PRINCIPALES NOTAS CARACTERÍSTICAS DEL SUBSUELO URBANO; d) LA SEGREGACIÓN DEL SUBSUELO PÚBLICO, SU DESAFECTACIÓN Y PRIVATIZACIÓN; e) CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL SUBSUELO EN LA LEGISLACIÓN SECTORIAL.—3. LA ORDENACION URBANISTICA DEL SUBSUELO: a) AMBITO COMPETENCIAL; b) LA INTERVENCIÓN URBANÍSTICA SOBRE EL SUBSUELO; c) LA LEY 22/1998, DE 30 DE DICIEMBRE, QUE APRUEBA LA CARTA MUNICIPAL DE BARCELONA.—4. ANALISIS DE SUPUESTOS SOBRE ORDENACION DEL SUBSUELO URBANO DEMANIAL: a) ALGUNAS EXPERIENCIAS REPRESENTATIVAS A NIVEL INTERNACIONAL; b) EL PLAN ESPECIAL DE GALERÍAS DE SERVICIOS DEL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA; c) EL PLAN ESPECIAL DE REDES DE TELECOMUNICACIONES POR CABLE DEL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA.—5. LOS APARCAMIENTOS SUBTERRANEOS EN EL DOMINIO PUBLICO. EL APROVECHAMIENTO COMUNAL DEL SUBSUELO: a) LOS APARCAMIENTOS SUBTERRÁNEOS EN EL DEMANIO PÚBLICO; b) EL APROVECHAMIENTO COMUNAL DEL SUBSUELO.—6. CONSIDERACIONES FINALES.—7. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA Y REFERENCIADA.

«Realidad y régimen jurídico-financiero de la provisión de obras y dotaciones públicas mediante empresa mixta en el ámbito local: la reversión de activos y la remuneración del socio privado», por ALBERTO RUIZ OJEDA, pág. 101.

SUMARIO: I. INTRODUCCION. LA LETRA DE LA LEY Y LA REALIDAD MOSTRENCIA: UNA ANATOMIA DEL DISPARATE.—II. LA EMPRESA MIXTA: SU REGIMEN JURIDICO Y DISCIPLINA CONTRACTUAL: 1. LA EMPRESA MIXTA COMO MODO SOCIETARIO DE GESTIÓN DE BIENES Y SERVICIOS PÚBLICOS Y COMO CONTRATO ADMINISTRATIVO. 2. LAS EXCEPCIONES AL RÉGIMEN GENERAL DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES INTRODUCIDAS POR LA LEGISLACIÓN DE RÉGIMEN LOCAL PARA LAS EMPRESAS MIXTAS: CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN. 3. LA SEPARACIÓN PATRIMONIAL ENTRE LAS CORPORACIONES LOCALES Y LAS EMPRESAS MIXTAS DE LAS QUE SON SOCIOS. RÉGIMEN DE CONTABILIDAD DE LAS EMPRESAS MIXTAS LOCALES Y ANÁLISIS DE LAS NORMAS PRESUPUESTARIAS APLICABLES.—III. EL FALSEAMIENTO CONSTITUTIVO DE LA REALIDAD PATRIMONIAL DE LA EMPRESA MIXTA: LA VALORACION DE LAS APORTACIONES NO DINERARIAS REALIZADAS POR LA ENTIDAD LOCAL Y EL PROBLEMA DEL CONTROL ADMINISTRATIVO DE LA ACTUACION SOCIETARIA: 1. LA VALORACIÓN DE LAS APORTACIONES NO DINERARIAS: CONSIDERACIÓN ESPECIAL DE LA APORTACIÓN DE LA

CONCESIÓN POR LA CORPORACIÓN. 2. EL CONTROL EJERCIDO POR LA CORPORACIÓN LOCAL SOBRE LA ACTIVIDAD DE LA EMPRESA MIXTA: EXCEPCIONES ADMISIBLES AL RÉGIMEN GENERAL DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES.—IV. EL EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO DE LA EMPRESA MIXTA: 1. EL EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO Y LA NOCIÓN DE RECURSOS GENERADOS. UNA APLICACIÓN A LAS EMPRESAS MIXTAS. 2. EL EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO DE LA EMPRESA MIXTA: LAS TARIFAS Y LAS NECESIDADES DE FINANCIACIÓN. UNA BREVE DESCRIPCIÓN DE LOS ARTIFICIOS CONTABLES AL USO.—V. LA REVERSIÓN Y AMORTIZACIÓN DE ACTIVOS EN LAS EMPRESAS MIXTAS: 1. LA REVERSIÓN DE OBRAS E INSTALACIONES: SU SENTIDO EN LAS EMPRESAS MIXTAS COMO TÉCNICA DE RESERVA LIQUIDATORIA. 2. LA REVERSIÓN Y LA AMORTIZACIÓN DE ACTIVOS EN LAS EMPRESAS MIXTAS: TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL. 3. EL EQUILIBRIO FINANCIERO DE LA EMPRESA MIXTA. LA OBRA PÚBLICA COMO ACTIVO REVERTIBLE: LA REVERSIÓN COMO FENÓMENO ECONÓMICO DESDE UNA PERSPECTIVA CONTABLE: A) *El saneamiento de los activos revertibles. La reversión de la obra pública como fenómeno económico: a) Un análisis económico-financiero de la reversión; b) Las obras e instalaciones revertibles como activos sujetos a un doble saneamiento: por amortización y por reversión.* B) *La ausencia de dotación y la infradotación del fondo de reversión: el quebranto patrimonial de la empresa mixta como consecuencia necesaria.*—VI. LA REMUNERACIÓN DEL SOCIO PRIVADO-CONTRATISTA: ¿CON CARGO AL PRESUPUESTO DE LA CORPORACIÓN LOCAL O A LOS RESULTADOS DE EXPLOTACIÓN DE LA EMPRESA MIXTA?: 1. EL REEMBOLSO DE ACCIONES COMO INSTRUMENTO ORDINARIO DE REMUNERACIÓN DEL SOCIO PRIVADO EN LAS EMPRESAS MIXTAS: UNA EXPLICACIÓN DE SU RÉGIMEN LEGAL Y CONTABLE. 2. LA SUPUESTA CONVERSIÓN DEL REEMBOLSO DE LAS ACCIONES DEL SOCIO PRIVADO EN UNA OBLIGACIÓN DE REMUNERACIÓN POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN. 3. LA SALIDA DEL SOCIO PRIVADO: EL RECURSO A SU DERECHO AL EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO.—VII. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES: ALGUNAS SUGERENCIAS PARA ENTENDER Y APLICAR CORRECTAMENTE EL MODO GESTOR DE LA EMPRESA MIXTA.—VIII. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

«Los informes de los secretarios de las Corporaciones Locales. Evolución legislativa, doctrina y jurisprudencia», por JESÚS CATALÁN SENDER, pág. 171.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA.—II. LEGISLACIÓN VIGENTE.—III. NATURALEZA DE LA ACTIVIDAD INFORMANTE EN LAS CORPORACIONES LOCALES. CLASES DE INFORMES.—IV. REQUISITOS SUBJETIVOS DE LA ACTIVIDAD DE INFORME.—V. LA FORMA QUE HAN DE ADOPTAR LOS INFORMES Y LAS CONSECUENCIAS DE SU INOBSERVANCIA.—VI. LOS INFORMES EN LA PRÁCTICA.—VII. LOS INFORMES COMO ACTOS DE TRÁMITE DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. SU IMPUGNACIÓN.—VIII. LOS EFECTOS DE LA FALTA U OMISIÓN DE INFORME EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. SU CONVALIDACIÓN.—IX. TRASCENDENCIA DE LOS INFORMES EN EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS FUNCIONARIOS Y EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL.—X. CONCLUSIONES.

REVISTA JURIDICA DE CASTILLA-LA MANCHA

Número 25 (Abril 1999)

«Los espacios naturales en la Comunidad de Castilla-La Mancha. Regulación legislativa estatal y autonómica», por MANUELA ANDRÉS ABELLÁN y otros, pág. 9.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: 1. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL. 2. REGULACIÓN LEGISLATIVA ESTATAL: A) *Espacios Naturales Protegidos*. B) *Planes de Ordenación de los Recursos Naturales*. C) *Régimen de Protección Preventiva*.—II. NORMATIVA SOBRE ESPACIOS NATURALES EN LA COMUNIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA: 1. ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CASTILLA-LA MANCHA. 2. TRANSFERENCIA DE FUNCIONES DE ESTADO EN MATERIA DE CONSERVACIÓN DE LA NATURALEZA. 3. RELACIÓN DE ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS EN CASTILLA-LA MANCHA. 4. COMPARACIÓN CON OTRAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.—III. OTRAS NORMAS DE LA COMUNIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE.—IV. PLAN DE CONSERVACION DEL MEDIO NATURAL EN CASTILLA-LA MANCHA.

«Régimen urbanístico del suelo rústico en la Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha (comparativa con la Ley 4/1992, de 4 de junio, del Suelo no Urbanizable, de la Comunidad Valenciana)», por JOSÉ ANTONIO CARRILLO MORENTE, pág. 27.

SUMARIO: I. INDICE.—II. INTRODUCCION.—III. LAS CLASES DE SUELO.—IV. EL SUELO RUSTICO EN LOS MUNICIPIOS CON PLAN DE ORDENACION MUNICIPAL.—V. LA CLASIFICACION DEL SUELO EN MUNICIPIOS SIN PLAN DE ORDENACION.—VI. LA DELIMITACION DEL CONTENIDO URBANISTICO DEL DERECHO DE PROPIEDAD DEL SUELO.—VII. EL CONTENIDO URBANISTICO LEGAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD DEL SUELO: DERECHOS.—VIII. EL CONTENIDO URBANISTICO LEGAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD DEL SUELO: DEBERES.—IX. EL REGIMEN DEL SUELO RUSTICO.—X. LAS DETERMINACIONES DE ORDENACION DE DIRECTA APLICACION Y LAS DE CARACTER SUBSIDIARIO.—XI. EL CONTENIDO, ALCANCE Y REQUISITOS DE LOS USOS Y LAS ACTIVIDADES Y CONSTRUCCIONES PERMISIBLES O AUTORIZABLES.—XII. LAS CONDICIONES DE REALIZACION DE LOS ACTOS DE APROVECHAMIENTO LEGITIMADOS POR LA CORRESPONDIENTE CALIFICACION URBANISTICA.—XIII. LA FORMALIZACION E INSCRIPCION DE LOS DEBERES Y CARGAS URBANISTICOS.—XIV. LA INVALIDEZ DE LOS ACTOS DE CALIFICACION Y AUTORIZACION.—XV. LA CALIFICACION URBANISTICA DEL SUELO RUSTICO DE RESERVA.—XVI. LA CALIFICACION URBANISTICA DEL SUELO RUSTICO DE PROTECCION.—XVII. EL CONCURSO SOBRE LOCALIZACION Y CARACTERISTICAS PARA LA LEGITIMACION DE CIERTOS ACTOS DE INICIATIVA PARTICULAR.—XVIII. REQUISITOS DE LOS ACTOS DE USO Y APROVECHAMIENTO URBANISTICO.—XIX. EL CONTENIDO Y EL PROCEDIMIENTO DE OTORGAMIENTO DE LA

CALIFICACION URBANISTICA PARA ACTOS PROMOVIDOS POR PARTICULARES.—XX. LA CALIFICACION URBANISTICA PARA ACTOS PROMOVIDOS POR LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS O LOS USOS CORRESPONDIENTES A AREAS DE SERVICIOS DE CARRETERAS.—XXI. LAS CONDICIONES LEGALES MINIMAS Y LA VIGENCIA Y CADUCIDAD DE LAS LICENCIAS MUNICIPALES.—XXII. AGRADECIMIENTO.—XXIII. BIBLIOGRAFIA.—XXI. NOTAS.

«El laudo en el sistema arbitral de consumo», por JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA SÁENZ, pág. 117.

SUMARIO: 1. EL LAUDO ARBITRAL DE CONSUMO: CONCEPTO.—2. REQUISITOS DEL LAUDO ARBITRAL DE CONSUMO.—3. MOTIVACION DEL LAUDO ARBITRAL DE CONSUMO.—4. TRATAMIENTO DE LAS EXCEPCIONES Y LA RECONVENCION OPUESTAS POR EL EMPRESARIO.—5. EJECUCION DEL LAUDO ARBITRAL DE CONSUMO.

«Problemas derivados de la celebración e inscripción de matrimonios simulados», por ENRIQUE FERNÁNDEZ MASÍA, pág. 137.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: EL CONSENTIMIENTO COMO NUCLEO CENTRAL DEL SISTEMA MATRIMONIAL ESPAÑOL.—II. LA SIMULACION DEL MATRIMONIO: CONCEPTO Y BENEFICIOS DERIVADOS DE LA MISMA.—III. APRECIACION PREVIA A LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO CIVIL DE LA FALTA DE CONSENTIMIENTO: A) APRECIACION EN EL EXPEDIENTE PREVIO A LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO CIVIL EN ESPAÑA. B) EL SUPUESTO ESPECIFICO DEL ARTICULO 252 RRC.—IV. LA CALIFICACION DEL ENCARGADO DEL REGISTRO CIVIL EN LA INSCRIPCION DEL MATRIMONIO CELEBRADO EN EL EXTRANJERO.—V. CONCLUSION.—VI. NOTAS.

COMENTARIO: Estudia el autor un problema de importancia, y, sobre todo, de máxima actualidad, pues se interesa por los llamados matrimonios de conveniencia entre los nacionales españoles y los extranjeros. Cuestión de actualidad al estar originados por las frecuentes migraciones de extranjeros hacia Europa del que no es ajeno nuestro país. Frente a lo cual los gobiernos han puesto controles estrictos a aquellos matrimonios de los que se sospeche que se han celebrado para aprovecharse el cónyuge extranjero de las ventajas otorgadas al ciudadano nacional.

En su examen comienza el autor destacando la importancia del consentimiento matrimonial en nuestro Código Civil señalando, a su vez, la posibilidad de simulación del matrimonio, poniendo el énfasis en las ventajas que puede conllevar para el cónyuge del nacional, tales como la adquisición de la nacionalidad española, el derecho a entrar en nuestro país, el derecho de acceder a cualquier actividad o la posibilidad de gozar de libertades comunitarias.

Expone el interés despertado por la propia DGRN, que da aplicación a la Instrucción de 9 de enero de 1995, y critica que los medios previstos por nuestro ordenamiento «no son adecuados para conseguir los fines que se

proponen». Detecta las dificultades de prueba existentes en el examen del consentimiento en el expediente previo, pues si las partes declarasen que existe un consentimiento real de contraer matrimonio, es casi imposible de demostrar si lo declarado es un fraude. Asimismo valora negativamente la extralimitación del encargado del Registro Civil de sus competencias, por entender que no es el órgano adecuado para juzgar la falta de consentimiento de un matrimonio celebrado en el extranjero.

Señala cómo la citada Instrucción pretende otorgar mayor publicidad a los matrimonios a fin de impedir la celebración de matrimonios nulos. Analiza el requisito de la audiencia reservada y por separado de cada uno de los contrayentes realizada por el instructor, del artículo 246 del RRC, preguntándose sobre el contenido de la misma y su posible conflicto de intereses con el *ius nubendi*, derecho fundamental de la persona que sólo puede ser coartado cuando exista una certeza racional absoluta de aquello que dé lugar al vicio de nulidad del matrimonio que se pretende celebrar.

También se detiene en analizar el artículo 252 RRC, que permite la expedición de certificados de capacidad matrimonial exigidos por algún ordenamiento extranjero, pero que no es requisito en el nuestro. Certificado al que también se refiere la Instrucción de 9 de enero de 1995.

Por último, considera que la vía más adecuada ante la sospecha de duda de que el matrimonio haya sido simulado, y obtener su nulidad, es acudir al juicio de menor cuantía mediante la correspondiente acción de estado civil.

«La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de energía», por ANA MARÍA GARCÍA NAVAS, pág. 159 (sin sumario).

«Régimen jurídico aplicable a los contratos de préstamo y crédito de las Administraciones Públicas», por FRANCISCO PLEITE GUADAMILLAS, pág. 173.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LOS CONTRATOS DE PRESTAMO Y CREDITO EN LA LEY DE CONTRATOS DEL ESTADO.—III. LOS CONTRATOS DE PRESTAMO Y CREDITO EN LA LEY 13/1995, DE 18 DE MAYO, DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS.—IV. REGIMEN JURIDICO APLICABLE A LOS CONTRATOS DE PRESTAMO Y CREDITO EXCLUIDOS DE LA LCAP: 1. LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO Y CRÉDITO EXCLUIDOS EN EL ARTÍCULO 3.1.k) DE LA LCAP. 2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS EXCLUIDOS: EL ARTÍCULO 3.2 DE LA LCAP. 3. NORMAS APLICABLES A LA PREPARACIÓN Y ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO Y CRÉDITO. 4. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA APLICABLES A LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO Y CRÉDITO: a) *Principio de igualdad*; b) *Publicidad y concurrencia*.—V. CONCLUSION.—VI. NOTAS.

«Consecuencias patrimoniales de la disolución de las parejas maritales de hecho», por FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, pág. 207 (sin sumario).

«El Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha», por FRANCISCO JAVIER SOBRINO FERNÁNDEZ, pág. 231 (sin sumario).

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Número 3 (1999)

«La Ley catalana de uniones estables de pareja», por JUAN JOSÉ LÓPEZ BURNIOL, pág. 641.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: A) LA LEY CATALANA DE UNIONES ESTABLES DE PAREJA. B) MATRIMONIO CONSENSUAL Y MATRIMONIO FORMAL. C) EL FONDO DE LA FORMA: 1. *Significado y funciones de la forma:* a) Significado; b) Funciones. 2. *Matrimonio y forma.* D) FAMILIA Y CAMBIO SOCIAL.—II. UNION ESTABLE HETEROSEXUAL: A) CONCEPTO. B) ELEMENTOS: 1. *Personales.* 2. *Reales.* 3. *Formales.* C) REGULACIÓN: 1. *Regla general: libertad de pacto.* 2. *Límites.* D) EFECTOS PERSONALES. E) EFECTOS PATRIMONIALES: 1. *Deudas y cargas:* a) Gastos comunes de la pareja; b) Responsabilidad frente a terceros por las deudas comunes. 2. *Disposición de la vivienda común.* F) EFECTOS ADMINISTRATIVOS. G) EXTINCIÓN: 1. *Causas.* 2. *Efectos:* a) Personales; b) Patrimoniales; c) Sucesorios.—III. UNION ESTABLE HOMOSEXUAL: A) CONCEPTO. B) ELEMENTOS: 1. *Personales.* 2. *Reales.* 3. *Formales.* C) REGULACIÓN: 1. *Regla general: libertad de pacto.* 2. *Límites.* D) EFECTOS PERSONALES. E) EFECTOS PATRIMONIALES: 1. *Deudas y cargas:* a) Gastos comunes de la pareja; b) Responsabilidad frente a terceros por las deudas comunes. 2. *Disposición de la vivienda común.* F) EFECTOS ADMINISTRATIVOS. G) EXTINCIÓN: 1. *Causas.* 2. *Efectos:* a) Personales; b) Patrimoniales; c) *Sucesorios.*

«La impugnación judicial del acto de extensión y del convenio colectivo extendido: problemas de jurisdicción», por FRANCISCO ANDRÉS VALE MUÑOZ, pág. 677.

SUMARIO: 1. DELIMITACION DE LA MATERIA OBJETO DE ESTUDIO.—2. LA DETERMINACION DE LA JURISDICCION COMPETENTE: 2.1. LA TESIS DE LA UNIDAD DE JURISDICCION. 2.2. LA TESIS DE LA DUALIDAD DE JURISDICCIONES.—3. EL CONTROL JUDICIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE EXTENSION DEL CONVENIO COLECTIVO: LA INTERVENCION DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.—4. EL CONTROL JUDICIAL DEL CONVENIO COLECTIVO EXTENDIDO: LA INTERVENCION DE LA JURISDICCION SOCIAL, VIAS DE IMPUGNACION Y SU PROBLEMÁTICA.—5. BREVE REFERENCIA AL CONTROL JUDICIAL DE LA EXTENSION DE CONVENIOS EN DERECHO COMPARADO.—6. CONCLUSIONES.

«La anorexia y el internamiento de los enfermos en centros hospitalarios: límites y controles», por ISABEL MIRALLES GONZÁLEZ, pág. 715 (sin sumario).

«Situación de la pensión compensatoria con limitación temporal en los Tribunales de Cataluña», por MARÍA TERESA MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, pág. 725 (sin sumario).

«Sobre la posibilidad de las medidas cautelares en el procedimiento arbitral "uncitral" y en el arbitraje en general», por LUIS MONTES REIG, pág. 741.

SUMARIO: INTRODUCCION.—PREVIA: LA CLAUSULA ARBITRAL DEL CONTRATO Y EL REGLAMENTO ARBITRAL: 1. PUNTO DE PARTIDA: ARBITRAJE UNCITRAL EN ESPAÑA. 2. LOS ARTÍCULOS 26 Y 32 DEL REGLAMENTO UNCITRAL.—I. UN BREVE ANALISIS DE LA CUESTION A LA LUZ DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA: 1. LA VOLUNTAD DE LAS PARTES Y LA LEY DE ARBITRAJE. 2. LA DISCUSIÓN DOCTRINAL. 3. LA ELABORACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DE DEFENSA Y SU PROYECCIÓN AL ARBITRAJE. 4. UN BREVE INCISO SOBRE LA «FUNCIÓN JURISDICCIONAL» DEL ARBITRAJE. 5. LA JURISPRUDENCIA SOBRE LAS CAUTELARES Y EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL.—II. MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE: QUIEN Y COMO LAS PUEDE ADOPTAR: 1. LA COMPETENCIA PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL. 2. LA ADOPCIÓN Y LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL.—III. CONCLUSIONES.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL Número 1 (Enero-Junio 1998)

«El fundamento del Derecho internacional: algunas reflexiones sobre un problema clásico», por J. A. CARRILLO SALCEDO, pág. 13.

SUMARIO: INTRODUCCION: 1. NUEVAS APROXIMACIONES A UN PROBLEMA CLASICO.—2. LA FUNDAMENTACION DEL DERECHO INTERNACIONAL.—CONCLUSIONES.

«La suspensión de la actividad sancionadora de la Administración en materia de extranjería ante la jurisdicción contencioso-administrativa», por JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, pág. 33.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA SUSPENSION DE LOS ACTOS RECURRIDOS EN EL PROCEDIMIENTO PARA LA PROTECCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA.—III. LA SUSPENSION DEL ACTO RECURRIDO EN VIA CONTENCIOSA-ADMINISTRATIVA ORDINARIA: 1. INTERÉS PÚBLICO, VERSUS DAÑOS O PERJUICIOS DE IMPOSIBLE O DIFÍCIL REPARACIÓN. 2. ACREDITACIÓN DE LA SITUACIÓN JURÍDICA, OBJETO DE SUSPENSIÓN: LA APARIENCIA DE BUEN DERECHO. 3. CIRCUNSTANCIAS QUE MOTIVAN LA SUSPENSIÓN.—IV. PROBLEMAS PARTICULARES: 1. INCIDENCIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CONTENIDO NEGATIVO. 2. QUIEBRA DEL PRINCIPIO DE SOLVENCIA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 3. MOTIVACIÓN Y ACREDITACIÓN DE LAS CAUSAS QUE ACONSEJAN LA SUSPENSIÓN DEL ACTO IMPUGNADO.—V. CONSIDERACIONES FINALES.

«El nuevo regionalismo y reestructuración del sistema mundial», por FRANCISCO ALDECOA LUZÁRRAGA y NOÉ CORNAGO PRIETO, pág. 59.

SUMARIO: I. PRESENTACION.—II. DEL VIEJO AL NUEVO REGIONALISMO: DE LA GEOPOLITICA A LA GEOECONOMIA Y LA GEOSOCIEDAD.—III. REPENSANDO LA REESTRUCTURACION DEL SISTEMA MUNDIAL:

ESTRUCTURAS, INTERESES Y VALORES.—IV. LA REARTICULACION DE LAS RELACIONES ENTRE EL ESTADO, LA SOCIEDAD Y EL MERCADO Y SU CRISTALIZACION EN TRES MODELOS EN EL NUEVO REGIONALISMO.—V. LIBERALIZACION ECONOMICA Y CENTRALIZACION DEL PODER: LIMITACIONES SOCIOPOLITICAS DEL MODELO ASIATICO DE REGIONALISMO DE BAJO PERFIL INSTITUCIONAL.—VI. LA INSUFICIENCIA DEL MODELO NORTEAMERICANO: EL REGIONALISMO COMO NUEVA ESTRATEGIA DE RELACION DE UNA POTENCIA HEGEMONICA EN DECLIVE.—VII. EL PROCESO DE UNIFICACION EUROPEA COMO EXPERIENCIA SINGULAR: LA MUTACION INTEGRAL DEL SISTEMA POLITICO EN PERSPECTIVA ESTRUCTURACIONISTA.—VIII. LA OTRA CARA DEL NUEVO REGIONALISMO: AUTONOMIA SUB-ESTATAL, REORGANIZACION DEL SISTEMA POLITICO Y LA GOBERNABILIDAD MULTINIVEL.—IX. IDENTIFICANDO ANALOGIAS Y DIFERENCIAS: ESBOZO DE UN NUEVO MODELO DE ANALISIS COMPARADO DEL NUEVO REGIONALISMO.—X. CONCLUSION: EL VINCULO ESTRUCTURAL ENTRE LAS DOS CARAS DEL NUEVO REGIONALISMO.

REVUE DE DROIT UNIFORME

Número 1 (1999)

- «Quelques aspects techniques de l'intégration juridique: l'exemple des actes uniformes de l'OHADA», por JOSEPH ISSA-SAYEGH, pág. 5.
- «International Carriage of Goods by Road in the Americas: Time to Revise the Inter-American Convention?», por PAUL B. LARSEN, pág. 33.
- «International Carriage of Goods by Road in the Americas: Looking at Policy Aspects of a Revised Inter-American Convention», por CECILIA FRESNEDO DE AGUIRRE y FERNANDO AGUIRRE RAMÍREZ, pág. 50.

NOTICIAS DE LA UNION EUROPEA

Número 171 (Abril 1999)

- «El régimen de responsabilidad extracontractual de la Comunidad Europea: Condiciones, ámbito de aplicación y cuestiones conflictivas», por M.^a YOLANDA FERNÁNDEZ GARCÍA, pág. 9.
- «El orden jurisdiccional contencioso-administrativo y el Derecho comunitario: Competencia y prejudicialidad», por FRANCISCO GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, pág. 31.
- «La expansión del derecho de petición en el Tratado de Amsterdam», por ISAAC IBÁÑEZ GARCÍA, pág. 45.
- «Derechos exclusivos de importación y exportación de electricidad. Sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de 23 de octubre de 1997», por VICENTE LÓPEZ-IBOR MAYOR, pág. 49.
- «Régimen transitorio de las tiendas libres de impuestos. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1997», por ROSARIO SILVA DE LAPUERTA, pág. 59.

- «Efectos de las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre los ingresos tributarios», por JAVIER BAS SORIA, pág. 67.
- «Procedimiento para la devolución de los ingresos aduaneros indebidos. Normativa aplicable», por JOSÉ MIGUEL MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, pág. 77.
- «La adecuación del IVA español a las normas comunitarias: el Real Decreto-ley 14/1997, de 29 de agosto», por JORDI A. SOLÉ ESTALELLA, pág. 91.
- «Desarrollo sostenible y modelo presupuestario: los casos de la UE y de Canadá a examen», por JAVIER SALINAS SÁNCHEZ, pág. 105.

Número 172 (Mayo 1999)

- «Mundialización: Reflexiones sobre un concepto extendido», por ANTONIO M. AVILA ALVAREZ y MIGUEL A. DÍAZ MIER, pág. 7.
- «La globalización de los mercados financieros», por SARA GONZÁLEZ FERNÁNDEZ y JUAN MASCAREÑAS PÉREZ-IÑIGO, pág. 25.
- «Derecho de la libre competencia en la Organización Mundial del Comercio: Los acuerdos sobre subvenciones y antidumping», por MONIKA HOLTMANN YDOATE, pág. 39.
- «La globalización y la regulación del comercio internacional», por JUAN PABLO LÓPEZ DE SILANES MARTÍNEZ, pág. 51.
- «El comercio internacional de servicios y su regulación multilateral en el marco de la ONIC», por JUAN PABLO LÓPEZ DE SILANES MARTÍNEZ, pág. 87.

Número 173 (Junio 1999)

- «El Tratado de Amsterdam (1997). ¿Avance o estancamiento?», por CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA, pág. 9.
- «Excursus conceptual de función pública en el derecho comunitario: sobre la necesidad de manejar un concepto material y funcional de función pública», por MARCOS FRANCISCO MASSO GARROTE, pág. 33.
- «El Defensor del Pueblo Europeo», por MIQUEL PALOMARES AMAT, pág. 53.
- «La línea jurisprudencial restrictiva de los beneficios fiscales en la normativa foral (el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco se incorpora a la tesis del Supremo)», por ANTONIO M. CUBERO TRUYO, pág. 65.
- «La fusión de sociedades y la evasión fiscal», por LUIS DOCAVO ALBERTI y VÍCTOR J. GARCÍA ALVAREZ, pág. 75.
- «Las Comunidades Autónomas y los Fondos de Desarrollo Regional», por ANA ISABEL GONZÁLEZ GONZÁLEZ y BEATRIZ GROSSI SAMPEDRO, pág. 81.
- «Las facturas emitidas por el destinatario de la operación sujeta a IVA y el artículo 21 de la Sexta Directiva (Comentario a la STJCE de 17 de septiembre de 1997, As. C-141/96, Langhorts)», por ISAAC MERINO JARA, pág. 91.
- «Los contratos de transferencia de tecnología en el Derecho comunitario», por ENRIQUE GUARDIOLA SACARRERA, pág. 101.
- «Directivas comunitarias y nuevas reformas del Derecho de la contratación en España», por JAVIER AVILÉS GARCÍA, pág. 115.