

REVISTA CRITICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

**D. Jerónimo González Martínez**

---

Año LXXIII • Marzo-Abril 1997 • Núm. 639

---



## CONSEJO DE REDACCION

### PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

### CONSEJEROS:

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. José María Chico Ortiz.  
D. Fernando Muñoz Cariñanos.  
D. José Manuel García García.  
D. Antonio Pau Pedrón.  
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.  
D. José Luis Iglesias Prada.

### COMISIÓN EJECUTIVA:

D. José Poveda Díaz.  
D. Juan Pablo Ruano Borrella.  
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

«La resolución del contrato de arrendamiento de vivienda o local de negocio por actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas», por ESTHER ALGARRA PRATS .....	303
«Análisis de la Disposición Transitoria Sexta.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, relativa a la disolución de pleno derecho», por FRANCISCO JAVIER GARCÍA MAS .....	359
«La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones bilaterales», por FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI .....	403
«La agonía del testamento y de las formas testamentarias en el Derecho catalán actual», por MARTÍN GARRIDO MELERO .....	463
«Derecho y ciencia», por GERMÁN GALLEGO DEL CAMPO .....	501
«Los orígenes de la vía subrogatoria», por ANGEL CRISTÓBAL MONTES ...	561

## DICTAMENES Y NOTAS

«La finalidad en la delimitación del derecho subjetivo», por CRUZ MARTÍNEZ ESTERUELAS .....	599
---	-----

## ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN .....	607
--	-----

## JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS .....	615
II. Resoluciones de la Dirección General, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ, JUAN M.º DÍAZ FRAILE y M.º LEONOR RODRÍGUEZ SÁNCHEZ.	621

## III. Sentencias del Tribunal Supremo.

## 1. Derecho civil:

a) Parte general, por FRANCISCO CASTRO LUCINI .....	663
b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA, ISABEL DE LA IGLESIA MONJE e ISABEL MORATILLA GALÁN ....	675
e) Sucesiones, por FRANCISCO CASTRO LUCINI .....	712

**INFORMACION BIBLIOGRAFICA**

«Derecho Agrario. IV Congreso Nacional», de ALBERTO BALLARÍN MARCIAL, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS .....	725
«Compendio de Derecho Civil. Tomo IV. Derecho de Familia», de XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ, por JOSÉ CERDÁ GIMENO .....	728
«El Impuesto sobre las Transmisiones Patrimoniales», de JOSÉ MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS ....	731
«Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez», de VARIOS AUTORES, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ .....	733
«Nuevo régimen del suelo», de J. GONZÁLEZ PÉREZ, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ .....	735
«Fundaciones: su capacidad», de ANTONIO NIETO ALONSO, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ .....	738
«El objeto del contrato», de VERÓNICA SAN JULIÁN PUIG, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ .....	740
<b>REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN ... ..</b>	<b>743</b>

# ESTUDIOS



# La resolución del contrato de arrendamiento de vivienda o local de negocio por actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCION. LAS RELACIONES DE VECINDAD EN GENERAL Y EN EL MARCO DE LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS.—2. LA RESOLUCION DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA O LOCAL DE NEGOCIO POR ACTIVIDADES MOLESTAS, INSALUBRES, NOCIVAS, PELIGROSAS O ILICITAS: A) REGULACIÓN LEGAL. B) ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS.—3. ANALISIS DE LA CAUSA RESOLUTORIA: A) REALIZACIÓN DE LAS ACTIVIDADES MENCIONADAS (MOLESTAS, INSALUBRES, NOCIVAS, PELIGROSAS O ILÍCITAS) EN LA VIVIENDA O LOCAL DE NEGOCIO: a) *Concepto de actividad.* b) *Actividades molestas* c) *Actividades insalubres.* d) *Actividades nocivas.* e) *Actividades peligrosas* f) *Actividades ilícitas* g) *Ambito espacial en el que han de tener lugar las actividades.* h) *Sujetos que realizan las actividades.* i) *Requisitos de las actividades para poder ser causa de resolución del contrato.* B) LEGITIMACIÓN PARA INSTAR LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO. C) PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESOLUCIÓN D) EXCEPCIONES A LA RESOLUCIÓN.

## 1. INTRODUCCION. LAS RELACIONES DE VECINDAD EN GENERAL Y EN EL MARCO DE LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS

La vida del hombre se desenvuelve básicamente en sociedad, y es en esas relaciones sociales donde la convivencia humana plantea a menudo conflictos y problemas que, en ciertos casos, el Derecho está llamado a resolver, como ocurre en materia de relaciones de vecindad. La peculiaridad propia de las relaciones de vecindad es que en ellas la convivencia viene determinada por la proximidad o inmediación de los lugares en los que el ser humano se encuentra. El hombre se ubica en el espacio en un lugar determinado y en él

ejercita sus actividades básicas, tanto de índole económica como de desarrollo humano; pero los lugares no son independientes, no están ubicados espacialmente de manera aislada, sino que necesariamente limitan unos con otros; además, no es posible cerrarlos herméticamente para sustraerlos de toda influencia ajena o para evitar que los efectos de algunas de las actividades que se llevan a cabo en ellos no trasciendan en absoluto al exterior. Por ello, con independencia de las relaciones que cada cual trabaje por su propia voluntad, ese asentamiento en un lugar genera otro tipo de relaciones a veces no buscadas, pero existentes: las determinadas por la vecindad, donde son una constante reiterada a lo largo del tiempo las perturbaciones, inconvenientes y molestias de todo tipo que los vecinos se causan recíprocamente.

Las relaciones de vecindad, genéricamente consideradas, presentan en la actualidad unos perfiles propios y novedosos, que vienen determinados, esencialmente, por el carácter industrial y urbano de las nuevas vecindades. Junto a las clásicas relaciones de vecindad prediales, que se desarrollan y perviven todavía en un marco bien distinto, aparecen hoy las modernas relaciones de vecindad, que tienen lugar en las grandes ciudades y son especialmente conflictivas en relación con actividades industriales y empresariales, poniendo de relieve las dificultades de la convivencia en estos ámbitos. Como señala ALONSO PÉREZ (1), la vecindad se ha masificado, se ha hecho universal, puesto que las relaciones de vecindad entre particulares han intensificado sus efectos, apareciendo, junto a la clásica vecindad interindividual o interpredial, una moderna vecindad universal y colectiva (2).

Son tres los factores de influencia y confluencia en la evolución experimentada en las relaciones de vecindad: un factor jurídico, representado por el derecho de propiedad; un factor sociológico, en el que habría que destacar las tendencias de distribución y las pautas de comportamiento de la población; y un factor tecnológico, donde tiene especial relevancia la moderna actividad industrial, pero también con carácter general, los avances científico-tecnológicos, reflejados en los más variados campos. Me ocuparé seguidamente de presentar en líneas muy generales los aspectos más significativos de estos dos últimos factores, los cuales tienen una enorme incidencia en la configuración de las relaciones de vecindad en el marco de los arrendamientos urbanos (3).

---

(1) «Las relaciones de vecindad», en *ADC*, 1983, pág. 360.

(2) ALONSO PÉREZ, M., *Las relaciones de vecindad*, cit., págs. 360-361. En el mismo sentido destaca HERNÁNDEZ GIL (*Las relaciones de vecindad en el Código Civil*, Madrid, 1985, pág. 8) que la situación que se deriva de los graves problemas e inconvenientes que origina el progreso reemplaza el sentido interindividual de las relaciones de vecindad (apoyadas en relaciones individuales, en un plano de reciprocidad) por el vínculo de la solidaridad social.

(3) Evidentemente, dado el objetivo de este trabajo, no es ésta la sede idónea para abordar la evolución en materia de derecho de propiedad como factor, ya señalado, de influencia en la evolución de las relaciones de vecindad. Pero hay, además, otra razón de

En el aspecto económico y social, en la Europa de principios del siglo XIX, se produce una profunda transformación, salpicada de numerosos acontecimientos y descubrimientos que van tejiendo el hilo del progreso. La máquina de vapor fue sin duda el invento más revolucionario de esta época, con importantísimas aplicaciones a usos prácticos: minas de carbón, industrias de hilados y tejidos, que pudieron sustituir los cursos naturales de agua como

---

suma importancia, como es el hecho de que las relaciones de vecindad exceden del estricto marco jurídico de la propiedad o, dicho en términos sencillos, no puede identificarse al vecino con el propietario. Aunque jurídicamente, las relaciones de vecindad encuentran la mayor parte de su tratamiento en el marco de la organización de la propiedad, los problemas de ella derivados no afectan sólo a los propietarios, sino a todos aquellos sujetos que, por estar próximos, tienen la consideración de vecinos, sean o no propietarios, es decir, a todos aquellos que, por cualquier título, ejercen facultades de uso y disfrute sobre los bienes (arrendatario, usufructuario, poseedor, etc.). La finca o el fundo es la pieza clave como punto de partida en las relaciones vecinales, pero no puede prescindirse en ellas de las personas: los conflictos no se producen únicamente entre sujetos que ostentan titularidades dominicales; es más, el mero hecho de ser propietario no crea, en sí mismo, problemas de vecindad, sino que los conflictos tienen su origen cuando se despliega el ejercicio de facultades que chocan con los intereses jurídicamente protegidos de otros sujetos o lesionan sus derechos. Por esta razón, si nos movemos en el plano del ejercicio de los derechos, poco importa que las facultades ejercitadas deriven de la propiedad o estén amparadas en otro título que faculte a usar y disfrutar del inmueble, pues, en definitiva, es ese uso y disfrute lo que puede generar la situación de conflicto intervecinal. La cualidad de vecino se resume «en una condición de estabilidad de exposición a las perturbaciones, sin otra exigencia que una relación de hecho con el uso del fundo» (CABALLERO, F., *Essai sur la notion juridique de nuisance*, París, 1981, pág. 206). Por consiguiente, no es necesario en absoluto ser propietario para causar o padecer molestias derivadas de la vecindad, con lo que quiero significar también que las consideraciones hechas en torno a la noción de vecino deben ser entendidas tanto en su aspecto pasivo como activo, esto es, tanto como sujeto potencialmente perturbado cuanto como sujeto causante de la perturbación (en este mismo sentido, GONZÁLEZ-ALEGRE, M., *Las relaciones de vecindad*, Barcelona, 1967, págs. 11-12; NICOLÁS, M. F., «La protection du voisinage», en *Rev trim.dr civ*, 1976, págs. 678-679; CABALLERO, F., *Op cit*, pág. 205). La protección y defensa de la persona debe ocupar una posición relevante en las relaciones de vecindad, que no deben quedar circunscritas únicamente a las meras relaciones entre fincas, abstracción hecha de los sujetos que participan en la dinámica de estas relaciones. La protección de la integridad corporal, de la salud, del bienestar de las personas, de su tranquilidad, conquistas todas ellas de las que presume el hombre moderno, aunque a veces no haya sabido materializarlas, deben estar en todo momento presentes para evitar la teorización de las relaciones vecinales en un plano y una lógica meramente propietarias. Bien es cierto que en este campo la persona es considerada en su relación con el uso de un fundo, pero ello no debe ser un obstáculo para que la consideración a ella y a sus atributos esté al mismo nivel que las lesiones patrimoniales o los daños económicos irrogados a la finca o inmueble que disfrute por cualquier título, como es característica de una concepción amplia de las relaciones de vecindad, que defendiendo (en nuestra doctrina ha insistido especialmente sobre este punto ALONSO PÉREZ, M., «La lucha contra las inmisiones molestas y nocivas: especial consideración de los medios jurídico-civiles», en *Recopilación de ponencias y comunicaciones Consejo General del Poder Judicial*, vol. II, Madrid, 1993, págs. 1449 y sigs., interesante trabajo publicado también en AC, 1994, págs 385 y sigs.).

fuerza motriz y trasladarse a las ciudades, metalurgia, que experimenta un fuerte desarrollo con el empleo de nuevos mecanismos (fuelles movidos por máquinas de vapor, martillos para forjar el hierro, hornos, etc.). En el curso imparable del progreso, nuevos inventos, industrias y productos hacen su aparición. Se abandonan las técnicas manuales y artesanales, implantándose los métodos de producción a gran escala. Todo ello obliga a disponer de buenas vías de comunicación para comercializar los productos, con el consiguiente perfeccionamiento progresivo de los medios de locomoción, que pasarán a convertirse en breve, junto con la industria, en importantes generadores de perturbaciones vecinales. Aparece así, como dijera BONFANTE (4), «el nuevo feudalismo de los señores de las fábricas y de los automóviles, de los soberanos de la gran industria moderna». A lo largo del siglo, la revolución industrial y tecnológica trae consigo una radical transformación de las estructuras sociales y una acentuación del nuevo modelo de vecindad industrial y urbana. En efecto, se producen importantes movimientos migratorios hacia las ciudades, en busca de trabajo; los núcleos urbanos crecen de manera rápida y desordenada, dando lugar a condiciones de vida inadecuadas y poco higiénicas, que sufría especialmente la nueva clase social del proletariado, desprovista de tierras y de la propiedad de los medios de producción. La convivencia de agricultura, industrias, fábricas, centros de comunicación y transporte, actividades insalubres y peligrosas, y población en espacios cada vez más reducidos, intensifica las molestias de todo tipo que el nuevo modelo económico acarrea e implica también nuevas fuentes de perturbaciones. Cada etapa ha constituido un importante devenir del progreso, pero la revolución industrial y las transformaciones sociales y económicas a ella unidas (5) representaron una radical transformación del marco vecinal, intensificaron una creciente intervención de los poderes públicos y constituyeron las causas más profundas del cambio de mentalidad respecto a los principios informadores de la propiedad privada, cada vez más limitada e impregnada de la idea de su función social. Con estas coordenadas llegamos a la época actual. El ritmo imparable del progreso, el avance de la ciencia y de la tecnología han sido importantísimos a lo largo del siglo xx, con consecuencias trascendentales en todos los ámbitos. Las nuevas industrias y los efectos de su produc-

---

(4) *Las relaciones de vecindad* (traducción española, concordancias y apéndice de GARCÍA VALDECASAS), Madrid, 1932, pág. 68

(5) Una sintética pero completa visión de los efectos y consecuencias de la masificación y la tecnología en el campo del Derecho privado puede verse en la obra de DíEZ-PICAZO, bajo ese título: *Derecho y masificación social Tecnología y Derecho privado (dos esbozos)*, Madrid, 1987. Igualmente, sobre los problemas que la sociedad industrial plantea al Derecho, NOVELLI, T., «Il giurista della società industriale», en *Riv.dir.civ.*, 1980, I, págs. 32 y sigs. En la doctrina alemana puede verse sobre el tema, WIEACKER, F., *Industriegesellschaft und Privatrechtordnung*, Frankfurt, 1974.

ción son suficientemente ilustrativos: radiaciones derivadas de la producción de energía atómica en las centrales nucleares, industrias químicas que emplean sustancias generadoras de humos y gases tóxicos, y las más variadas instalaciones causantes de lluvia ácida, contaminación de ríos, polución atmosférica con devastadoras consecuencias para los bosques, ondas electromagnéticas, etc.; sin que desaparezcan, por lo demás, las inmisiones de polvo, ruido, calor, humo, vibraciones y similares que las modernas industrias y otras actividades pueden causar a los vecinos próximos. A ello se añade la existencia de importantes vías y centros de comunicación y medios de transporte cada vez más perfeccionados (ferrocarriles, camiones, automóviles, aviones, con las consiguientes estaciones y tendido ferroviario, carreteras y aeropuertos); instalaciones y conducciones por aire y por tierra (tendido eléctrico, suministro de gas y agua, alcantarillado), y también la tecnología aplicada a los aspectos más cotidianos de la vida moderna: potentes aparatos de sonido, televisiones, radios, uso habitual de automóviles, por citar algunos ejemplos, con su correspondiente carga de ruidos, humos, etc. Afortunadamente, la tecnología no ha sido sólo fuente de perturbaciones e inmisiones y, sobre todo en nuestros días, origen de daños ambientales preocupantes; también hay que destacar un aspecto positivo, en cuanto que las nuevas tecnologías y los avances de la investigación han posibilitado enormes mejoras en orden a la incorporación de mecanismos de reducción de las inmisiones, daños ambientales y perturbaciones vecinales, toda vez que sin ir en detrimento cualitativo o cuantitativo de la producción, ha procurado mejorar en lo posible la calidad de vida del ser humano (mediante insonorizaciones, depuradoras, filtros, una amplia gama de productos ecológicos, etc.). Precisamente —y las relaciones de vecindad no son una excepción— es necesario encontrar el punto de equilibrio entre las ventajas y los inconvenientes que el progreso técnico procura al hombre (6). En cualquier caso, los intereses generales que la nueva situación pone en juego obligan a la Administración a intervenir en el control de la producción industrial y demás actividades calificadas, delimitando su marco de actuación con una minuciosa disciplina de la actividad industrial, el sometimiento a licencia para el ejercicio de determinadas actividades y la necesidad de autorización para determinadas instalaciones; la obligatoriedad en el cumplimiento de medidas técnicas para evitar o prevenir consecuencias perniciosas en el ejercicio de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas; la fijación de niveles máximos en materia de contaminación atmosférica y acústica, etc.

El cambio económico y el tránsito de una sociedad rural a otra urbana se refleja, por otra parte, en el crecimiento de las ciudades y en el modelo de propiedad resultante. El creciente número de habitantes que se concentra en

---

(6) HARPILLARD, J. P., *Les inconvenients de voisinage*, Th. París, 1975, pág. 12.

las zonas urbanas y la consiguiente expansión de las ciudades exigen una planificación racional del suelo para satisfacer los distintos intereses y necesidades residenciales, comerciales, de servicios, industriales, zonas verdes, etcétera. La buena organización y estructuración de la ciudad en zonas destinadas a distintos usos, con sus respectivos planes de desarrollo, es un importante sistema de prevención, en su ámbito, de un buen número de conflictos vecinales por usos incompatibles de propiedades. Nuevamente aquí destaca la intervención pública, a través del Derecho urbanístico, para lograr aquellas finalidades; pero a su vez, el régimen urbanístico del derecho de propiedad introduce considerables innovaciones respecto al sistema tradicional, pues el planteamiento urbanístico atiende al interés público respecto a la ordenación del territorio —el plan se traza pensando en la ciudad—, pero además, y como consecuencia, viene a delimitar el contenido del derecho de propiedad y define las facultades del propietario (7). Por lo demás, la propiedad se reduce y se comprime, no sólo en sus atribuciones y contenido como derecho, sino también en sus dimensiones y en las casi forzosas relaciones con las propiedades que la circundan. De una parte, se produce un fenómeno de desacumulación de la propiedad, en el sentido de propiedades más pequeñas, pero con un mayor número de propietarios o bien de personas que por cualquier otro título acceden al disfrute de la pequeña propiedad inmobiliaria; de otra parte, se impone el modelo de propiedad horizontal —que desbanca al viejo modelo de propiedad aislada, tranquila y solitaria—, donde la convivencia estrecha sus lazos y aumentan las molestias e interferencias mutuas entre vecinos.

La inevitable convivencia vecinal, no sólo con sujetos que están en nuestra misma situación, sino también con la industria y el progreso de nuestro tiempo, hace necesario —casi podemos decir que obligatorio— un cierto grado de tolerancia, impuesto por la vida en sociedad, pues la prohibición de toda perturbación no significaría otra cosa que «prohibir la vida en sociedad misma, que es la causa» (8). La necesidad de coordinar los diferentes intereses contrapuestos, en aras de una convivencia vecinal pacífica, y la necesidad de que la distribución de los costes de esa convivencia sea lo más equitativa posible, exigen una recíproca limitación de los respectivos derechos de los vecinos, un sacrificio parcial de cada uno de ellos, precisamente, para posibilitar el ejercicio de todos y para conseguir una mejor y más provechosa utilización de los bienes. Estas necesidades se han traducido jurídicamente en la delimitación del contenido del dominio, estableciendo una serie de límites al derecho de propiedad en interés de los particulares, sancionando

---

(7) En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4.ª) de 1 de junio de 1987 (RAJ, 1987, núm. 5 906).

(8) YOCAS, C. P., *Les troubles de voisinage*, Th Paris, 1964, pág. 2.

la responsabilidad del propietario como consecuencia del ejercicio de su derecho de propiedad y determinando, en el marco de la propiedad horizontal y los arrendamientos urbanos, la prohibición de realizar actividades molestas, insalubres, nocivas, etc., con sus correspondientes sanciones en caso de contravención.

Las relaciones de vecindad en el marco de los arrendamientos urbanos —e idénticas consideraciones son válidas en materia de propiedad horizontal— no se han sustraído a la evolución socio-económica y tecnológica que se acaba de exponer; antes al contrario, son situaciones que derivan en buena medida de aquéllas. Las relaciones vecinales en materia de arrendamientos urbanos y propiedad horizontal presentan como nota especialmente distintiva la intensidad con la que se desenvuelven dichas relaciones, por la estrechez de los espacios y la obligada proximidad de las personas que en ellos conviven, ya sea como propietarios u ocupantes de los distintos pisos y locales en régimen de propiedad horizontal, ya sea como inquilinos o arrendatarios de viviendas o locales de negocios que se disfrutan mediando un contrato de arrendamiento urbano. Estamos en presencia de una propiedad masificada, hiperrelacionada con las demás que la rodean, donde son constantes y frecuentes las injerencias diarias, derivadas de las más normales y cotidianas actividades domésticas o de otro tipo de actuaciones del vecino, cuyas consecuencias perturbadoras son más graves y especialmente molestas. Esta particular circunstancia determina que en la legislación especial sobre arrendamientos urbanos y propiedad horizontal haya una previsión en orden a disciplinar las relaciones de vecindad con carácter o pretensión de generalidad y plenitud, tratando de prever y resolver todas las situaciones conflictivas que puedan plantearse entre vecinos. La Ley de Arrendamientos Urbanos y la Ley de Propiedad Horizontal no contienen propiamente una regulación específica de las inmisiones (9), sino una regulación más genérica de las relaciones de vecindad donde tienen cabida aquéllas. En este sentido, en ambas legislaciones son similares las situaciones que se contemplan, salvando, por supuesto, las particularidades propias de cada una de ellas. En este tipo de vecindad comprimida, el ejercicio del derecho de propiedad o el uso y disfrute de la vivienda o local arrendado, hasta en las más elementales de sus expresiones, son susceptibles de trascender y proyectar sus efectos hacia el resto de convecinos, lo que exige una especial consideración hacia los demás, que no es, por desgracia, el talante habitual de buen número de propietarios y arrendatarios; pero exige, a su vez, una mayor tolerancia frente a molestias y perturbaciones diarias y cotidianas, aunque a veces puedan suponer, por

---

(9) Sobre las inmisiones y su disciplina jurídico-civil, ALGARRA PRATS, E., *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona*, Madrid, 1995.

nuestras particulares circunstancias, verdaderos ataques a nuestras ansias de tranquilidad y aislamiento. Sin duda, casi todos hemos sufrido la desgracia de un vecino molesto, especialmente ruidoso o con aficiones que lo son (animales, bricolaje casero, práctica de música con los más variados instrumentos, etc.), y de actividades desarrolladas en los bajos comerciales y locales de los edificios verdaderamente molestas, incómodas o insalubres por los ruidos, humos, gases, polvo, olores, calor y otras inmisiones (bares, cafeterías, discotecas, imprentas, talleres, restaurantes, panaderías, etc.), o de actividades peligrosas, etc.; en este campo, las experiencias personales son inagotables. Esta situación es el precio inevitable de la convivencia que hoy en día casi todos tenemos que pagar; pero el Derecho no desconoce ni olvida esta circunstancia. En esta regulación de las relaciones de vecindad a la que se hace referencia, interesan, sobre todo, dos concretos preceptos de la Ley de Arrendamientos Urbanos: los artículos 27.2.e) y 35, donde se contempla la resolución del contrato de arrendamiento de vivienda o local de negocio por el ejercicio de actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas, como modo de evitar perturbaciones vecinales por esta causa.

## 2. LA RESOLUCION DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA O LOCAL DE NEGOCIO POR ACTIVIDADES MOLESTAS, INSALUBRES, NOCIVAS, PELIGROSAS O ILICITAS

### A) REGULACIÓN LEGAL

La Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre, que entró en vigor el 1 de enero de 1995) recoge en su artículo 27 las causas de resolución del contrato, disponiendo el número segundo del precepto que «el arrendador podrá resolver de pleno derecho el contrato:

- e) Cuando en la vivienda tengan lugar actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas».

Por su parte, el artículo 35, ubicado en el Título III (De los arrendamientos para uso distinto del de vivienda) prevé también que el arrendador podrá resolver de pleno derecho el contrato, entre otras, por la causa prevista en la letra e) del artículo 27.2.

### B) ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS

El antecedente inmediato del artículo 27.2.e) y del artículo 35 LAU respecto a los locales de negocio, se encuentra en el artículo 114, causa 8.ª de

la antigua Ley de Arrendamientos Urbanos (Texto refundido, aprobado por el Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre), que entre las causas de resolución del contrato a instancia del arrendador, permitía dicha resolución: «Cuando en el interior de la vivienda o local de negocio tengan lugar actividades que de modo notorio resulten inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres». La anterior regulación, sin embargo, no se limitaba a enunciar simplemente la causa de resolución. El artículo 114 preveía, además, una excepción, si bien ésta alcanzaba sólo a la resolución del contrato por causa de notoria incomodidad: disponía el precepto que «la resolución del contrato por causa de notoria incomodidad no procederá en los siguientes casos: 1.º Cuando los locales estuvieren arrendados con destino a oficinas o servicios del Estado, Provincia, Municipio, Iglesia católica o Corporaciones de Derecho público. 2.º Cuando se destinaren a colegios o escuelas públicas o particulares, siempre que estas últimas se hallaren constituidas y desenvolvieren su labor ajustándose a las disposiciones vigentes. 3.º Cuando se dedicaren a consultorios públicos, casas de socorro e instituciones piadosas o benéficas de cualquier clase que fueren». De otra parte, el artículo 114 se ocupaba también de regular el régimen de ejercicio de la acción de resolución del contrato, que podía ejercitarse por el arrendador por su propia iniciativa o por la de cualquiera de los inquilinos o arrendatarios: se disponía en la propia causa 8.ª del artículo 114 que «esta acción podrá ejercitarse por el arrendador a su iniciativa o a la de cualquiera de los inquilinos o arrendatarios. La acción deberá, obligatoriamente, ejercitarla el arrendador cuando lo soliciten la mayoría de los inquilinos o arrendatarios que vivan en la finca, y si se desestima y fuere el arrendador condenado en costas, le asistirá el derecho de repetir contra aquellos inquilinos o arrendatarios que le hubiesen requerido para el ejercicio de dicha acción».

Los antecedentes del precepto en el Derecho histórico patrio (10) se remontan a las Partidas, que contenían numerosas disposiciones dedicadas al arrendamiento, entre ellas, la Partida V, Título VIII, que se ocupa *De los logueros e de los arrendamientos*, recoge en la Ley VI una serie de causas de resolución del arriendo, entre las que contempla «*quando el que toviesse la casa logada usasse mal della, faziendo en ella algun mal por que se empeorasse, o llegando en ella malas mugeres, o malos omes, de que se siguiesse mal a la vecindad*», esto es, la inmoralidad como causa de resolución, cuando de ella se seguía perjuicio a la honestidad de los vecinos. La

---

(10) Por lo que respecta al Derecho romano, fue necesaria ya entonces una legislación especial sobre arrendamientos de fincas urbanas, por distintos acontecimientos que determinaron gran afluencia de población a las urbes y escasez de viviendas. Ampliamente en este punto, RODRÍGUEZ-SOLANO Y ESPÍN, F., «El contrato de inquilinato en el Derecho romano», en *IJ*, 1949, págs. 161 y sigs. Pero propiamente, no se contempló la resolución del contrato por el ejercicio de actividades incómodas, insalubres, nocivas y peligrosas.

nueva LAU, a diferencia de la anterior, ha suprimido el ejercicio de actividades inmorales como causa de resolución del contrato de arrendamiento urbano. El Código de Eurico y el Fuero Juzgo no contenían ninguna regulación de los arrendamientos (11), lo que contrasta con el Fuero Real (12) y las Partidas, donde hay numerosas disposiciones dedicadas al arrendamiento (13). A partir de 1569, el traslado de la Corte a Madrid obligó a dictar una serie de pragmáticas reales para regular la materia arrendaticia, disposiciones que se incorporaron posteriormente a la Novísima Recopilación, ocupándose sobre todo de la cuestión de las tasas, pero sin que hubiera previsión de la resolución del contrato por determinante causa de relaciones de vecindad.

Con la codificación civil se incorpora al Código la regulación de los arrendamientos, hasta que, a principios de siglo, se inicia una legislación especial con una serie de disposiciones que acabarán desembocando en el nacimiento de la primera Ley de Arrendamientos de 31 de diciembre de 1946 (Ley de Bases de 31 de diciembre de 1946, articulada el 21 de marzo de 1947). Como antecedentes de la misma, por lo que se refiere a la resolución del contrato por la causa que nos ocupa, cabe señalar el Decreto de alquileres de 1920, que estableció como causa de denegación de la prórroga el que lo solicitasen del propietario la mayoría de los inquilinos respecto de otro; el Decreto de 17 de diciembre de 1924, cuyo artículo 5 reproducía la fórmula anterior, y el Decreto de 29 de diciembre de 1931, que en su artículo 5.c) preveía también la resolución del contrato por solicitud de la mayoría de los inquilinos, que incorporó ciertas excepciones para impedir abusos injustificados, excepciones que pasaron a la Ley de Arrendamientos de 1946.

La Ley de Arrendamientos de 1946 contemplaba en las causas 6.<sup>a</sup> y 7.<sup>a</sup> del artículo 149 similares causas de resolución a la prevista en el posterior artículo 114, causa 8.<sup>a</sup>, pero con una regulación un tanto farragosa y reiterativa en algunos puntos. Conforme a la causa 6.<sup>a</sup> del artículo 149, el contrato de arrendamiento urbano, fuera de vivienda o de local de negocio, podía

---

(11) El Fuero Juzgo sólo hacía una alusión a «*si alguno empresta o aluga su caballo, su yegua o su mula, o alguna otra animalía*» (Libro V, Título V, II), que en realidad, poco tiene que ver con el problema arrendaticio urbano en cuanto a las relaciones de vecindad.

(12) Libro III, Título XVII, *De las cosas alogadas, que quiere decir, de las cosas aquiladas*, donde la Ley 2 contempla como excepción a la prórroga del arriendo el que el arrendatario cause daños a la finca.

(13) El Fuero Viejo dedica su Libro IV, Título III, *a los aloqueros y los arrendamientos*; y las Leyes de Estilo dedican la Ley CCL a tratar *Del que arrienda ganados por años ciertos. cómo se libra*, pero en ninguno de los dos textos encontramos referencias respecto a la resolución del arriendo urbano por actividades incómodas, insalubres, inmorales o peligrosas. Sobre los antecedentes históricos de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en general, puede verse el amplio trabajo de ARAGONESES ALONSO, P. y PASCUAL NIETO, G., «La vigente Ley de Arrendamientos Urbanos y nuestro Derecho histórico», en ADC, 1956, págs. 33 y sigs.

resolverse a instancia del arrendador cuando así lo solicitasen la mayoría de los inquilinos y arrendatarios de la finca respecto de cualquier otro; no obstante, se contemplaban como cinco excepciones a la resolución del contrato por esta causa: *a)* cuando los locales estuviesen arrendados con destino a oficinas o servicios del Estado, Provincia o Municipio u otras Corporaciones de Derecho público; *b)* cuando estuviesen destinados a colegios o escuelas públicas o particulares, siempre que estas últimas estuviesen constituidas y desarrollasen su labor conforme a las disposiciones vigentes; *c)* cuando se dedicasen a consultorios públicos, casas de socorro o instituciones piadosas o benéficas de cualquier clase; *d)* cuando estuviesen habitados por familias numerosas y de reconocida moralidad, y *e)* cuando el negocio, profesión u oficio ejercido por el arrendatario o inquilino no resultase inmoral, peligroso, insalubre o notoriamente incómodo. En todos los casos en que el arrendador accionase al amparo de esta causa, se preveía que los inquilinos y arrendatarios que la hubiesen instado debían resarcirle a prorrata el importe de las costas cuando éstas le hubiesen sido impuestas por no estimarse su demanda. Conforme a la causa 7.<sup>a</sup> del artículo 149, procedía la resolución del contrato cuando, aun sin solicitarlo la mayoría de los inquilinos o arrendatarios, el oficio, profesión o negocio de alguno de ellos o de quienes con él convivían resultasen notoriamente inmorales o peligrosos para la integridad del inmueble; se disponía también que si el arrendador habitaba en la finca, podía obtener la resolución del contrato cuando el oficio, profesión o negocio ejercido dentro de las viviendas o locales resultase notoria y ostensiblemente incómodo o insalubre; en este caso, se aplicaban también las excepciones de los apartados *a)*, *b)* y *c)* de la causa 6.<sup>a</sup> y el supuesto de que se tratase de familias numerosas o del ejercicio de oficios o profesiones colegiados por los que se satisface contribución; igualmente, se disponía que para que prosperase la demanda, los hechos debían ser ignorados por el arrendador al momento de celebrarse el contrato o la subrogación, sin que el cambio de la persona del arrendador supusiera desconocimiento de aquéllos en el nuevo titular (14).

Con la reforma de la Ley de 22 de diciembre de 1955, articulada por Decreto de 13 de abril de 1956, las causas 6.<sup>a</sup> y 7.<sup>a</sup> del artículo 149 se refunden en una única causa de resolución, formulándose con idénticos términos el artículo 114, causa 8.<sup>a</sup> de la Ley de Arrendamientos Urbanos e

---

(14) Sobre la antigua Ley de Arrendamientos Urbanos, artículo 149, causas 6.<sup>a</sup> y 7.<sup>a</sup>, pueden verse especialmente, CELAYA, A., «Desahucio a petición de la mayoría de los inquilinos y arrendatarios», en *ED*, 1953, págs. 421 y sigs.; CERRILLO QUILEZ, F., «El destino "inmoral" o "peligroso" como causa de resolución», en *Pretor*, 1953, págs. 43 y sigs. Y en general, FERREIRO, F., *El arrendamiento de la propiedad urbana*, Valladolid, 1940; GARCÍA ROYO, A., *Tratado de Arrendamientos Urbanos*, t. III. Madrid, 1948; VÁZQUEZ, A., *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Madrid, 1947.

introduciéndose entonces en el precepto la expresa mención de la Iglesia católica como supuesto de excepción a la resolución del contrato por causa de notoria incomodidad. Como divergencias más significativas entre la antigua regulación y la causa 8.<sup>a</sup> del artículo 114, cabe señalar que no se exigía entonces ninguna razón que motivase la petición de resolución al amparo de la causa 6.<sup>a</sup> del artículo 149, aunque se contemplaban determinadas excepciones; en la regulación posterior desaparecen las antiguas excepciones *d)* y *e)* y el párrafo 3.º de la antigua causa 7.<sup>a</sup>; se sustituyen los términos oficio, profesión o negocio por el genérico de actividades, de manera que el campo de aplicación del artículo 114, causa 8.<sup>a</sup>, es más amplio, pues el término actividad equivale a cualquier tipo de acción o actuación que se realice en el local o la vivienda, tanto si se trata de actividades propias de un oficio, profesión o negocio, como si son simples actividades familiares o domésticas; se señala, además, que las actividades han de tener lugar en el interior de la vivienda o local de negocio, y que la incomodidad, insalubridad y demás supuestos han de resultar de modo notorio; y, finalmente, por lo que se refiere al régimen de la acción, es obligatorio para el arrendador ejercitar la acción si lo solicitan la mayoría de los inquilinos.

Con la última reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos, vigente desde el 1 de enero de 1995, se introducen nuevamente modificaciones en orden a la regulación de la resolución del contrato por el ejercicio de actividades incómodas, insalubres y demás supuestos. Veremos posteriormente, con mayor amplitud, las divergencias del actual texto de la Ley, artículos 27.2.e) y 35 LAU, con su predecesor inmediato, el artículo 114, causa 8.<sup>a</sup>, pero cabe destacar aquí someramente, para cerrar esta parte de la exposición, que la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos elimina la inmoralidad como causa de resolución del contrato e introduce en su lugar el ejercicio de actividades ilícitas; califica como molestas las actividades que antes se consideraban incómodas; añade la categoría de actividades nocivas en la relación de las que dan lugar a la resolución del contrato; no contempla ninguna excepción por razón del tipo de actividad o de los sujetos, y elimina toda referencia a la posibilidad de que se ejercite la acción a instancia de los demás inquilinos o arrendatarios de la finca.

### 3. ANALISIS DE LA CAUSA RESOLUTORIA

#### A) REALIZACIÓN DE LAS ACTIVIDADES MENCIONADAS (MOLESTAS, INSALUBRES, NOCIVAS, PELIGROSAS O ILÍCITAS) EN LA VIVIENDA O LOCAL DE NEGOCIO

Presupuesto fundamental para que pueda operar la causa resolutoria que analizamos es que en la vivienda o en el local de negocio tengan lugar acti-

vidades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas, según disponen los artículos 27.2.e) y 35 LAU. Evidentemente, esta previsión legal necesita ser concreta, pues aparte de determinar el contenido de cada uno de este tipo de actividades, es necesario precisar el concepto mismo de actividad, el ámbito espacial en el que ha de desarrollarse la misma, los sujetos que las realizan y los requisitos de dichas actividades a efectos de poder ser causa de resolución del contrato. En la concreción de estas cuestiones, no hay inconveniente en acudir a la jurisprudencia recaída sobre esta materia bajo la vigencia de la antigua Ley de Arrendamientos Urbanos, en la medida que hay puntos comunes con la nueva regulación y, especialmente, porque dicha jurisprudencia ha dado solución a problemas ya planteados y extrapolables a lo previsto en la vigente Ley. De otra parte, hay que tener presente que tanto antes como previsiblemente ahora, dada la regulación que se hace de esta materia, es nota destacada la casuística en cuanto a las actividades que pueden dar lugar a esos resultados molestos, insalubres, nocivos, peligrosos o ilícitos, por lo que a mayor abundamiento es útil acudir a la jurisprudencia anterior, en orden a precisar el contenido y supuestos de los mismos.

a) *Concepto de actividad*

Conforme a la definición del Diccionario, el término actividad viene a significar el «conjunto de operaciones o tareas propias de una persona o entidad». Partiendo de esta base, cabe realizar una primera aproximación al término genérico de actividades que emplea la Ley de Arrendamientos Urbanos, término que, como ya se indicó, se introduce con la reforma de 22 de diciembre de 1955, sustituyendo a la anterior referencia de oficio, profesión o negocio (15), y que se ha mantenido posteriormente, pues también lo emplea el actual artículo 27.2.e) LAU (y hemos de entender que el art. 35 LAU, por la remisión que hace a aquél).

El término genérico de actividades es más amplio que la referencia al oficio, profesión o negocio del arrendatario, pues dentro de la expresión actividades, no sólo se comprenden las propias de un oficio, profesión o negocio, sino también cualquier tipo de acción o actuación que se realice en la vivienda o en el local, como pueden ser simples actividades familiares o domésticas (16). Evidentemente, estas últimas serán actividades propias de

---

(15) Vid. *supra*, el apartado dedicado al estudio de los antecedentes históricos y legislativos.

(16) En este sentido ya se pronunció la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1956 (*JC*, vol. LV, 1956, núm. 87, págs. 1004 y sigs.), señalando que, pese a la referencia al oficio, profesión o negocio del arrendatario contenida en la Ley, no se excluyen de la resolución las conductas extraprofesionales inmorales e incómodas, sino

un arrendamiento de vivienda, mientras que en el arrendamiento de locales, lo normal será el ejercicio de un negocio, profesión u oficio; pero en cualquier caso, ambos aspectos entran dentro del término actividad que emplea la Ley. De ello se sigue, de una parte, que la idea de actividad responde en la Ley de Arrendamientos Urbanos a su acepción común, como operaciones o tareas propias de una persona, pues así será al ejercitarse un oficio, profesión, negocio o comercio, donde hay una serie de operaciones o tareas propias de los mismos, pudiéramos decir que típicas o características, que se convierten en su actividad o actividades, las cuales podrán ser calificadas, dado el caso, como molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas; pero de otra parte, la idea de actividad, a los efectos de la Ley de Arrendamientos Urbanos, va más allá, pues abarca cualquier acción o actuación del arrendatario (o de las personas por las que debe responder) (17), aunque no sea propia, esto es, aunque no esté relacionada —en el sentido de derivar por la naturaleza de los mismos— con ningún oficio, profesión, negocio o comercio, en definitiva, aunque se trate de una acción o actuación impropia, insólita o atípica en relación con la persona o entidad que la realiza o en el marco en el que se desenvuelve; acción o actuación que puede no estar dentro del ámbito de las operaciones o tareas propias del sujeto pero, sin embargo, sí da lugar a actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas, que son las que justifican la resolución del contrato.

Ahora bien, el concepto de actividad, en todo caso, implica la idea de continuidad o permanencia en la realización de los actos singulares relativos a tales actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas, porque la sanción que prevé la Ley en el supuesto de su realización —la resolución del contrato— no puede aplicarse a un mero hecho determinado y concreto, que sobreviene por una ocasión, sin ningún enlace con anteriores o posteriores. Esto no significa que el concepto de actividad requiera habitualidad en los actos cometidos, sino que dichos actos impliquen, como se ha señalado, una mayor o menor continuidad o permanencia. En palabras de la Sentencia de 22 de mayo de 1993 (18), el ejercicio de actividades durante la vigencia de la relación arrendaticia representa «la realización de una serie de actos continuados o al menos frecuentes, aptos para entrar en el concepto de habitualidad y persistencia, con exclusión de los aislados o esporádicos». Por consiguiente, si se trata

---

que en la hipótesis de la Ley se comprende la conducta integral del inquilino, incluida la profesional, porque de mantenerse otra tesis, la Ley protegería las inmoralidades e incomodidades del inquilino que se limitara a ser correcto en su trabajo, por ser profesionales, desamparando a sus convecinos contra la inmoralidad o incomodidad, por el solo hecho de cometerla el profesional fuera de su profesión, lo que es contrario a la razón y a la esencia del Derecho.

(17) Vid. *infra*, el apartado 3.ª h).

(18) *RAJ*, vol. LIX, 1993, núm. 3.724.

de un hecho aislado, aunque pueda encajar en los tipos de actividades que se mencionan, no procederá la resolución del contrato (19).

La actividad consistirá normalmente en una serie de actos o acciones en los que concurra la nota de una cierta continuidad o frecuencia, como se acaba de señalar; pero también puede consistir en omisiones que, cometidas por el arrendatario, pueden dar lugar a los resultados que, precisamente, se tratan de evitar con esta causa de resolución. En este sentido se pronuncia la Sentencia de 29 de octubre de 1965 (20); en el caso de autos, la suciedad del local, así como los olores pestilentes en el mismo, que trascendían al exterior y perjudicaban a los demás vecinos del inmueble, se producían por la falta de higiene por parte de la arrendataria del local, que fue lo que dio lugar a la molestia e insalubridad; y el Tribunal Supremo entendió que si la arrendataria observó una conducta capaz de engendrar consecuencias en derecho, ello envuelve una actividad, que puede comprender tanto la realización de lo indebido como la omisión de lo debido, y en tal supuesto, la inactividad de la arrendataria fue la que dio lugar a que su industria de hospedaje diera lugar a la molestia e insalubridad que se le imputa, y siendo su conducta inconveniente, tiene la característica de las actividades incómodas e insalubres que se regulan en la Ley de Arrendamientos Urbanos como causa de resolución del contrato.

#### b) *Actividades molestas*

El ejercicio de este tipo de actividades también se contemplaba en la antigua Ley de Arrendamientos Urbanos, si bien calificadas como actividades in-

---

(19) En este sentido, pueden verse las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1962 (*RAJ*, vol. XXIX, 1962, núm. 999), en la que se considera que un acto esporádico no puede dar lugar a la resolución del contrato de arrendamiento; 28 de septiembre de 1970 (*RAJ*, vol. XXXVII, 1970, núm. 3.990), en cuyos hechos se imputaba al arrendatario el ejercicio de actividades incómodas e insalubres como base para resolver el contrato, lo que no estimó el Tribunal, partiendo de la base de que en el caso en cuestión la existencia de algún humo y olores es meramente ocasional e inherente a toda convivencia en edificio donde viva un gran número de familias, y que las voces y alborotos de los clientes del establecimiento es igualmente ocasional y consecuencia directa de la naturaleza del negocio para cuya explotación fue arrendado el local, de lo que se deduce que tales hechos no revisten la entidad suficiente para que pueda estimarse que en dicho local tienen lugar actividades insalubres o incómodas; 5 de octubre de 1970 (*RAJ*, vol. XXXVII, 1970, núm. 4.045), en la que se solicitaba la resolución del contrato de arrendamiento por actividades peligrosas debido a la producción de un incendio en el local, el Tribunal declaró que es doctrina reiterada de esta Sala que no basta que se produzca un mero resultado pernicioso para reputar peligrosa una industria, pues este resultado puede ser debido a un accidente fortuito de los que no está libre ninguna industria; 22 de diciembre de 1970 (*RAJ*, vol. XXXVII, 1970, núm. 5.625), donde se trataba de una acción inmoral (delito de estafa), que se produce de manera aislada en el local del arrendamiento.

(20) *RAJ*, vol. XXXII, 1965, núm. 4.669

cómodas. La vigente LAU las califica como molestas, pero con este apelativo no se modifica en nada la esencia de esta categoría, pues incómodo y molesto viene a ser lo mismo: es incómodo lo que causa molestia y es molesto lo que supone una incomodidad. De hecho, en la doctrina y en la jurisprudencia anteriores se utilizaba indistintamente tanto el término incómodo como el de molesto. Por tanto, estamos en presencia de un mismo tipo de actividades, respecto de las cuales, la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos sólo modifica su calificación. En mi opinión, esta modificación puede obedecer a un deseo del legislador de adaptarse a la terminología empleada por el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas (en adelante, RAC), para poder hacer uso, siempre con carácter orientativo, de las definiciones y contenido del mismo (21). A este respecto, hay que tener en cuenta, además, que la nueva LAU incorpora en su enumeración, junto a las insalubres, las actividades nocivas, categoría que igualmente aparece en el RAC, pero que no se contenía en la derogada Ley de Arrendamientos Urbanos.

Como se ha señalado, puede acudirse al RAC en busca de un concepto de actividad molesta que pueda ser orientativo en materia de arrendamientos urbanos. Así, el artículo 3, párrafo 1.º RAC, dispone que serán calificadas como molestas las actividades que constituyan una incomodidad por los ruidos y vibraciones que produzcan o por los humos, gases, olores, nieblas, polvos en suspensión o sustancias que eliminen; por su parte, el artículo 11 RAC, en una enumeración ejemplificativa de actividades molestas, considera tales las pescaderías, carnicerías, vaquerías, cuadras, corrales de ganados y aves, y las que usen motores o grupos electrógenos. Partiendo de esta definición, considera CLEMENTE MEORO (22) que dado que el artículo 27.2.e) se refiere al arrendamiento de vivienda, que ha de satisfacer primordialmente tal necesidad —la de vivienda— del arrendatario, raramente se acudirá a esta causa de resolución por la actividad negocial que el arrendatario lleve a cabo, pues tendría más posibilidades de éxito la alegación de la causa prevista en el artículo 27.2.f) (que la vivienda haya dejado de estar destinada a satisfacer la necesidad primaria y permanente de vivienda); pero —continúa el autor— sí resulta factible instar la resolución por causa de los ruidos, vibraciones, humos y malos olores que se produzcan en la vivienda. En mi opinión, hay que tener en cuenta que esta causa de resolución es aplicable también a los locales de negocio (art. 35 LAU), con lo que las definiciones del RAC respecto a las actividades molestas son válidas, en el sentido de poder servir de orientación, cuando se trate de una actividad negocial, profesional, comer-

---

(21) Vid. *infra*, el epígrafe 3.1), en orden al cumplimiento de los requisitos administrativos.

(22) En *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos* (art. 27), (coord. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Valencia, 1994, pág. 265.

cial, etc., del arrendatario en tales locales; por lo demás, coincido en que, efectivamente, pueden producirse en la vivienda actividades molestas, por la causación de ruidos, humos, olores y similares. No obstante, hay que insistir en que el concepto de actividad molesta del RAC es meramente orientativo, pues la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha tenido ocasión de formular un concepto de actividad molesta o incómoda en el específico ámbito de aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos, partiendo de la casuística en esta materia, que ha permitido hacer consideraciones de carácter general en torno a este tipo de actividades.

Como supuestos de actividades incómodas que han dado lugar a la resolución del contrato de arrendamiento, al amparo de la anterior legislación arrendaticia urbana, y que igualmente son representativos de actividades molestas, conforme a la denominación de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, cabe destacar las actividades generadoras de los siguientes efectos perturbadores para la convivencia vecinal, por su entidad (23):

1. Emanación de humos y vapores: como los producidos por la combustión de un horno de leña (Sentencia de 2 de diciembre de 1958) (24); por una industria de cocción y elaboración de embutidos (Sentencia de 22 de noviembre de 1960) (25); los causados por un gasógeno y una chimenea instalados en el local arrendado (Sentencia de 19 de junio de 1959) (26); la humareda producida por el funcionamiento de una fábrica de huatas (Sentencia de 30 de octubre de 1955) (27) o por la chimenea de una industria de papel embreado (Sentencia de 12 de diciembre de 1959) (28); humos en gran cantidad y densidad causados por un negocio de pasta frita (Sentencia de 4 de marzo de 1960) (29).

2. Ruidos y vibraciones: tales como los producidos por los motores de una industria de imprenta [Sentencias de 5 de mayo de 1949 (30) y 25 de enero de 1952 (31)]; por el motor de una industria de cocción y elaboración

---

(23) Como veremos, es necesario fijar un criterio para determinar la anomalía en el ejercicio de las actividades molestas, insalubres, nocivas o peligrosas, pues no toda actividad que, en principio, sea susceptible de merecer tal calificativo va a tener, necesariamente, la entidad suficiente, por sus efectos, para ser causa de resolución del contrato de arrendamiento de vivienda o local de negocio (vid. *infra*, el epígrafe dedicado al estudio de los requisitos de las actividades para poder ser causa de resolución del contrato de arrendamiento, donde se aborda esta cuestión).

(24) *JC*, vol. LXVIII, 1958, núm. 80, págs. 974 y sigs.

(25) *RAJ*, vol. XXVII, 1960, núm. 3.755.

(26) *JC*, vol. LXXI, 1959, núm. 132, págs. 1746 y sigs.

(27) *JC*, vol. LII, 1955, núm. 135, págs. 1600 y sigs.

(28) *JC*, vol. LXXXIV, 1959, núm. 698, págs. 594 y sigs.

(29) *RAJ*, vol. XXVII, 1960, núm. 949.

(30) *JC*, vol. XXVI, 1949, núm. 64, págs. 791 y sigs.

(31) *JC*, vol. XXXVII, 1952, núm. 30, págs. 273 y sigs.

de embutidos (Sentencia de 22 de noviembre de 1960) (32); por las máquinas pulidoras existentes en el taller arrendado, dedicado a industria de fabricación y reparación de maquinaria (Sentencia de 25 de mayo de 1961) (33); los ruidos y vibraciones de un negocio de metalistería (Sentencia de 6 de abril de 1957) (34); o de las máquinas de un taller (Sentencia de 22 de abril de 1970) (35); los ruidos causados por el motor de un grupo electrógeno (Sentencia de 18 de abril de 1960) (36); las trepidaciones producidas por la maquinaria de una fábrica de huatas (Sentencia de 30 de octubre de 1955) (37); los sonidos estridentes y ruidos molestos que se producen a causa del negocio del arrendatario [Sentencias de 25 de enero de 1965 (38) y 4 de marzo de 1992 (39)]; los ruidos causados por una máquina de troquelar y su motor (Sentencia de 18 de octubre de 1965) (40); los ruidos causados por un local destinado a pub (Sentencia de 13 de mayo de 1995) (41); las vibraciones de la maquinaria del local de negocio del arrendatario (Sentencia de 8 de noviembre de 1972) (42); etc.

3. Calor: de un supuesto de irradiaciones caloríficas se ocupó la Sentencia de 19 de junio de 1959 (43), la cual consideró que en el local arrendado se ejercen actividades que originan molestias acusadas vehementemente e insistentemente por la casi totalidad de los vecinos y que son el insoportable calor que irradia la chimenea de la industria del arrendatario, construida con material que fácilmente lo transmite a las paredes y tuberías próximas, motivando que incluso el agua salga caliente y que el calor se difunda por las estancias de los pisos, molestia que, junto con los humos y olores de la industria, el Tribunal califica como «un elemento de tortura e inhabilitabilidad».

4. Olores desagradables: producidos por una industria de bodega instalada en el local arrendado (Sentencia de 19 de junio de 1959) (44); por una industria de papel embreado que se desarrolla en el interior del local (Sentencia de 12 de diciembre de 1959) (45); derivados de la acumulación de estiércol en la planta baja de un edificio de viviendas, que el arrendatario utiliza

---

(32) *RAJ*, vol. XXVII, 1960, núm. 3 755.

(33) *JC*, vol. 98, 1961, núm. 412, págs. 739 y sigs.

(34) *JC*, vol. LX, 1957, núm. 119, págs. 1.402 y sigs.

(35) *RAJ*, vol. XXXVII, 1970, núm. 2.028

(36) *RAJ*, vol. XXVII, 1960, núm. 1.680.

(37) *JC*, vol. LII, 1955, núm. 135, págs. 1600 y sigs.

(38) *RAJ*, vol. XXXII, 1965, núm. 252.

(39) *RAJ*, vol. LIX, 1992, núm. 2.163.

(40) *RAJ*, vol. XXXII, 1965, núm. 4.471.

(41) *RAJ*, 1995, núm. 4.234.

(42) *RAJ*, vol. XXXIX, 1972, núm. 4.325.

(43) *JC*, vol. LXXI, 1959, núm. 132, págs. 1746 y sigs.

(44) *JC*, vol. LXXXI, 1959, núm. 132, págs. 1746 y sigs.

(45) *JC*, vol. LXXXIV, 1959, núm. 698, págs. 594 y sigs.

como cuadra (Sentencia de 27 de abril de 1960) (46); provocados por el almacenamiento de pieles sin curtir en el local arrendado, dedicado a estabular ganado de cerda y cabrío destinado al sacrificio (Sentencia de 18 de enero de 1961) (47); o bien malos olores provocados por la cría misma del ganado de cerda (Sentencia de 1 de diciembre de 1969) (48); olores insoportables causados por un negocio de venta de pescado (Sentencia de 30 de abril de 1966) (49); olores pestilentes debidos a la suciedad acumulada por falta de higiene de la arrendataria, dedicada a una industria de hospedaje [Sentencias de 28 de junio de 1954 (50) y 29 de octubre de 1965 (51)]; malos olores por las deficientes condiciones de limpieza de la industria de matadero de aves (Sentencia de 23 de septiembre de 1969) (52).

5. Producción de polvo metálico: tal es el caso recogido en la Sentencia de 25 de mayo de 1961 (53), donde las máquinas pulidoras instaladas en el taller arrendado, destinado a la fabricación y reparación de maquinaria, producían gran cantidad de este elemento, que saliendo por las ventanas y puertas flota en el aire, se deposita sobre las paredes y ventanas y entra en los pisos destinados a vivienda, dando lugar a que los vecinos se vean obligados a tener cerradas puertas y ventanas.

6. Abundancia de insectos: en el supuesto del que se ocupa la Sentencia de 23 de septiembre de 1969 (54), se considera incómoda, aparte de insalubre, la existencia de una industria de matadero de aves, cuyas deficientes condiciones de limpieza provoca la abundancia de insectos en la época estival, dando lugar por esta causa a la resolución del contrato.

Sobre la base de la casuística apuntada, la jurisprudencia considera que es una actividad incómoda o molesta la que en un orden de convivencia se exceda y perturbe aquel régimen, su estado de hecho, que es usual y corriente en las relaciones sociales, sin que influya en la interpretación y aplicación de la norma ninguna circunstancia personal de los posibles afectados, pues la norma se ha dictado con carácter general y en interés de todos, sin pretenderse una conducta especial, por muy singulares que pudieran ser los casos que la reclamaren, ya que esto sale del ámbito del Derecho (55). De este modo, la jurisprudencia reconoce, especialmente, tratándose de estas actividades, la

---

(46) *RAJ*, vol. XXVII, 1960, núm. 1 694.

(47) *RAJ*, vol. XXVIII, 1961, núm. 103

(48) *RAJ*, vol. XXXVI, 1969, núm. 5.838.

(49) *RAJ*, vol. XXXIII, 1966, núm. 3.402

(50) *JC*, vol. XLVII, 1954, núm. 46, págs. 513 y sigs

(51) *RAJ*, vol. XXXII, 1965, núm. 4.699.

(52) *RAJ*, vol. XXXVI, 1969, núm. 4.054.

(53) *JC*, vol. 98, 1961, núm. 412, págs. 739 y sigs.

(54) *RAJ*, vol. XXXVI, 1969, núm. 4.054.

(55) Sentencia de 28 de febrero de 1964 (*JC*, vol. 126, 1964, núm. 190, págs. 795 y sigs.)

necesidad de fijar un criterio para determinar la anormalidad o intolerancia de este tipo de actividades a efectos de la resolución del contrato de arrendamiento, pues no todas ellas darán siempre lugar a dicha resolución (56), sino sólo aquéllas que priven o dificulten a los demás el normal y adecuado uso y disfrute de una cosa (57).

Hay que señalar, finalmente, que la incomodidad o molestia, por su significación y naturaleza, no se puede enjuiciar como regla general, sino que exige su estimación en cada caso concreto y específico [así lo ha declarado el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 16 de abril de 1963 (58), 8 de abril de 1965 (59) y 13 de mayo de 1995 (60)].

### c) *Actividades insalubres*

La vigente Ley de Arrendamientos Urbanos mantiene también las actividades insalubres como categoría que puede dar lugar a la resolución del contrato. Dentro de estas actividades, y siguiendo de manera orientativa la definición del artículo 3, párrafo 2.º RAC, cabe incluir aquéllas que den lugar a desprendimiento o evacuación de productos que puedan resultar directa o indirectamente perjudiciales para la salud humana. El efecto principal de estas actividades es su incidencia perjudicial en la salud humana, que es, precisamente, la nota que las diferencia de las actividades nocivas. Al igual que apuntaba respecto a las actividades molestas, considera CLEMENTE MEORRO (61) que también estas actividades insalubres derivarán, en general, de las industriales o comerciales llevadas a cabo en el local arrendado, y raramente las llevará a cabo el arrendatario de una vivienda. En mi opinión, hay que tener en cuenta —como también señalé en el lugar apuntado— que esta causa de resolución es aplicable también a los locales de negocio (art. 35 LAU), con lo que las definiciones son válidas cuando se trate de una actividad comercial del arrendatario en tales locales; en cualquier caso, nada obsta a que puedan producirse este tipo de actividades en la vivienda del arrendatario, aplicándose entonces, si procede, la causa resolutoria, aunque es cierto que el supuesto será mucho menos frecuente. De hecho, entre las sentencias más significativas que cabe señalar como casos de resolución del contrato de arrendamiento por el ejercicio de actividades insalubres, destaca en todas ellas el hecho de tratarse de actividades industriales o comerciales, con el

(56) Vid. *infra*, el apartado 6.i), donde se aborda esta cuestión.

(57) CABALLERO GEA, J. A., *Ley de Arrendamientos Urbanos*, Madrid, 1995, pág. 283.

(58) *JC*, vol. 124, 1963, núm. 993, págs. 410 y sigs.

(59) *RAJ*, vol. XXXII, 1965, núm. 2.152.

(60) *RAJ*, 1995, núm. 4.234.

(61) *Op cit.*, pág. 266.

efecto de la insalubridad. Así, en la Sentencia de 29 de octubre de 1965 (62), se trataba de una industria de hospedaje que adolecía de falta de higiene, lo que producía suciedad y olores pestilentes, que trascendían y molestaban a los vecinos, con peligro para su salud; en la de 23 de septiembre de 1969 (63), se resuelve el contrato de arrendamiento por la insalubridad que supone la abundancia de insectos —así como los malos olores— provocados por las deficientes condiciones de limpieza de un matadero de aves; y en la de 1 de diciembre de 1969 (64), se considera como actividad insalubre la industria destinada al cebo de ganado de cerda, por el peligro de poder provocar enfermedades infecto-contagiosas.

#### d) *Actividades nocivas*

La categoría de actividades nocivas es una de las novedades que introduce la nueva legislación arrendaticia urbana; anteriormente no aparecía contemplado este tipo de actividades, cuya mención se añade al elenco de las que pueden ser causa de resolución del contrato con la nueva LAU. Se sigue de este modo —y se completa también la enumeración— la clasificación del RAC, donde siempre han estado incluidas las actividades nocivas.

Al igual que en los demás supuestos, como orientativo de un concepto de actividad nociva, cabe acudir al artículo 3, párrafo 3.º RAC, que aplica la calificación de nocivas a las actividades que por desprendimiento o evacuación de productos (como se observan por las mismas causas que las actividades insalubres), puedan ocasionar daños a la riqueza agrícola, forestal, pecuaria o piscícola.

Las actividades nocivas resultan más propias de actividades industriales que de las de un arrendamiento de vivienda (65). Como ya he señalado, no hay que olvidar que esta causa de resolución es aplicable también a los locales de negocio (art. 35 LAU), pero en este caso, incluso tratándose de locales arrendados en los que se ejerza algún tipo de industria, negocio o comercio, parece bastante improbable que en el ámbito arrendaticio urbano puedan producirse actividades cuyos efectos sean susceptibles de causar daños a la riqueza agrícola, forestal, pecuaria o piscícola, esencialmente, por la casi total ausencia de este tipo de explotaciones en los centros urbanos, con lo que los efectos de estas actividades nocivas difícilmente podrían alcanzarles. Pero es que además, el RAC establece unas distancias respecto de los

---

(62) *RAJ*, vol. XXXII, 1965, núm. 4 699.

(63) *RAJ*, vol. XXXVI, 1969, núm. 4.054

(64) *RAJ*, vol. XXXVI, 1969, núm. 5 838

(65) CLEMENTE MEORO, M., *Op. cit.*, pág. 266.

núcleos de población para el emplazamiento de aquellas industrias fabriles que deban ser consideradas como nocivas, con lo cual, desde este otro punto de vista, también cabe concluir que resultaría bastante extraño que en el ámbito de los arrendamientos urbanos tuvieran lugar actividades nocivas, en el sentido indicado, pues conforme a la normativa administrativa, no sería posible su emplazamiento en locales de edificios ubicados dentro de los núcleos de población.

Dado que la categoría de actividades nocivas no se contemplaba en la anterior Ley de Arrendamientos Urbanos, no existe jurisprudencia al respecto; únicamente la sentencia de 1 de diciembre de 1969 (66), incidentalmente, hace referencia al carácter nocivo de la industria de cebo de ganado de cerda, pero en el supuesto de autos se resuelve el contrato por tratarse de una actividad insalubre (la meritada industria reunía ambas características). En aplicación de la vigente LAU, tampoco se ha encontrado ningún supuesto jurisprudencial de resolución del contrato de arrendamiento por el ejercicio de actividades nocivas.

#### e) *Actividades peligrosas*

Con la prohibición de este tipo de actividades, se trata de evitar, principalmente, el peligro de explosión o incendio, como supuestos más frecuentes, por las características de la actividad que puede propiciar estas circunstancias, con el consiguiente peligro para la integridad del inmueble y la seguridad de las personas que lo habitan; normalmente, se trata de actividades en las que se produce el almacenamiento y/o manipulación de sustancias o materias inflamables o explosivas o de sustancias que pueden dañar la integridad del inmueble. Por consiguiente, se prohíben las actividades peligrosas con el fin de evitar la exposición de personas y bienes a un estado permanente de riesgo, con la consiguiente probabilidad constante de que se produzca un daño. Así, en el ámbito de la antigua Ley de Arrendamientos Urbanos, encontramos como supuestos de resolución del contrato de arrendamiento por actividades peligrosas el almacenamiento y manipulación de alcohol (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1950) (67); el almacenamiento de sustancias inflamables, como pinturas, alquitrán, aguarrás y carburo [Sentencias de 24 de enero de 1951 (68), 18 de octubre de 1952 (69)]; insecticidas (Sentencia de 13 de junio de 1956) (70); materias plásticas disolventes infla-

---

(66) *RAJ*, vol. XXXVI, 1969, núm. 5 838

(67) *JC*, vol. XXX, 1950, núm. 127, págs. 1393 y sigs.

(68) *JC*, vol. XXXIII, 1951, núm. 33, págs. 290 y sigs.

(69) *JC*, vol. XL, 1952, núm. 20, págs. 147 y sigs.

(70) *JC*, vol. LVI, 1956, núm. 133, págs. 1610 y sigs.

mables, cueros naturales y artificiales, peganoide, plásticos y botes de pegamento (Sentencia de 14 de octubre de 1957) (71); madera, papel, bombonas y envases metálicos de amoníaco, cloruro de metilo, gas freón y gasóleo (Sentencia de 7 de noviembre de 1958) (72); el almacenamiento de grandes cantidades de sal (Sentencia de 15 de febrero de 1952) (73); el almacenamiento de paja [Sentencias de 5 de febrero de 1954 (74) y 7 de noviembre de 1958 (75)]; el almacenamiento de leñas, carbones minerales y vegetales [Sentencias de 16 de noviembre de 1957 (76) y 2 de diciembre de 1958 (77)]; la existencia de una industria de garaje, dado el peligro de incendio por las gasolinas y aceites de los vehículos (Sentencia de 6 de julio de 1955) (78), o de un taller mecánico de reparación de automóviles, por las mismas razones (Sentencia de 9 de mayo de 1960) (79); la ubicación en el local arrendado de una industria de huatas con materias altamente combustibles (Sentencia de 30 de octubre de 1955) (80); el almacenamiento de películas y material inflamable de un negocio cinematográfico (Sentencia de 11 de febrero de 1957) (81); el almacenamiento de butano [Sentencias de 8 de junio de 1965 (82), 5 de junio de 1967 (83) y 27 de octubre de 1971 (84)]; y el almacenamiento de petróleo [Sentencias de 24 de enero de 1951 (85); 16 de noviembre de 1957 (86); 5 de diciembre de 1958 (87); 18 de enero de 1960 (88); 18 de enero de 1962 (89); 7 de febrero de 1963 (90); 6 de junio de 1963 (91)].

Con la enumeración de supuestos que acabamos de ver, parece que la idea de actividades peligrosas en la LAU encaja bastante en el concepto de actividad peligrosa que recoge el artículo 3, párrafo 3.º RAC, que considera peligrosas las actividades que tengan por objeto fabricar, manipular, expender

- 
- (71) *JC*, vol. LXII, 1957, núm. 90, págs. 1044 y sigs.  
 (72) *JC*, vol. LXVIII, 1958, núm. 10, págs. 99 y sigs.  
 (73) *JC*, vol. XXXVII, 1952, núm. 55, págs. 613 y sigs.  
 (74) *JC*, vol. XLV, 1954, núm. 52, págs. 447 y sigs.  
 (75) *JC*, vol. LXVIII, 1958, núm. 10, págs. 99 y sigs.  
 (76) *JC*, vol. LXIII, 1957, núm. 38, págs. 477 y sigs.  
 (77) *JC*, vol. LXVIII, 1958, núm. 80, págs. 974 y sigs.  
 (78) *JC*, vol. LII, 1955, núm. 22, págs. 258 y sigs.  
 (79) *JC*, vol. LXXXIX, 1960, núm. 329, págs. 113 y sigs.  
 (80) *JC*, vol. LII, 1955, núm. 35, págs. 1600 y sigs.  
 (81) *JC*, vol. LIX, 1957, núm. 113, págs. 1248 y sigs.  
 (82) *JC*, 1965, núm. 460, págs. 252 y sigs.  
 (83) *RAJ*, vol. XXXIV, 1967, núm. 2.708.  
 (84) *JC*, 1971, núm. 500, págs. 740 y sigs.  
 (85) *JC*, vol. XXXIII, 1951, núm. 33, págs. 290 y sigs.  
 (86) *JC*, vol. LXIII, 1957, núm. 38, págs. 477 y sigs.  
 (87) *JC*, vol. LXVIII, 1958, núm. 91, págs. 1098 y sigs.  
 (88) *JC*, vol. LXXXV, 1960, núm. 14, págs. 94 y sigs.  
 (89) *RAJ*, vol. XXIX, 1962, núm. 447.  
 (90) *RAJ*, vol. XXX, 1963, núm. 777.  
 (91) *RAJ*, vol. XXX, 1963, núm. 3.594.

o almacenar productos susceptibles de originar riesgos graves por explosiones, combustiones, radiaciones u otros de análoga importancia para las personas o los bienes (por su parte, los arts. 22 y sigs. RAC, mencionan como productos peligrosos los explosivos, materias inflamables, películas, petróleos y minerales radiactivos). Ahora bien, como reiteradamente se ha señalado, el concepto de actividad peligrosa y las menciones de las industrias y los productos que se consideran tales que recoge el RAC es meramente orientativo en la aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos, pues como ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es competencia de los tribunales, atendiendo a las circunstancias del caso, la calificación de una actividad como peligrosa (92), sin que tal calificación venga necesariamente determinada por la inclusión de la industria en el RAC [Sentencias de 27 de mayo de 1950 (93); 14 de octubre de 1957 (94); 12 de febrero de 1964 (95), 5 de junio de 1967 (96)], ni por la existencia de una autorización administrativa para su instalación, pues la licencia administrativa no depura al negocio del carácter de peligroso; como señala la Sentencia de 11 de febrero de 1957 (97), la administración se limita a tomar medidas preventivas en aquellas actividades en que por sí o por los elementos en su desarrollo representan un riesgo, pero ello no quiere decir que la licencia administrativa depure al negocio del carácter de peligroso, pues dejará de serlo cuando las prevenciones técnicas hayan salvado el riesgo, es decir, que para su conceptualización hay que estar al negocio en sí, independientemente de las formalidades administrativas. No obstante, como precisa la Sentencia de 18 de octubre de 1952 (98), aunque corresponde a los tribunales estimar la peligrosidad de determinadas sustancias, sin sujetarse al RAC y al Nomenclátor, ello no quiere decir que los tribunales no puedan basarse en las citadas disposiciones —así como en el resultado de las demás pruebas— para estimar la existencia de dicha peligrosidad.

La Sentencia de 18 de abril de 1960 (99), siguiendo la línea marcada por el Tribunal Supremo en orden a que la peligrosidad es circunstancia que en cada caso incumbe determinar a los tribunales, añade que ello es así porque la peligrosidad es consecuencia de un estado o situación, por lo que

---

(92) Pueden verse especialmente las Sentencias de 9 de mayo de 1960 (*JC*, vol. LXXXIX, 1960, núm. 329, págs. 113 y sigs.), 11 de mayo de 1960 (*JC*, vol. LXXXIX, 1960, núm. 336, págs. 181 y sigs.) y 18 de abril de 1960 (*RAJ*, vol. XXVII, 1960, núm. 3.220).

(93) *JC*, vol. XXX, 1950, núm. 127, págs. 1393 y sigs.

(94) *JC*, vol. LXII, 1957, núm. 90, págs. 1044 y sigs.

(95) *JC*, vol. 126, 1964, núm. 121, págs. 313 y sigs.

(96) *RAJ*, vol. XXXIV, 1967, núm. 2.708.

(97) *JC*, vol. LIX, 1957, núm. 113, págs. 1248 y sigs.

(98) *JC*, vol. XL, 1952, núm. 20, págs. 147 y sigs.

(99) *RAJ*, vol. XXVII, 1960, núm. 3.220.

no es posible establecer al efecto una regla o norma general, sino que concretamente en cada caso determinado hay que resolver referido al mismo, ya que una misma actividad puede resultar peligrosa o no en función de su desarrollo y de la adopción de medidas técnicas preventivas, por lo que la peligrosidad es el efecto o la derivación del estado o forma en que tiene lugar la actividad en cuestión (100). Por consiguiente, como señalan las Sentencias de 28 de febrero de 1961 (101) y 5 de octubre de 1970 (102), la peligrosidad debe deducirse de las características y elementos que concurren en la actividad misma, sin perjuicio de que se hayan o no producido daños a terceros, ya que para reputar peligrosa una industria no basta que se haya producido un resultado pernicioso, pues éste puede ser debido a un accidente fortuito o a fuerza mayor, de los que no está libre ninguna industria. Además, hay que tener en cuenta que no puede identificarse el concepto de riesgo con el de peligro que califica la actividad a los efectos de la Ley de Arrendamientos Urbanos, pues mientras el riesgo se refiere siempre a un peligro aleatorio por su naturaleza, inherente a toda actividad humana, lo peligroso ha de referirse a un estado permanente de inminencia, que se traduce en un daño actual o en una probabilidad constante de que se produzca [Sentencias de 11 de mayo de 1960 (103), 28 de febrero de 1961 (104), 12 de febrero de 1964 (105), 25 de mayo de 1965 (106), 25 de octubre de 1971 (107)]. Como ha señalado en la doctrina CABALLERO GEA (108), el término peligrosidad no es un concepto jurídico, sino técnico, en el que el legislador se remitió en blanco a definiciones venidas de otros campos, pero lo que quiso estimar como causa resolutoria eficiente en la regulación de los arrendamientos urbanos es la creación, por parte del arrendatario, de un peligro típico y posible en circunstancias normales; porque extender el sentido literal de la palabra a situaciones extraordinarias, como el incendio o la explosión, desnaturalizaría el contexto de la norma y convertiría en imposible el arrendamiento de locales para prácticamente cualquier actividad comercial, ya que no se precisan especiales conocimientos científicos para comprender que, en aquellas situaciones de emergencia o en otras similares, todo material, incluso el más

---

(100) En el mismo sentido, las Sentencias de 17 de mayo de 1962 (*JC*, vol. 109, 1962, núm. 456, págs. 402 y sigs.), 23 de mayo de 1969 (*RAJ*, vol. XXXVI, 1969, núm. 2.858) y 29 de enero de 1971 (*JC*, 1971, núm. 30, págs. 218 y sigs.).

(101) *RAJ*, vol. XXVIII, 1961, núm. 914.

(102) *RAJ*, vol. XXXVII, 1970, núm. 4.045.

(103) *JC*, vol. LXXXIX, 1960, núm. 336, págs. 181 y sigs.

(104) *RAJ*, vol. XXVIII, 1961, núm. 914.

(105) *JC*, vol. 126, 1964, núm. 121, págs. 313 y sigs..

(106) *RAJ*, vol. XXXII, 1965, núm. 3.077.

(107) *JC*, 1971, núm. 492, págs. 677 y sigs.

(108) *Op cit.*, págs. 285-286.

inocuo, resulta susceptible de convertirse en combustible y favorecer en cierta medida la propagación del siniestro, de suerte que una lógica y racional interpretación de la LAU, sólo autoriza a incluir en él aquellas sustancias que son susceptibles, por su propia composición molecular, de generar por sí un accidente, de dar lugar a una explosión o de incrementar un riesgo, estimado como normal e indiferente para otros productos; mas deben quedar al margen de la sanción resolutoria las que sólo pueden ser estimuladas por agentes externos y bajo condiciones excepcionales.

f) *Actividades ilícitas*

La novedad más destacable en la nueva LAU, en orden a las actividades que dan lugar a la resolución del contrato de arrendamiento de vivienda o local de negocio, es que desaparece la inmoralidad como causa de resolución del contrato y se introduce como nueva modalidad que posibilita tal resolución el ejercicio de actividades ilícitas. La desaparición de la inmoralidad como causa de resolución del contrato me parece correcta. Bajo esta causa se han venido comprendiendo, según se desprende del análisis de la jurisprudencia, todo tipo de actividades opuestas a la moral, tales como juegos prohibidos [Sentencias de 3 de marzo de 1954 (109), 10 de marzo de 1959 (110) y 20 de junio de 1969 (111)]; actividades delictivas (como el uso del local arrendado para la falsificación de billetes (Sentencia de 17 de abril de 1961) (112), y, sobre todo, actividades contrarias a la moral sexual: ejercicio de la prostitución o tráfico carnal ilícito [supuesto del que se ocupan, entre otras, las Sentencias de 7 de febrero de 1958 (113), 19 de enero de 1959 (114), 10 de marzo de 1959 (115), 9 de junio de 1959 (116), 5 de enero de 1962 (117), 12 de diciembre de 1963 (118), 23 de noviembre de 1965 (119), 13 de abril de 1971 (120), y la más reciente de 22 de mayo de 1993 (121)], escándalo público y corrupción de menores [Sentencias de 4 de

---

(109) *JC*, vol. XLVI, 1954, núm. 9, págs. 75 y sigs.

(110) *JC*, vol. LXX, 1959, núm. 22, págs. 309 y sigs.

(111) *RAJ*, vol. XXXVI, 1969, núm. 3.570.

(112) *RAJ*, vol. XXVIII, 1961, núm. 1.814.

(113) *JC*, vol. LXIV, 1958, núm. 85, págs. 930 y sigs.

(114) *JC*, vol. LXIX, 1959, núm. 14, págs. 176 y sigs.

(115) *JC*, vol. LXX, 1959, núm. 22, págs. 309 y sigs.

(116) *JC*, vol. LXXI, 1959, núm. 103, págs. 1371 y sigs.

(117) *RAJ*, vol. XXIX, 1962, núm. 38.

(118) *JC*, vol. 124, 1963, núm. 976, págs. 300 y sigs.

(119) *RAJ*, vol. XXXII, 1965, núm. 5.165.

(120) *JC*, 1971, núm. 206, págs. 782 y sigs.

(121) *RAJ*, vol. LIX, 1993, núm. 3.724.

abril de 1952 (122) y 26 de febrero de 1960 (123)], o conducta sexual que se considera reprobable, como que la ocupante del piso arrendado venga sosteniendo en él relaciones ilícitas con diversos individuos (Sentencia de 25 de enero de 1957) (124), que en la vivienda o local se reciban parejas con fines deshonestos [Sentencias de 14 de noviembre de 1952 (125), 2 de febrero de 1955 (126), 17 de enero de 1959 (127), 26 de febrero de 1960 (128), 2 de julio de 1962 (129), 16 de febrero de 1963 (130), 31 de marzo de 1964 (131), 27 de septiembre de 1965 (132), 11 de marzo de 1967 (133), 30 de noviembre de 1972 (134)], permitir la entrada de menores a un establecimiento en el que figuran como camareras tres menores (Sentencia de 29 de septiembre de 1967) (135), tener una conducta lamentable y escandalosa (Sentencia de 24 de marzo de 1956) (136), etc. Como se observa, en la idea de actividades inmorales tienen cabida tanto las actividades ilícitas, como las contrarias a la moral, y es en este segundo aspecto donde parece correcta la sustitución del término actividades inmorales por el más restringido de actividades ilícitas, pues como declara la Sentencia de 22 de mayo de 1993 (137), el término inmoral es un concepto más amplio que el jurídico de ilicitud (138), y ha de relacionarse con conductas y disposiciones humanas que frontalmente se oponen a los sentimientos medios de ética, probidad, recato, buenas costumbres o ciudadanía rectamente entendida y ordenadamente practicada que son prevalentes en una comunidad normal y concertada de personas que convergen sus vidas individuales en el común social y, tanto entendiendo la moralidad en su aspecto formal, es decir, al considerar la afectación del acto a los sujetos, como en el material, en razón al objeto mismo sobre el que versan los actos.

---

(122) *JC*, vol. XXXVIII, 1952, núm. 65, págs. 735 y sigs.

(123) *RAJ*, vol. XXVII, 1960, núm. 935.

(124) *JC*, vol. LIX, 1957, núm. 59, págs. 649 y sigs.

(125) *JC*, vol. XL, 1952, núm. 56, págs. 516 y sigs.

(126) *JC*, vol. XLIX, 1955, núm. 46, págs. 398 y sigs.

(127) *JC*, vol. LXIX, 1959, núm. 10, págs. 130 y sigs.

(128) *RAJ*, vol. XXVII, 1960, núm. 935.

(129) *JC*, vol. 111, 1962, núm. 624, págs. 8 y sigs.

(130) *RAJ*, vol. XXX, 1963, núm. 1077.

(131) *RAJ*, vol. XXXI, 1964, núm. 1766.

(132) *JC*, 1965, núm. 588, págs. 304 y sigs.

(133) *JC*, 1967, núm. 178, págs. 275 y sigs.

(134) *RAJ*, vol. XXXIX, 1972, núm. 4.685.

(135) *RAJ*, vol. XXXIV, 1967, núm. 3.385.

(136) *JC*, vol. LV, 1956, núm. 87, págs. 1004 y sigs.

(137) *RAJ*, vol. LIX, 1993, núm. 3.724.

(138) Así lo admite también la Sentencia de 5 de enero de 1962 (*RAJ*, vol. XXIX, 1962, núm. 38), al declarar que la resolución del contrato de arrendamiento conforme a la causa 8.ª del artículo 114 no depende de que esté o no tolerada por la ley la actividad del arrendatario, sino de que esta actividad sea notoriamente inmoral.

El nuevo concepto de actividades ilícitas viene a asumir, en buena parte, algunas de las actividades que antes se catalogaban como inmorales. La cuestión ahora es determinar el alcance de la expresión actividades ilícitas que aparece en la nueva LAU. Desde luego, entiendo comprendidas aquí las actividades delictivas, de manera que el ejercicio de actividades plenamente tipificadas tendrá como consecuencia, tras el correspondiente proceso, la resolución del arrendamiento, pues así podría instarlo el arrendador de pleno derecho, de manera que la sentencia penal que sancionase una actividad delictiva serviría de prueba en el pleito civil; pero hay que tener en cuenta que el juez civil no está vinculado por la declaración de hechos probados en la sentencia penal, con lo que es posible que el tribunal civil aprecie la existencia de los hechos y los valore a efectos de la resolución del contrato de arrendamiento, aunque tales hechos no estén sancionados plenamente, ya que lo que permite la resolución del contrato es que en la vivienda o local de negocio tengan lugar este tipo de actividades (inmorales, conforme a la anterior legislación), con independencia de su sanción o no en el orden penal [en este sentido, las Sentencias de 9 de junio de 1959 (139) y 26 de febrero de 1960 (140)]. Queda claro, pues, que bajo la idea de actividades ilícitas deben comprenderse las plenamente tipificadas; pero el legislador, en el texto de la nueva LAU, no habla de actividades delictivas o plenamente punibles, sino que utiliza la expresión más general de actividades ilícitas, que abarca a todas aquellas actividades contrarias a la ley, con lo que cabría entender comprendidos también los ilícitos administrativos, por ejemplo, la falta de licencia cuando ésta es requisito para la actividad, el incumplimiento de normas reglamentarias que disciplinen la concreta actividad, etc. En este sentido —si bien con algunas matizaciones— se ha pronunciado la generalidad de la doctrina que ha interpretado la expresión actividades ilícitas de la nueva LAU (141). Tal vez esta interpretación resulte un tanto amplia, pero

---

(139) *JC*, vol. LXXI, 1959, núm. 103, págs. 1371 y sigs

(140) *RAJ*, vol. XXVII, 1960, núm. 935.

(141) Así, SERRANO GARCÍA, F. J., en *La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos* (art. 27), (dir. GUILARTE GUTIÉRREZ), Valladolid, 1994, pág. 361. FINEZ, en *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (art. 27), (dir. PANTALEÓN PRIETO), Madrid, 1995, pág. 318, considera que la calificación de actividades ilícitas «ha de jugar como una cláusula de cierre del sistema. Además de tener tal consideración las actividades contrarias a la ley *strictu sensu*, se han de reconducir a la misma todos los supuestos que, con infracción del ordenamiento jurídico, no puedan encuadrarse en alguna de las calificaciones precedentes»; para el citado autor, incluso debe enjuiciarse también como actividad ilícita, aunque en sentido lato, la realización de una actividad contraria o incompatible con el uso o destino de la vivienda expresamente pactado por las partes. Para DÍAZ MÉNDEZ, LEGIDO LÓPEZ y LOMBARDÍA DEL POZO, *Visión judicial sobre los aciertos y desaciertos de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos: Aspectos sustantivos y procesales*, Granada, 1995, pág. 101, las actividades ilícitas abarcan un mayor número de supuestos que las inmorales, pues ilícito es aquello que no está permitido legal o moralmente,

es la que se deriva del tenor literal del texto, que si hubiera querido restringir el ámbito de estas actividades debiera haberse inclinado por el término delictivas. Las actividades que, sin duda, quedan excluidas bajo el concepto de ilícitas —y que, sin embargo, sí podrían tener cabida como actividades inmorales— son, en mi opinión, aquéllas que simplemente afecten o puedan afectar a los sentimientos de moralidad de los demás vecinos que habitan en la finca, pero sin resultar de ningún otro modo molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas (por ejemplo, la convivencia de una pareja de homosexuales). Así lo entiende también SERRANO GARCÍA (142), quien indica que el hecho de que la inmoralidad no aparezca mencionada en la causa contenida en la letra e) del número 2 del artículo 27 LAU, quizá se deba a que la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos otorga ciertos beneficios al conviviente del arrendatario «con independencia de su orientación sexual» (expresión que se reitera en el texto de la Ley), conducta, en el caso de personas del mismo sexo, que antaño se reprobaba por inmoral, y que ahora se tolera poniendo prácticamente, en pie de igualdad a las parejas homosexuales con las heterosexuales.

Hasta la promulgación de la nueva LAU, la regulación de estas actividades era coincidente en materia de propiedad horizontal y arrendamientos urbanos; con la nueva LAU, en cambio, ya no habrá coincidencia, por lo que a las actividades inmorales se refiere, ni tampoco en orden a la ilicitud, que sólo será causa de resolución para los contratos de arrendamiento. El problema que puede plantearse con esta discordancia es si queda la puerta abierta para seguir resolviendo el contrato por actividades inmorales si en una vivienda en régimen de propiedad horizontal el arrendatario-ocupante realiza actividades que se consideren inmorales por la comunidad de propietarios, actividades que prohíbe el artículo 7, párrafo 3.º LPH, pero ya no la LAU. Atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída bajo la anterior Ley de Arrendamien-

---

personalmente, no coincido con esta opinión, pues ilícito es, en efecto, lo que no está permitido legalmente, pero no podemos incluir bajo la calificación de ilícito lo que no está permitido moralmente, pues esto último puede ser precisamente inmoral, pero no ilícito, de manera que con la interpretación de estos autores, no parece tener mucha trascendencia la sustitución de actividades inmorales por ilícitas. CLEMENTE MEORO, *Op. cit.*, pág. 267, admite también que en el concepto de ilícitos se enmarcan no sólo los actos delictivos, sino que cabe incluir también aquellas actividades que sin estar sancionadas penalmente sean igualmente ilícitas, esto es, contrarias al ordenamiento jurídico, en la medida en que resulten perjudiciales para terceros; pero puntualiza el autor que resulta difícil imaginar alguna actividad que cumpla estos requisitos y no esté tipificada penalmente, con lo que, en definitiva, parece reconducir a este ámbito la idea de actividades ilícitas. Claramente en este último sentido restrictivo, GARCÍA GIL, J. y GARCÍA GIL, J. L., *El arrendamiento de local de negocio*, 1995, pág. 135, quienes consideran que «actividad ilícita es toda aquella contraria a la legalidad vigente, mas parece que el legislador ha querido referirse a ilícitos penales exclusivamente».

(142) *Op. cit.*, pág. 361

tos Urbanos, no sería posible, dado que las causas de resolución de los contratos de arrendamiento son las taxativamente previstas en la Ley y no otras (143), con lo que aplicando este criterio a la nueva LAU, sólo sería posible resolver el contrato por el ejercicio de actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas, que son las que se mencionan en el artículo 27.2.e) LAU, pero ya no por actividades inmorales, cuya mención ha desaparecido del texto legal (144). Por tanto, si la nueva LAU ha querido expresamente excluir como causa de resolución el ejercicio de actividades inmorales e incluir el de actividades ilícitas, hay que entender que sólo en este último caso cabe la resolución. En este sentido se pronuncia igualmente RAGEL SÁNCHEZ (145), entendiendo que la acción que corresponde a la comunidad de propietarios se fundamenta en una sustitución para ejercitar un derecho ajeno (la resolución contractual, perteneciente al propietario-arrendador en régimen de comunidad), por lo que, teniendo en cuenta que el arrendador ya no puede resolver el contrato en base a las actividades inmorales del arrendatario, tampoco cabe que la junta de propietarios pueda hacerlo, ya que el interés propio de la comunidad de vecinos debe estar fundado en la existencia del derecho del arrendador, que ya no existe en la nueva legislación arrendaticia. Por otra parte, entiendo que el concepto de inmoralidad debe interpretarse restrictivamente en la propia Ley de Propiedad Horizontal, reconduciéndolo, en definitiva, a lo que sea ilícito o ilegal, sobre todo, teniendo en cuenta la gravedad de las sanciones previstas, y no que se trate de actividades que en absoluto perturban la convivencia vecinal; por ello, estimo que no cabe resolver un contrato de arrendamiento de un piso o local en régimen de propiedad horizontal por actividades inmorales. En contra de esta opinión se pronuncia FINEZ (146), quien considera que por la vía de los artículos 7 y 19 LPH, puede conseguirse la resolución del contrato de arrendamiento por actividades inmorales, aunque dichas actividades no aparezcan mencionadas en el artículo 27.2.e) LAU. Como ya he señalado, no coincido con esta interpretación, pues con ello no parece servir de mucho la exclu-

---

(143) Pueden verse las Sentencias de 10 de junio de 1961 (*RAJ*, vol. XXVIII, 1961, núm. 2.361), 3 de junio de 1966 (*RAJ*, vol. XXXIII, 1966, núm. 2.872), y entre las más recientes, la de 10 de julio de 1991 (*JC*, 1991, núm. 546, págs. 176 y sigs.)

(144) Esto debe entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 27.1 LAU, que permite ahora resolver el contrato por el incumplimiento de las obligaciones resultantes del mismo, con lo que cabría pensar que es posible la resolución si las partes han pactado expresamente la no realización de actividades inmorales en la vivienda o local de negocio; pero este es un problema distinto al que nos ocupa, pues estamos tratando de la resolución del contrato por el ejercicio de las actividades mencionadas en el artículo 27.2.e) LAU, cuya aplicación juega independientemente de lo dispuesto en el artículo 27.1, permitiendo al arrendador resolver el contrato de pleno derecho.

(145) En *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (art. 27) (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Pamplona, 1995, pág. 663.

(146) *Op. cit.*, pág. 319

sión de las actividades inmorales del ámbito de la LAU, pues si un gran número de casos se reconducen hoy en cuanto a su solución a la normativa específica de propiedad horizontal, puesto que se trata de arrendatarios que ocupan una vivienda o local en un edificio en régimen de propiedad horizontal, y no de propietarios de edificios completos, donde todas las viviendas y locales están en régimen de arrendamiento, entonces, en ese gran número de casos, sí sería posible resolver el contrato de arrendamiento por actividades inmorales, aunque esta sanción no esté prevista en la LAU, porque sí se contempla en la LPH y hay que acudir a su aplicación tratándose de arrendamientos en ese ámbito, de manera que la supresión de las actividades inmorales como causa de resolución del contrato de arrendamiento apenas tendría proyección práctica.

El problema que se plantea respecto a las actividades no permitidas por los estatutos de la comunidad, que implican las correspondientes sanciones conforme a la LPH, pero que no son causa de resolución en materia de arrendamientos urbanos, aunque podría considerarse igual al anterior, es, en mi opinión, distinto [por ejemplo, puede darse la situación de que una actividad no sea inmoral, peligrosa, incómoda o insalubre (art. 114, causa 8.<sup>ª</sup>), o bien, que no sea molesta, insalubre, nociva, peligrosa o ilícita (art. 27.2.e) LAU, pero no esté permitida en los estatutos y sea por ello causa de resolución de un arrendamiento al amparo del art. 19 LPH]. Esta discordancia ya existía también entre la anterior legislación de arrendamientos urbanos y la Ley de Propiedad Horizontal, y deriva del régimen propio y específico de esta última que, evidentemente, no puede coincidir con el del arrendamiento urbano. En materia de propiedad horizontal, la propia Ley autoriza a la comunidad de propietarios a establecer prohibiciones o limitaciones convencionales por medio de sus estatutos, en beneficio de la pacífica y obligada convivencia de los que han de compartir una comunidad forzosa y, en consecuencia, se admite la resolución del contrato de arrendamiento por causas establecidas en los estatutos, aunque no estén propiamente comprendidas en la LAU; en este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 14 de junio de 1968 (147) y así lo entiende igualmente en la doctrina BATLLE VÁZQUEZ (148), en base a los mismos argumentos de la sentencia citada. En cambio, en opinión de BATISTA MONTERO-RÍOS (149), las

---

(147) *RAJ*, vol. XXXV, 1968, núm. 3.798). Pueden verse igualmente las Sentencias de 13 de junio de 1972 (*JC*, 1972, núm. 347, págs. 283 y sigs.) y de 29 de septiembre de 1973 (*JC*, 1973, núm. 397, págs. 67 y sigs.), que señalan, además, que la LPH, cuando se trata de una resolución del contrato de arrendamiento, se incorpora a la línea de garantías establecidas en la LAU; 18 de julio de 1991 (*JC*, 1991, núm. 576, págs. 316 y sigs.).

(148) *La propiedad de casas por pisos*, Alcoy, 1980, pág. 169.

(149) «La propiedad horizontal en la Ley de 21 de julio de 1960», en *RGLJ*, 1960, pág. 719

causas de resolución del arrendamiento son taxativas, y entre ellas no figura la de que el arrendatario destine la finca arrendada a usos no permitidos en los estatutos; por ello, entiende el autor que en tal caso, la única posibilidad es exigir judicialmente el cumplimiento de lo dispuesto en los estatutos, si están inscritos o se demuestra que el arrendatario los conocía, pero no cabe privarle del uso del piso o local mediante la resolución del contrato de arrendamiento. Para MUÑOZ GONZÁLEZ (150), la respuesta al problema de la aplicación de las prohibiciones estatutarias al arrendatario, dado que ésta no es causa de resolución del contrato en la LAU, viene dada por el artículo 5, párrafo 3.º LPH, a cuyo tenor, el estatuto privativo no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad; pero considera que también vinculan al arrendatario los estatutos no inscritos cuando tuviera conocimiento de la prohibición en el momento de la suscripción del contrato. En mi opinión, con estos posicionamientos queda abierto el problema de las actividades inmorales en la relación LAU/LPH, pues éstas podrían ser causa de resolución del contrato de arrendamiento si derivan de una prohibición estatutaria (de manera similar a lo señalado respecto al art. 27.1 LAU), pero teniendo en cuenta que partimos de la idea de que el concepto de inmoralidad debe interpretarse restrictivamente en la propia Ley de Propiedad Horizontal, y consiguientemente, en los estatutos, si hicieran referencia a este tipo de actividades, creo que la cuestión debería reconducirse a que se tratara de actividades inmorales que tuvieran un efecto perturbador en la convivencia vecinal, no por lesionar los sentimientos de ética o de pudor de uno o varios vecinos (que moralmente pueden manifestarse contrarios a la situación que represente el caso), sino por atentar contra las más elementales reglas que exige una convivencia pacífica y civilizada. En cualquier otro caso, si de ese tipo de actividades se derivaran otros efectos molestos o incómodos, siempre quedaría abierta la posibilidad de atacarlas por esa vía, esto es, por su carácter molesto o incómodo, prescindiendo de su posible inmoralidad.

g) *Ámbito espacial en el que han de tener lugar las actividades*

El texto de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos regula separadamente los arrendamientos de vivienda y los arrendamientos para uso distinto del de vivienda (Título III, arts. 29 y sigs.); por ello, el artículo 27.2.e) LAU sólo contempla la resolución del contrato cuando las actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas tengan lugar en la vivienda, siendo necesario acudir al artículo 35 LAU para comprobar que cabe también la resolución del contrato de local de negocio cuando en el mismo tengan lugar

---

(150) *La propiedad horizontal*, Madrid, 1979, pág. 119.

las indicadas actividades del artículo 27.2.e). Esta disociación no se producía en la causa 8.<sup>a</sup> del antiguo artículo 114, donde se contemplaba la resolución conjuntamente cuando las actividades en cuestión tuvieran lugar tanto en la vivienda como en el local de negocio; en cualquier caso, no es más que una diferencia que obedece a la sistemática de la nueva LAU, pero que se destaca porque obliga a tener presente en esta materia el artículo 35 en relación con el 27.2.e) LAU. Evidentemente, la nueva regulación de los arrendamientos urbanos no podía dejar de contemplar la resolución por esta causa tratándose de locales de negocio, pues entonces hubieran quedado al margen de la resolución precisamente los supuestos en los que con más probabilidad se realizan este tipo de actividades, como son los locales y bajos comerciales destinados a instalaciones y explotaciones de carácter distinto al de vivienda.

Así pues, las actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas han de tener lugar en la vivienda o en el local de negocio. La antigua Ley de Arrendamientos Urbanos hablaba de actividades que tuvieron lugar en el interior de la vivienda o local de negocio; la nueva LAU omite dicha referencia al interior y exige únicamente que las actividades tengan lugar en la vivienda o local de negocio. En cualquier caso, son válidas también ahora las precisiones que al respecto ha hecho la jurisprudencia en aplicación de la antigua Ley de Arrendamientos Urbanos, en el sentido de que el ámbito espacial en el que pueden tener lugar las actividades mencionadas no se restringe o limita únicamente al perímetro comprendido dentro de la vivienda o local, a los que, evidentemente, les es de aplicación la causa resolutoria, sino que cabe también la resolución del contrato aunque las actividades se produzcan fuera de este ámbito, en otros elementos del inmueble. Así lo ha declarado en reiteradas ocasiones la jurisprudencia del Tribunal Supremo, señalando que esta causa resolutoria se refiere a todo lo comprendido en el contorno o perímetro del espacio arrendado, tanto en las piezas principales como en las accesorias a las que el arrendatario pueda tener acceso en virtud del contrato, pues el hecho de que la Ley exija que las actividades se desarrollen en la vivienda o local (en el interior de los mismos, como disponía la antigua Ley) no es necesariamente restrictivo, sino que se aplica también, como se ha dicho, a las dependencias accesorias y a las comunales, pues la norma ha de entenderse como comprensiva de aquello a lo que se extiende lo que integra el objeto contractual, ya que su espíritu es mantener a los demás ocupantes del mismo edificio en el uso normal y pacífico de sus respectivos locales o viviendas, sin interferencias gravemente perturbadoras de la convivencia [en este sentido, las Sentencias de 18 de abril de 1960 (151), 30 de abril de 1966 (152) y 22 de mayo de 1993 (153)]; por tanto, cabe la resolu-

---

(151) *RAJ*, vol. XXVII, 196-, núm. 3.220

(152) *RAJ*, vol. XXXIII, 1966, núm. 3.402

(153) *RAJ*, vol. LIX, 1993, núm. 3.724.

ción del contrato cuando las actividades tengan lugar no estrictamente en el espacio propio de la vivienda o del local, sino también en cualquier ámbito espacial del inmueble al que el arrendatario tenga acceso en virtud del contrato de arrendamiento (por ejemplo, patios o terrazas de uso común, jardines, zaguanes, escaleras, trasteros, garajes, etc.). La doctrina más reciente, en relación con la nueva LAU, sigue el mismo criterio jurisprudencial (154), pero como ya señalaba ALBACAR LÓPEZ (155) en relación con el antiguo texto de la Ley de Arrendamientos Urbanos, observación que entiendo también válida en la aplicación de la vigente LAU, «en todo caso, dados los términos del texto legal y la circunstancia de que las causas no puedan ser interpretadas extensivamente, no parece que quepan en el precepto resolutorio las actividades desarrolladas fuera del inmueble alquilado, como podría ser, *ad exemplum*, en los terrenos públicos o privados lindantes con el mismo, pese a que las actividades peligrosas o incómodas pudieran repercutir directamente sobre el arrendador o los inquilinos del mismo».

#### h) *Sujetos que realizan las actividades*

La LAU no hace ninguna mención expresa del sujeto autor de las actividades, en el sentido de que haya de ser el arrendatario quien las realice; se limita a disponer de modo impersonal que en la vivienda (o local de negocio) tengan lugar las actividades mencionadas. En consecuencia, las actividades que dan lugar a la resolución del contrato de arrendamiento pueden ser realizadas por el arrendatario o por aquellas personas de las que deba responder, entre las que se incluyen los familiares o allegados que conviven permanente u ocasionalmente con él (156), el subarrendatario, aun cuando el subarriendo haya sido consentido por el arrendador (157), y sus empleados o dependientes de manera fija u ocasional (158). ALBACAR LÓPEZ (159) incluye también entre las personas de quienes debe responder el arrendador «a aquellos otros de quienes, como pudiera suceder con los clientes, reciba el arrendatario algún provecho o ventaja».

---

(154) FINEZ, J. M., *Op. cit.*, pág. 316, CABALLERO GEA, J. A., *Op. cit.*, págs. 282-283; CLEMENTE MEORO, M., *Op. cit.*, pág. 264; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Op. cit.*, pág. 660

(155) *Ley de Arrendamientos Urbanos (Comentarios y jurisprudencia)*, t. II, Granada, 1989, pág. 1670.

(156) ALBACAR LÓPEZ, J. L., *Op. cit.*, pág. 1670. CLEMENTE MEORO, M., *Op. cit.*, pág. 264; FINEZ, J. M., *Op. cit.*, pág. 316.

(157) FINEZ, J. M., *Op. loc. cit.*: si bien en este último caso, también el subarrendador puede resolver el contrato

(158) ALBACAR LÓPEZ, J. L., *Op. cit.*, pág. 1670

(159) *Op. loc. cit.*

En este punto puede verse por todas la Sentencia de 20 de junio de 1969 (160), la cual declaró taxativamente, en relación con el artículo 114, causa 8.ª de la antigua Ley de Arrendamientos Urbanos, que tal precepto «no exige que el titular del arrendamiento sea autor material o inductor de las actividades inmorales que se desarrollan en el local, ni que las promueva o favorezca, y, ni siquiera, que de ellas tenga conocimiento, pues si su realización es notoria —que vale tanto como ser pública y sabida de todos—, no puede eludir la responsabilidad en que incurrió, siquiera ésta fuera por negligencia, bien porque no haya vigilado debidamente el establecimiento, o bien porque no haya puesto al frente de él a persona idónea; la responsabilidad del amo de casa, como la responsabilidad del dueño de establecimiento, vienen impuestas, muchas veces, como consecuencia del derecho de propiedad, independientemente, incluso, de la idea de culpa en algunos casos, pues el que tiene el beneficio de una cosa o entidad, debe soportar los riesgos que ellas originan, y debe responder, también, por los actos de otras personas» (161).

i) *Requisitos de las actividades para poder ser causa de resolución del contrato*

A lo largo de la exposición ya se han podido entrever algunos de los requisitos que deben reunir las actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas para poder dar lugar a la resolución del contrato de arrendamiento de vivienda o local de negocio; sin embargo, no han aparecido mencionados todos los requisitos, ni se ha hecho una exposición más amplia y sistemática de los mismos, que es lo que se pretende completar en este apartado, sin perjuicio de las posibles referencias a otros epígrafes, donde hayan podido tratarse ya algunas de las cuestiones que aquí se abordarán.

Entre tales requisitos, cabe mencionar los siguientes:

1. BASTA LA CONCURRENCIA DE UNA SOLA DE LAS CIRCUNSTANCIAS MENCIONADAS EN LA LEY: No es necesario que una actividad sea a la vez incómoda o molesta y peligrosa, o bien que concorra con cualesquiera de las demás categorías que recoge la LAU, sino que basta la concurrencia de una de tales circunstancias (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1959) (162). Por consiguiente, para que opere la causa resolutoria que nos ocupa, es suficiente con que la actividad sea susceptible de encajar en uno de los tipos que recoge la LAU, independien-

---

(160) *RAJ*, vol. XXXVI, 1969, núm. 3.570.

(161) Puede verse también la Sentencia de 4 de abril de 1952 (*JC*, vol. XXXVIII, 1952, núm. 65, págs. 735 y sigs.).

(162) *JC*, vol. LXXXIV, 1959, núm. 698, págs. 594 y sigs.

temente de que, por sus circunstancias, pueda ser calificada, además, conforme a otras categorías (por ejemplo, una actividad podría ser a la vez molesta e insalubre).

2. LA DETERMINACION DEL CARACTER DE LA ACTIVIDAD DEBE HACERSE EN CADA CASO CONCRETO: La determinación del carácter de la actividad no puede efectuarse *a priori*, sino que debe responder a apreciaciones de hecho y con relación al caso concreto, de manera que serán las circunstancias de cada supuesto, una vez que la actividad se verifica, las que permitan calificar la actividad de molesta, insalubre, nociva, etc. La jurisprudencia ha aplicado reiteradamente este requisito en relación con las actividades molestas (incómodas) y peligrosas, como tuvimos ocasión de ver en los correspondientes apartados. En todo caso, debe haber una constancia clara de que las actividades tienen lugar, para que puedan ser valoradas y apreciadas objetivamente (163), pues difícilmente podrá concluirse *a posteriori* que una actividad es molesta, nociva, insalubre, peligrosa o ilícita si se plantea alguna duda sobre la realización de la propia actividad. La exigencia de que se valore el carácter de la actividad en cada caso concreto obedece a que no siempre los efectos de una actividad se van a producir con la misma intensidad, de manera que un mismo supuesto podría dar lugar a la resolución o no, en función del modo o manera en que se ejercite, pues como veremos, sobre todo en relación con las actividades molestas, es necesario que los efectos de las mismas tengan una cierta entidad, que habrá de valorarse en cada caso, atendiendo a criterios que permitan determinar la anormalidad o exceso en el ejercicio de tales actividades y su incidencia perturbadora en las relaciones de vecindad.

3. LAS ACTIVIDADES PUEDEN ESTAR REALIZANDOSE AL MOMENTO DE EJERCITAR LA ACCION RESOLUTORIA O PUEDEN HABER CESADO, LO QUE NO OBSTA A LA RESOLUCION: Lógicamente, el ejercicio de las actividades deberá tener o haber tenido lugar durante la vigencia del contrato de arrendamiento; pero no es necesario que la causa resolutoria subsista al tiempo de plantearse la demanda, siendo suficiente con que se haya producido en cualquier momento anterior, pues como indica la Sentencia de 24 de enero de 1951 (164), «no sólo porque no es posible admitir plazos limitativos del ejercicio de las acciones no establecidos expresamente por las leyes, sino también porque de mantenerse tal tesis, fácil sería eludir los efectos de las causas resolutorias del arrendamiento, con cautelosas determinaciones, encaminadas a burlar los derechos del arrendador» [en el mismo sentido, las Sentencias de 6 de junio de 1963 (165), y 11 de

---

(163) En este sentido, FINEZ, J. M., *Op. cit.*, pág. 318.

(164) *JC*, vol. XXXIII, 1951, núm. 33, págs. 290 y sigs.

(165) *RAJ*, vol. XXX, 1963, núm. 3.594.

marzo de 1967 (166)]. Muy interesantes resultan a este respecto las consideraciones de la Sentencia de 13 de mayo de 1995 (167), la cual, confirmando la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta, señala que las causas de resolución que establece el artículo 114 LAU constituyen la sanción de actos ilícitos del arrendatario o de negocios jurídicos realizados por él contra lo dispuesto en la ley y no de la persistencia de las situaciones creadas por dichos actos, pues si se diera la posibilidad de rectificar la infracción legal determinante de la causa de resolución, evitando así la sanción condigna del acto antijurídico, la previsión legislativa sobre la materia resultaría inútil ante toda clase de abusos.

4. NO SE EXIGE QUE LAS ACTIVIDADES CAUSEN PERJUICIO A UN TERCERO, SALVO EN EL CASO DE ACTIVIDADES MOLESTAS, EN LAS QUE SI ES NECESARIO QUE SUS EFECTOS RECAIGAN SOBRE UN TERCERO: Tratándose de actividades molestas, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado en reiteradas ocasiones que para que pueda prosperar la acción resolutoria por el ejercicio de actividades molestas o incómodas, es necesario que sus efectos trasciendan a terceras personas, que son quienes los sufren, de manera que si falta el sujeto pasivo de la molestia o incomodidad, no procederá la resolución del contrato, ya que la actividad a nadie alcanzaría en sus efectos perturbadores. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1964 (168), en un supuesto en el que se pretendía resolver el contrato de arrendamiento aduciendo la existencia de molestias a los vecinos debido a la acumulación de excrementos de ganado, estimando probado que la finca está ocupada sólo por el arrendatario, que es quien se dedica a la estabulación del ganado, declaró que si el arrendatario es el único ocupante de la finca, no puede con sus actividades producir molestias a unos vecinos que no existen en el inmueble arrendado y, por tanto, no puede haber sujetos pasivos de la incomodidad denunciada, y dado que los tribunales no actúan sino en cuanto la incomodidad perturbe la relación contractual, y esto ocurre cuando el arrendador se ve obligado a garantizar la pacífica posesión de los otros arrendatarios, que en el caso de autos no existen, puesto que el arrendatario es único, no procede entonces la resolución del contrato por actividades molestas. Igualmente, la Sentencia de 8 de abril de 1965 (169) declara que para que se produzca la incomodidad o molestia se requiere que sus efectos trasciendan o tengan efectividad sobre las personas que la sufren, porque si no llega a ellas no se puede decir que les sea desagradable; y en idénticos términos se pronuncia nuevamente el Tribunal Supremo en la Sentencia de 29 de

---

(166) *JC*, 1967, núm. 178, págs. 275 y sigs.

(167) *RAJ*, 1995, núm. 4.234.

(168) *RAJ*, vol. XXXI, 1964, núm. 4.320.

(169) *RAJ*, vol. XXXII, 1965, núm. 2.152.

octubre de 1965 (170). En definitiva, nuestra jurisprudencia considera requisito esencial de la acción resolutoria por actividades incómodas o molestas que los efectos de dichas actividades, esto es, la incomodidad o molestia, se sufra por los que habiten o hayan de permanecer en la misma finca donde el arrendatario lleve a cabo tales actividades, y no por personas indeterminadas o inconcretas (Sentencia de 27 de mayo de 1968) (171) (172).

El requisito que comentamos en relación con las actividades molestas es una consecuencia lógica de los efectos característicos de estas actividades, pues si las mismas constituyen una incomodidad por sus humos, ruidos, vibraciones, olores, calor, etc., parece evidente que debe haber unos sujetos a los que afecten o alcancen esos efectos perturbadores del normal uso y disfrute de su vivienda o local, para los que, efectivamente, esa incomodidad se produce *de facto*; no es que haya probabilidad de que se produzca o que potencialmente la actividad pueda generar tal consecuencia, sino que, de hecho, se produce y afecta a terceros; de ahí la exigencia de que haya un sujeto pasivo, concreto y determinado, al que la actividad molesta cause un perjuicio. Sin embargo, en las restantes categorías de actividades contempladas en la LAU, no se exige este requisito de que los efectos de la actividad causen un efectivo perjuicio a terceros. En estos casos, como señala FINEZ (173), la resolución del contrato de arrendamiento queda conectada al despliegue de una determinada conducta y no a la consecución de un resultado, ya que lo que se prevé en la LAU como supuesto resolutorio es la utilización de la vivienda o local de negocio para determinadas finalidades.

En el caso de las actividades insalubres y nocivas, aunque pueda haber personas o explotaciones que puedan verse afectadas como consecuencia de tales actividades, no es necesario que efectivamente hayan sufrido un perjuicio en su salud o un daño material, sino que basta con que las actividades puedan resultar perjudiciales para la salud humana o puedan ocasionar daños a la riqueza agrícola, forestal, etc., es decir, que los efectos a terceros puedan producirse, potencialmente, aunque en el caso concreto no se hayan efectivamente producido; como es lógico, la cercanía o proximidad de personas y bienes aumenta la probabilidad de que los efectos de estas actividades efectivamente se produzcan, y en este sentido, cabría pensar en la necesidad de que exista un sujeto pasivo, pero éste lo sería sólo como potencial receptor de los efectos insalubres (o nocivos), aunque éstos todavía no le hayan afectado; creo que sería contrario a la finalidad de la norma no permitir la resolución de un contrato de arrendamiento por actividades insalubres, que pue-

---

(170) *RAJ*, vol. XXXII, 1965, núm. 4.699.

(171) *RAJ*, vol. XXXV, 1968, núm. 2.488.

(172) Puede verse, además, la Sentencia de 28 de febrero de 1961 (*RAJ*, vol. XXVIII, 1961, núm. 914).

(173) *Op cit.*, pág. 316.

dan resultar perjudiciales para la salud humana, porque no haya en el caso concreto una o varias personas ya enfermas como consecuencia de tales actividades; bastará con que, por el modo o manera en que se realice la actividad —atendiendo, pues, a las circunstancias del caso— exista la probabilidad cierta y real de que se produzca un perjuicio para la salud de las personas, que es lo que, en última instancia, debe intentar prevenirse y evitarse. Tratándose de actividades peligrosas, es suficiente con que los actos o actuaciones que integran tales actividades revistan por sí carácter peligroso (en este sentido, puede verse la Sentencia de 8 de abril de 1965) (174), siendo susceptibles de originar daños a personas y bienes, sin que sea necesario que tales daños se hayan efectivamente producido; no se exige, pues, que haya un sujeto pasivo de la peligrosidad, ni siquiera potencialmente, porque en el caso de las actividades peligrosas, basta con que se ponga en peligro el mismo inmueble arrendado (175) para que, atendiendo a las circunstancias del caso, sea posible resolver el contrato; evidentemente, con mayor razón cabrá la resolución cuando el peligro pueda alcanzar también a las personas. Finalmente, por lo que a las actividades ilícitas se refiere, sólo hay que atender al carácter de la actividad en sí, pues lo que se cuestiona es la ilicitud misma, independientemente de que afecte a terceros o pueda ocasionarles un daño.

5. EL CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS ADMINISTRATIVOS, ASI COMO LA OBTENCION DE LA CORRESPONDIENTE LICENCIA PARA EJERCER LA ACTIVIDAD, NO IMPIDEN LA RESOLUCION DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: Como vimos anteriormente, el RAC permite precisar los conceptos de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas (art. 3); sin embargo, las definiciones contenidas en el Reglamento son meramente orientativas en materia de resolución del contrato de arrendamiento por esta causa, pues la finalidad de las disposiciones administrativas es distinta a la que persigue la LAU, y por ello, la calificación de actividades industriales del RAC no puede ser determinante de las resoluciones de los tribunales en materia arrendaticia (Sentencia de 30 de abril de 1966) (176). Lo expuesto tiene un doble significado en materia de arrendamientos urbanos:

---

(174) *RAJ*, vol. XXXII, 1965, núm. 2.152.

(175) Es importante destacar, como hace la Sentencia de 6 de diciembre de 1957 (*JC*, vol. LXIII, 1957, núm. 87, págs. 1029 y sigs.), que para ser causa de resolución del contrato de arrendamiento, la peligrosidad debe alcanzar al mismo inmueble arrendado, pues el peligro a los efectos de la Ley de Arrendamientos Urbanos queda limitado a la relación que se gesta entre arrendador y arrendatario, pero no alcanza a aquellas cosas distintas a la de que es parte integrante la arrendada, y por consiguiente, a los inmuebles circundantes, colindantes o contiguos, exclusión que comprende, además, a todas las personas que no sean los contratantes, cuyos intereses, por ser de terceros, se hallan protegidos contra peligros por otras normas, pero no por la especial de arrendamientos urbanos.

(176) *RAJ*, vol. XXXIII, 1966, núm. 3.402.

de una parte, puede tratarse de una actividad clasificada por el Reglamento, pero que no despliegue efectos resolutorios en el ámbito arrendaticio urbano; de otra parte, en sentido inverso, puede tratarse de una actividad no recogida o diferente a las previstas en el RAC, pero que sí sea considerada molesta, insalubre, nociva o peligrosa en materia de arrendamientos urbanos; como tiene declarado el Tribunal Supremo, una infracción que pueda constituir una falta administrativa no obliga a calificar a las industrias en cuestión como incómodas, insalubres o peligrosas, y a los efectos de la Ley de Arrendamientos Urbanos, tampoco es suficiente la inclusión *ingenere* en el Nomenclator del RAC, sino que habrá que estar siempre a cada caso concreto y a sus particulares circunstancias de hecho para determinar si la actividad en cuestión es susceptible de ser causa de resolución del contrato de arrendamiento urbano por su carácter molesto, insalubre, nocivo o peligroso [en este sentido, pueden verse especialmente las Sentencias de 18 de abril de 1962 (177) y 16 de diciembre de 1963 (178)].

En materia de obtención de licencia para el ejercicio de la actividad, así como en orden al cumplimiento de formalidades administrativas y sus efectos en el ámbito arrendaticio en orden a la resolución del contrato por actividades molestas, insalubres, nocivas, etc., la jurisprudencia del Tribunal Supremo es bien clara al respecto, señalando que la autorización administrativa concedida al arrendatario para el ejercicio de una actividad no impide que pueda instarse la resolución del contrato por el arrendador (Sentencia de 22 de noviembre de 1960) (179), pues las consecuencias que se deriven de la autorización administrativa para la instalación de la industria son ajenas a la contienda civil sobre resolución del contrato de arrendamiento por la causa que nos ocupa (Sentencia de 23 de septiembre de 1969) (180). Igualmente, tiene declarado el Tribunal Supremo que el incumplimiento de formalidades administrativas para la instalación de la industria no afecta a las consecuencias del mismo en el orden civil [Sentencias de 22 de noviembre de 1960 (181) y 4 de marzo de 1992 (182)], pues una cosa es el cumplimiento de los requisitos administrativos y otra que por el destino o utilización de la vivienda o local se produzcan las actividades que dan lugar a la resolución (183). No obstante,

---

(177) *RAJ*, vol. XXIX, 1962, núm. 2.060.

(178) *JC*, vol. 124, 1963, núm. 993, págs. 410 y sigs.

(179) *RAJ*, vol. XXVII, 1960, núm. 3.755.

(180) *RAJ*, vol. XXXVI, 1969, núm. 4 054.

(181) *RAJ*, vol. XXVII, 1960, núm. 3.755.

(182) *RAJ*, vol. LIX, 1992, núm. 2.163.

(183) Fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos, nuestro Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que no es prueba de la diligencia que exonera de responsabilidad el mero cumplimiento de las disposiciones reglamentarias, y que tales disposiciones no bastan para exonerar de responsabilidad cuando las garantías para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo.

como han destacado algunos autores recientemente (184), y ya se observaba en algunas decisiones del Tribunal Supremo (185), aunque el cumplimiento de las formalidades administrativas y la obtención de licencia no se le imponen al juzgador en materia de resolución del contrato de arrendamiento, pueden ser indicios muy importantes a estos efectos.

6. LAS ACTIVIDADES QUE DAN LUGAR A LA RESOLUCION DEL CONTRATO DEBEN ALCANZAR UNA CIERTA ENTIDAD O NIVEL. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA ANORMALIDAD O INTOLERANCIA DE LAS ACTIVIDADES: La vida en vecindad, como ya señalábamos, impone la obligación de tolerar ciertas perturbaciones que derivan de la situación misma de la convivencia, tanto más cuando los espacios en

---

revelando su insuficiencia respecto al fin perseguido. Por su relación con el tema que nos ocupa, cabe traer a colación aquí la doctrina del Tribunal Supremo, en este punto, en el campo específico de las inmisiones, donde con claridad y determinación la jurisprudencia española ha declarado la ineficacia del incumplimiento de las disposiciones administrativas para exonerar de responsabilidad en el orden civil; pueden verse en este sentido las Sentencias de 23 de diciembre de 1952 (*JC*, vol. XL, 1952, núm. 112, págs 1116 y sigs.), que se ocupó de un supuesto de inmisiones de humos y polvos procedentes de una fábrica de cementos, nocivos a la vegetación y al ganado; 30 de octubre de 1963 (*RAJ*, vol. XXX, 1963, núm. 4.231), en la que se trataba de inmisiones de gases de una empresa de productos químicos, que causaron daños en las cosechas, 17 de marzo de 1981 (*JC*, 1981, núm. 118, págs 228 y sigs.), que resolvió un supuesto de inmisiones de polvo de cemento que perjudicaban la cosecha y arbolado de una finca vecina: 16 de enero de 1989 (*JC*, 1989, núm 13, págs. 70 y sigs.), en la que se trataba de inmisiones de humos y polvos de unos hornos de cal y acería de una empresa siderúrgica, causantes de daños en la producción agrícola y ganadera, y cuyas consideraciones merecen reproducirse: «Cuanto se recoge en las disposiciones administrativas, Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, Ley sobre Protección Ambiental, Decreto de 6 de febrero de 1965, sobre adopción de medidas protectoras, se están refiriendo a estados generales de perturbación del medio ambiente con graves perturbaciones para la población situada en determinadas zonas que por su generalidad están contemplando intereses públicos, lo que no puede equipararse a la lesión patrimonial por inmisiones dañosas en propiedades determinadas. Esta cuestión es de exclusiva competencia de los tribunales del orden civil, sin olvidar que el acatamiento y observancia de las normas administrativas no colocan al obligado al abrigo de la correspondiente acción civil de los perjudicados o interesados en orden a sus derechos subjetivos lesionados, puesto que si aquéllos contemplan intereses públicos sociales, ésta resguarda el interés privado, exigiendo en todo caso el resarcimiento del daño y en su caso la adopción de medidas para evitarlo o ponerle fin, ambos aspectos competencia de la jurisdicción del orden civil»: últimamente, la Sentencia de 24 de mayo de 1993 (*RAJ*, vol. LIX, 1993, núm. 3 727), que resolvió un problema de inmisiones de flúor y otros gases tóxicos de una fábrica de aluminio que causaban daños en los cultivos del vecino.

(184) FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., *La resolución arrendaticia urbana con arreglo a la Ley 29/1994*, Granada, 1995, págs. 138-139; FINEZ, J. M., *Op. cit.*, págs. 316-317.

(185) Pueden verse como ejemplos las Sentencias de 15 de octubre de 1957 (*JC*, vol. LXII, 1957, núm. 94, págs. 1080 y sigs.), 13 de febrero de 1959 (*JC*, vol. LXIX, 1959, núm. 90, págs. 1053 y sigs.), 18 de enero de 1961 (*RAJ*, vol. XXVIII, 1961, núm 103), 19 de octubre de 1963 (*RAJ*, vol. XXX, 1963, núm 4.082) y 22 de abril de 1970 (*RAJ*, vol. XXXVII, 1970, núm. 2.028).

que ésta se desarrolla son reducidos y posibilitan en mayor medida interferencias y perturbaciones entre vecinos, como sucede en el ámbito de los arrendamientos urbanos. Por esta razón, cuando la regulación de los arrendamientos urbanos permite la resolución del contrato de arrendamiento de vivienda o local de negocio por el ejercicio de actividades molestas, insalubres, nocivas, etc., hay que entender que dicha resolución procederá cuando los efectos de esas actividades alcancen una entidad o nivel que supere lo que es normal o tolerable, pues en otro caso, todo contrato sería susceptible de resolución por esta causa, ya que, casi siempre, hasta las más normales actuaciones del arrendatario pueden proyectar sus efectos a terceros y producir perturbaciones a los demás vecinos. Es necesario, pues, encontrar un criterio que, aunque formulado en términos muy genéricos, permita deslindar aquellos casos que, si bien pudieran considerarse incursos en la calificación de molestos, insalubres, etc., no alcanzan la entidad suficiente en la proyección de sus efectos, de aquellos otros que sí superan un determinado nivel y que por ello, pueden dar lugar a la resolución del contrato de arrendamiento. Esta necesidad se evidencia especialmente en el caso de las actividades molestas (aunque ello no excluye las insalubres, nocivas y peligrosas), pues la incomodidad que representan deberá siempre ponderarse por las razones señaladas. Sin embargo, el requisito que comentamos no es de aplicación a las actividades ilícitas: no es necesario en ellas fijar ningún criterio, porque no cabe ponderar el grado de ilicitud de la actividad; una actividad es ilícita si contraviene lo dispuesto en el ordenamiento jurídico y es lícita en caso contrario, pero no cabe hablar de un mayor o menor grado de ilicitud en función del desarrollo o el modo de ejercicio de la actividad, pues lo que se cuestiona en este caso es la actividad en sí misma considerada, sin atender a sus efectos.

En la concreción del criterio para determinar la anormalidad o intolerancia de las actividades, el texto de la nueva LAU no aporta ningún dato al efecto, pues se limita a señalar la posibilidad para el arrendador de resolver el contrato de pleno derecho cuando en la vivienda o local de negocio tengan lugar actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas [arts. 27.2.e) y 35 LAU], sin hacer más consideraciones. No se exige en la nueva LAU que las actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas sean tales de modo notorio, a diferencia de la derogada Ley de Arrendamientos Urbanos, cuyo artículo 114, causa 8.ª, sí explicitaba que las actividades que daban lugar a la resolución del contrato de vivienda o de local de negocio, de modo notorio resultasen inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres. Esta exigencia de notoriedad permitía, en mi opinión, tener al menos un indicio para establecer un criterio, pues el requisito de que las actividades lo sean de modo notorio, podía interpretarse, a mi entender, en el sentido de que los efectos de tales actividades excedan de los límites de lo que una ordenada convivencia impone, superando el nivel de tolerancia exi-

gible o las perturbaciones normales y ordinarias en las relaciones de vecindad. En este sentido aparece interpretado en la Sentencia de 28 de febrero de 1964 (186), en la que se pretendía resolver el contrato de arrendamiento por actividades incómodas, concretamente, por los ruidos de una industria de imprenta; partiendo de la base de que el local fue arrendado precisamente para industria de imprenta, que la maquinaria empleada por dicha industria es la adecuada y que los ruidos que se producen son los normales, la citada sentencia declara que la norma legal sobre la que se enjuicia el litigio (art. 114, causa 8.<sup>a</sup> de la antigua Ley de Arrendamientos Urbanos) hay que entenderla conforme a su significación gramatical que sea «notoriamente incómodo», esto es, que su funcionamiento en un orden de convivencia no exceda ni perturbe aquel régimen o estado de hecho, que es usual y corriente en las relaciones sociales, sin que influyan en la interpretación de la norma circunstancias personales de los afectados, porque aquélla se dicta con carácter general y en interés de todos, sin pretender una conducta especial por muy singulares que sean los casos que lo reclaman, lo que se sale del ámbito del Derecho. Sin embargo, la jurisprudencia no siempre ha dado el mismo sentido al término notorio que se recogía en el antiguo artículo 114, causa 8.<sup>a</sup>, pues en bastantes decisiones jurisprudenciales, la exigencia de notoriedad se interpreta como que las actividades sean de conocimiento público, señalándose que notorio es público y sabido de todos [así las Sentencias de 30 de octubre de 1955 (187), 7 de febrero de 1958 (188), 5 de diciembre de 1958 (189), 20 de junio de 1969 (190), y 22 de mayo de 1993 (191)]; mientras que en otros casos, el Tribunal Supremo considera que no debe confundirse notoriedad con publicidad, sino que el término notorio debe ser interpretado en sentido objetivo, con lo que no se exige que la actividad sea públicamente conocida, ni que ese conocimiento sea público o sabido de todos, sino que la notoriedad en sentido objetivo vendría a significar que es evidente el carácter de la actividad, con una entidad tal que, cualquiera que la conociera, así lo estimaría [entre otras, las Sentencias de 2 de febrero de 1955 (192), 30 de octubre de 1955 (193), 17 de enero de 1959 (194), 9 de junio de 1959 (195), 16 de febrero de 1963 (196)].

- 
- (186) *JC*, vol. 126, 1964, núm. 190, págs. 795 y sigs.
  - (187) *JC*, vol. LII, 1955, núm. 135, págs. 1600 y sigs.
  - (188) *JC*, vol. LXIV, 1958, núm. 85, págs. 930 y sigs.
  - (189) *JC*, vol. LXVIII, 1958, núm. 91, págs. 1098 y sigs.
  - (190) *RAJ*, vol. XXXVI, 1969, núm. 3.570.
  - (191) *RAJ*, vol. LIX, 1993, núm. 3 724.
  - (192) *JC*, vol. XLIX, 1955, núm. 46, págs. 398 y sigs.
  - (193) *JC*, vol. LII, 1955, núm. 135, págs. 1600 y sigs.
  - (194) *JC*, vol. LXIX, 1959, núm. 10, págs. 130 y sigs.
  - (195) *JC*, vol. LXXI, 1959, núm. 103, págs. 1371 y sigs.
  - (196) *RAJ*, vol. XXX, 1963, núm. 1.077.

En cualquier caso, la jurisprudencia parece haber intuido la necesidad de fijar un criterio en orden a la resolución del contrato por esta causa, con independencia del significado que se diera al término notorio, como puede deducirse de las consideraciones de algunas sentencias, además de la ya citada (y a mi juicio, muy importante) de 28 de febrero de 1964. Así, la Sentencia de 5 de mayo de 1949 (197), en un supuesto de resolución del contrato por ruidos molestos, declara que basta con que los ruidos resulten desagradables para cualquiera que haya de habitar en la finca, aunque sea soportable y posible la permanencia en ella, con lo que no parece exigir el extremo de que la incomodidad o molestia sea insufrible o intolerable, hasta el punto de tener que abandonar la vivienda o local (en el mismo sentido, la Sentencia de 6 de abril de 1957) (198); la Sentencia de 29 de octubre de 1965 (199) habla de que se cause una positiva molestia a lo que exige un «vivir aceptable» en el inmueble en que se produce; y la de 30 de abril de 1966 (200) señala que el espíritu de esta causa resolutoria (en referencia al antiguo art. 114, causa 8.<sup>a</sup>) es el de mantener a los demás ocupantes del mismo edificio en el uso normal y pacífico de sus respectivos locales o viviendas, sin interferencias gravemente perturbadoras de la convivencia. Esta jurisprudencia puede ser de utilidad en la interpretación de la vigente LAU, cuyo artículo 27.2.e), como ya se ha señalado, no contiene ninguna exigencia de que las actividades molestas, insalubres, etc., lo sean tal de modo notorio. No obstante, la vaguedad de las formulaciones jurisprudenciales obliga a concretar, en la medida de lo posible, algo más el criterio que pueda servir de base para la operatividad de esta causa resolutoria.

A lo largo del tiempo se han formulado diversos criterios y teorías para resolver los conflictos de vecindad genéricamente considerados, así como, dentro de éstos, la específica problemática de las inmisiones. Así, el principio de la prohibición de los actos de emulación, el principio general de la prohibición del abuso del derecho, la fórmula francesa de las perturbaciones que exceden de los inconvenientes normales de la vecindad, la teoría de la necesidad social, el criterio del arbitrio judicial, la teoría de la pre-ocupación o de la prioridad del uso, y las teorías del uso normal y de la normal tolerancia. Ninguna de estas teorías se formula específicamente para el ámbito de los arrendamientos urbanos —o en materia de propiedad horizontal—, sino que se construyen, como ya he señalado, con el fin de resolver los conflictos de vecindad o el problema de las inmisiones. No obstante, dada la necesidad de encontrar un criterio también en esta materia —que al fin y al cabo, viene a

---

(197) *JC*, vol. XXVI, 1949, núm. 64, págs. 791 y sigs.

(198) *JC*, vol. LX, 1957, núm. 119, págs. 1402 y sigs.

(199) *RAJ*, vol. XXXII, 1965, núm. 4 699.

(200) *RAJ*, vol. XXXIII, 1966, núm. 3.402.

ser un problema de relaciones de vecindad y de inmisiones—, considero que pueden aplicarse aquí aquellas teorías que parecen más idóneas para la solución del problema (201). Y en este sentido merecen destacarse las teorías del uso normal y de la normal tolerancia, criterios que se formulan en el específico campo de las inmisiones, pero que pueden extrapolarse a la causa de resolución del arrendamiento urbano que nos ocupa, partiendo de la base de que los efectos de las actividades molestas, insalubres y nocivas son claros supuestos de inmisión (ruidos y vibraciones, humos, vapores, olores, polvo, emanaciones insalubres o nocivas, etc.), y que en el caso de las actividades peligrosas, aunque sus efectos no son susceptibles de catalogarse como inmisión en sentido estricto, sí representan un problema de relaciones de vecindad al que, sin forzar los argumentos, también pueden ser de aplicación las teorías mencionadas.

En la determinación del nivel de tolerancia de la inmisión (léase, en general, del efecto de la actividad molesta, insalubre, nociva o peligrosa), la teoría del uso normal toma en consideración la emisión y al emiteante, esto es, se fija en el lugar de origen y en el sujeto activo de la inmisión, para considerar tolerables aquellas inmisiones que derivan de un uso normal de la propiedad causante del perjuicio, atendiendo, pues, al uso que el emiteante hace de su propiedad, que debe tolerarse si es normal, independientemente de sus consecuencias. Evidentemente, esta afirmación necesita concretarse, tomando un punto de referencia respecto al cual un determinado uso de la propiedad pueda ser calificado como normal o anormal; en este sentido, la teoría del uso normal es susceptible de una valoración absoluta o relativa, de las cuales, considero que debe seguirse esta segunda. La valoración del uso normal es absoluta si se atiende únicamente al uso del fundo conforme a su destino, de manera que se analiza la actuación del emiteante de forma aislada, tomando en consideración sólo la naturaleza o tipo de actividad del concreto causante de las inmisiones: así, si se trata de un uso industrial, por ejemplo, se consideraría tolerable lo que es normal en el ejercicio de una industria. La valoración del uso normal es relativa si se atiende al uso de la propiedad (o de la vivienda o local arrendado, en el caso que nos ocupa) en relación a las condiciones del lugar, de manera que el uso se considera normal si son habituales en la zona donde se ubica el causante del perjuicio aprovechamientos de esa naturaleza; la normalidad ya no se predica entonces de la actividad en sí misma, sino de la actividad o conjunto de actividades que caracterizan los usos habituales o normales en un determinado lugar. Desde luego, con esto el problema sólo se resuelve en parte, ya que en la realidad fáctica no pueden acotarse las zonas en sectores aislados, sin influencia uno sobre otro (lo que

---

(201) Una amplia exposición —así como sus críticas— de todas estas teorías puede verse en ALGARRA PRATS, E., *Op. cit.*, especialmente, págs. 327 y sigs.

se produce especialmente en el ámbito de los arrendamientos urbanos), e incluso en ocasiones, en una misma zona son normales distintos destinos, por lo que, dentro de la teoría del uso normal en su valoración relativa hay que dar un paso más y concretar la idea de condiciones del lugar o adecuación de la actividad al uso local. En la determinación de la tolerancia de las inmisiones, la teoría de la normal tolerancia toma en consideración la inmisión misma y el sujeto que la padece, en el sentido de los efectos que la inmisión le produce, esto es, se fija en el punto de llegada y en el sujeto pasivo de la inmisión, para considerar tolerables aquellas inmisiones que así deban calificarse atendiendo a un grado medio de receptividad o sensibilidad hacia las mismas. En consecuencia, esta teoría no tiene en cuenta la particular tolerancia del concreto sujeto perjudicado, en función de sus particulares condiciones, sino el grado de tolerancia de un individuo medio normal. Evidentemente, esta es una formulación abstracta y genérica en la que resulta difícil establecer una medida. De otra parte, en la fijación del grado de tolerancia de un individuo medio normal, no puede hacerse abstracción de ciertas circunstancias en las que los sujetos se desenvuelven, pues éstas ejercen una notable influencia en la determinación de las condiciones y características de un individuo medio; no se puede establecer una medida universal de tolerancia válida para todos los hombres y en todos los lugares, ya que dicha tolerancia normal dependerá en muy buena medida de los factores ambientales que rodean a la persona (por ejemplo, el nivel de tolerancia frente al ruido no es el mismo en una persona que vive en un medio rural que en otra que habita en un medio urbano). Por esta razón, en la determinación de la normal tolerancia, debe introducirse el correctivo de las condiciones del lugar, en el sentido de que éstas se tengan en cuenta en la concreción de aquélla: un ruido que puede considerarse tolerable en la ciudad puede ser intolerable en el campo; el nivel de humos que determina la normal tolerancia en una zona industrial en ningún caso será el mismo en una zona residencial, etc.

Los criterios del uso normal y de la normal tolerancia parten de presupuestos diferentes y pueden conducir a resultados distintos, aunque ambos coinciden en tomar como referente las condiciones del lugar en la determinación de su contenido. Como hemos visto, la teoría del uso normal atiende a la actividad productora de las inmisiones y la de la normal tolerancia se fija en el perjuicio que la inmisión causa al sujeto que la sufre; en base a este diferente planteamiento, si se sigue la teoría del uso normal, puede ocurrir que una actividad normal produzca inmisiones intolerables, pero que deberían soportarse atendiendo a la normalidad en su origen, y que un uso completamente anormal y extraordinario tenga como consecuencia inmisiones tolerables que, sin embargo, podrían prohibirse en base a la anormalidad de la actividad que las genera. Si se sigue la teoría de la normal tolerancia, puede ocurrir que se prohíban actividades absolutamente normales porque generen

inmisiones que se califican de intolerables, y que se permitan actividades anormales, siempre que no produzcan inmisiones intolerables. Lo habitual es que ambos criterios coincidan y que de un uso normal se deriven inmisiones que no superen la normal tolerancia, y viceversa, que las inmisiones producidas por un uso anormal devengan por lo general, intolerables; sin embargo, en base a su diferente punto de partida, la opción por uno u otro criterio obligaría en última instancia a elegir el que de ellos ha de ser determinante como principio rector en la solución del conflicto. En mi opinión, ambas teorías pueden concurrir en la determinación de la tolerancia, integrándose como criterios complementarios para una mejor protección de personas y bienes, porque si se adopta sólo el criterio del uso normal, se estaría primando la importancia de los usos propietarios (o del ejercicio de actividades por el arrendatario, como en el tema que nos ocupa), con una menor atención a sus consecuencias molestas, insalubres o nocivas o a los efectos peligrosos de una actividad, y si se sigue únicamente el criterio de la normal tolerancia, difícilmente se podría aplicar la fórmula de la sensibilidad de un individuo medio normal en aquellos supuestos en que la inmisión o los efectos de la actividad sólo producen un daño material a los bienes (pensemos, por ejemplo, en las actividades nocivas o en determinados supuestos de actividades peligrosas). En el primer caso, la protección al perjudicado dependería directamente de la actuación del emiteinte; en el segundo, la normal tolerancia en el supuesto de daños a las cosas, tendría que determinarse por la resistencia al daño de una propiedad media normal, cosa bastante difícil. La relatividad de ambos criterios y la necesidad de atender a todas las circunstancias en juego en la atemperación del conflicto justifican el recurso a ambos criterios, lo que ofrece, además, una mayor garantía de solucionar el problema de la manera más acertada posible. Hay que tener presentes las circunstancias propias del emiteinte o sujeto que realiza la actividad, como sujeto causante, y las consecuencias de las inmisiones o los efectos de la actividad sobre las personas, los bienes o ambos, teniendo en cuenta, en los dos casos, las condiciones de la zona. Si un uso es normal en relación a lo habitual en el lugar, existe ya un primer criterio para que los efectos que se derivan de tal actividad sean, en principio, soportados; pero tal criterio no es suficiente; hay que acudir a un segundo criterio que atienda a los efectos de las inmisiones o de la actividad, o en este caso, debe distinguirse, según esos efectos sean perjudiciales a las cosas o incidan en las personas. Tratándose de daños a las cosas, el grado de tolerancia vendrá a su vez determinado por la normalidad de uso del propio inmueble afectado, atendiendo también a las condiciones de la zona; si ambas actividades son normales, porque son habituales en la zona los distintos usos a los que ambas responden, el grado de tolerancia deberá encontrar su límite cuando las inmisiones o los efectos de la actividad sean de tal entidad que impliquen un daño —o la posibilidad de que se produzca— que conlleve el

total sacrificio del bien afectado. Tratándose de daños o molestias a las personas, el criterio ha de venir dado por la normal tolerancia, es decir, por la sensibilidad de un hombre medio normal frente a los efectos de la actividad en cuestión, teniendo en cuenta las características del lugar, de manera que aunque la actividad responda a un uso normal, no se permitirán efectos molestos o dañosos a las personas que superen la normal tolerancia.

Como puede apreciarse, en la aplicación de estas teorías es necesario todavía una mayor concreción de las mismas para su proyección práctica, pues en ambos casos se parte de conceptos relativos y abstractos y es necesario perfilar los caracteres que permitan considerar una actividad como adecuada al uso normal o los efectos de una actividad dentro de los márgenes de la normal tolerancia, aunque por supuesto sin perder de vista que, en última instancia, hay que atender siempre a las circunstancias del caso concreto. Las consideraciones hechas por la doctrina y jurisprudencia, sobre todo extranjeras, a este respecto no pueden exponerse aquí ampliamente (202) y tampoco son extrapolables completamente a la solución del problema que nos ocupa, pues muchas de ellas han sido formuladas pensando en un marco distinto al de los arrendamientos urbanos. Resaltando aquí las que más incidencia pueden tener en nuestra materia, cabe decir que en la determinación de la adecuación al uso local, hay que conceder importancia también a las proporciones en que se realiza la actividad, en el sentido de que aunque sea consecuencia de un uso normal, conforme a las condiciones de la zona, la actividad no se realice en unas proporciones o con una intensidad tales que los efectos resultantes sean superiores a los que normalmente producen otras actividades similares, exigiendo, pues, que sea adecuada al uso local no sólo la actividad, sino también la organización de la misma en cuanto a sus efectos. En segundo lugar, hay que tener en cuenta que en la determinación de lo que sea un uso normal, no debe admitirse el principio de la pre-ocupación o prioridad, ya que el hecho de que una actividad se haya comenzado a realizar antes, no la convierte necesariamente en normal frente a otras que puedan tener lugar posteriormente. Finalmente, hay que señalar que la obtención de licencia y el cumplimiento de las prescripciones administrativas no significan, en ningún caso, que la actividad obedezca a un uso normal por esta única circunstancia; igualmente, en la determinación de la normal tolerancia, habrá que valorar atendiendo a las concretas circunstancias del caso, sin que deba considerarse tolerable el efecto de una actividad por el mero hecho de no superar los valores máximos de emisión fijados por las normas administrativas (humos, ruidos, etc.), pues los tribunales civiles no están obligados a ceñirse a esas disposiciones en sus decisiones sobre materias arrendaticias urbanas, como anteriormente ya hemos tenido ocasión de comprobar; por

---

(202) Sobre el tema, ALGARRA PRATS, E., *Op cit.*, especialmente, págs. 395 y sigs.

consiguiente, puede considerarse como intolerable el efecto de una actividad, aunque esté dentro de los límites fijados por la Administración, sin perjuicio de que el cumplimiento o incumplimiento de dichos límites puedan representar indicios importantes —que no vinculantes— en la valoración del caso concreto.

## B) LEGITIMACIÓN PARA INSTAR LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

En orden a la legitimación activa para ejercitar la acción de resolución existe también un importante cambio en ambos textos. El artículo 114, causa 8.<sup>a</sup> disponía que la acción para resolver el contrato de arrendamiento puede ejercitarse por el arrendador a su iniciativa o a la de cualquiera de los inquilinos o arrendatarios, de manera que el círculo de los legitimados abarca no sólo al propietario arrendador, como es lógico, sino también a los demás inquilinos o arrendatarios de la finca. Tratándose de una solicitud aislada de uno o algunos de los inquilinos o arrendatarios, el propietario-arrendador no está obligado a ejercitar la acción de resolución del contrato («podrá», dice el texto del precepto) contra el inquilino o arrendatario que realiza las actividades en cuestión; sin embargo, la antigua Ley de Arrendamientos Urbanos señalaba que el arrendador deberá obligatoriamente ejercitar la acción cuando lo soliciten la mayoría de inquilinos o arrendatarios que vivan en la finca. En tal caso, si la acción se desestima y el arrendador es condenado en costas, tiene derecho a repetir contra aquellos inquilinos o arrendatarios que le hubiesen requerido para el ejercicio de dicha acción. Conforme, pues, a la antigua regulación de los arrendamientos urbanos, estaban legitimados para instar la resolución del contrato de arrendamiento por el ejercicio de actividades peligrosas, incómodas, insalubres o inmorales, el arrendador y la mayoría de inquilinos o arrendatarios que habiten en la finca. Parece que la antigua Ley de Arrendamientos Urbanos estaba pensando en estos casos en una situación en la que hay un único propietario de toda la finca, donde los distintos pisos y locales de la misma están todos arrendados a distintas personas —pero vinculadas todas con el mismo arrendador—, a las que se permite instar la resolución de un contrato en el que no son parte, en aras del mantenimiento de la mejor convivencia posible entre ellos y con el fin de no tener que tolerar actividades generadoras de inmisiones o perturbadoras de las relaciones vecinales —que no se dan exclusivamente entre propietarios—, actuando como una especie de «comunidad de vecinos». Esta situación de propietario único de una finca totalmente arrendada ha sido bastante frecuente y habitual hasta fechas relativamente recientes, lo que justifica las previsiones de la antigua Ley de Arrendamientos Urbanos para proteger a los distintos convecinos arrendatarios. Sin embargo, lo más frecuente en la actua-

lidad es una situación en la que el arrendatario lo es de un piso o local en un edificio en régimen de propiedad horizontal, donde puede haber, además, otros arrendatarios de otros arrendadores-propietarios, conviviendo con los demás propietarios u ocupantes del inmueble, por lo que normalmente serán las juntas de propietarios las que ejerciten las acciones al amparo del artículo 19 LPH (203), sin perjuicio de que el arrendador pueda, igualmente, al amparo de la LAU, resolver el contrato por las causas previstas. De hecho, es significativo que haya aumentado considerablemente en los últimos años el número de supuestos que llegan a los tribunales y se resuelven aplicando la LPH, siendo las juntas de propietarios las que ejercitan la acción de resolución del contrato de arrendamiento urbano por el ejercicio de actividades molestas, insalubres, etc., cuando requerido el propietario-arrendador al efecto, no lo hace, al amparo de lo dispuesto en los artículos 7 y 19 LPH. El artículo 19 LPH, cuando se infringen las prohibiciones establecidas en el párrafo 3.º del artículo 7 (realización de actividades no permitidas en los estatutos, incómodas, insalubres, etc.), en su párrafo 2.º concede a la junta de propietarios una acción contra el ocupante no propietario para obtener del juez el lanzamiento o resolución del contrato, en su caso, acción que la junta sólo podrá ejercitar cuando el titular no lo hiciera en el plazo prudencial que se le hubiera señalado en requerimiento fehaciente; explicado brevemente, el procedimiento sería el siguiente: cuando es un ocupante no propietario (en este caso, un arrendatario) el que realiza las actividades que prohíbe el artículo 7, párrafo 3.º LPH, desatendido por su parte el apercibimiento para que cese en las mismas, la junta deberá requerir fehacientemente al titular propietario para que ejercite contra el ocupante la correspondiente acción de resolución del contrato en el plazo prudencial que se le haya señalado al efecto. El requerimiento al que se refiere la norma en este caso es sólo al titular propietario, no al ocupante, por lo que la junta no tiene que dirigirse a este último. La LPH no fija un plazo determinado para que el propietario-arrendador resuelva el contrato, sino que se limita a señalar que el plazo sea prudencial. Si transcurre el plazo que se le ha señalado sin que el propietario haya entablado ninguna acción, entonces, la junta tiene acción directa para obtener judicialmente la resolución del contrato del arrendatario del piso o local, esto es, la junta se subroga en el lugar del propietario, con los mismos derechos y obligaciones (204). No es necesario demandar al propietario arren-

---

(203) En este sentido se manifiesta FERNÁNDEZ HIERRO, *Op cit.*, pág. 137, quien estima que es posible que la supresión legal de la legitimación de la mayoría de los inquilinos o arrendatarios que vivan en la finca obedezca, precisamente, a la existencia del artículo 19 LPH.

(204) En este sentido, las Sentencias de nuestro Tribunal Supremo de 14 de junio de 1968 (*RAJ*, vol. XXXV, 1968, núm. 3.798); 13 de junio de 1972 (*JC*, 1972, núm. 347, págs. 283 y sigs.), 29 de septiembre de 1973 (*JC*, 1973, núm. 397, págs. 67 y sigs.); 24

dador junto al infractor arrendatario, puesto que el propietario ya fue en su momento requerido para que efectuase las oportunas acciones que le competen y además, si la junta actúa en sustitución del propietario arrendador, ante la negativa de éste a ejercitar la acción que le compete, es evidente que el titular de la acción no tiene que ser llamado al proceso, aunque su resultado le afectará del mismo modo que si él personalmente hubiera ejercitado la acción (205).

Volviendo a la Ley de Arrendamientos Urbanos, el nuevo texto elimina toda referencia a la legitimación para actuar bajo la LAU a la mayoría de inquilinos o arrendatarios, reconociendo la posibilidad de resolver de pleno derecho el contrato únicamente al arrendador (206). Por tanto, conforme a la nueva regulación arrendaticia, si el arrendador no resuelve el contrato por el ejercicio de actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas [art. 27.2.e) LAU], habrá que acudir, en su caso, a la aplicación del artículo 19 LPH, siguiendo el procedimiento anteriormente descrito.

#### C) PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESOLUCIÓN

La acción de resolución del contrato de arrendamiento prescribe a los quince años, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.964 del Código Civil, como acción personal que no tiene señalado término especial de prescripción, plazo que habrá de contarse desde el día en que pudo ejercitarse (art. 1.969 del Código Civil). Esto es así porque la vigente LAU se remite al régimen general de prescripción del Código Civil en todos aquellos derechos, obligaciones y acciones que resulten de los contratos de arrendamiento, cuando no exista plazo específico de prescripción (DA 10.<sup>a</sup> LAU).

#### D) EXCEPCIONES A LA RESOLUCIÓN

El artículo 114, causa 8.<sup>a</sup> de la antigua Ley de Arrendamientos Urbanos contemplaba una serie de excepciones a la resolución del contrato por causa

---

de enero de 1975 (*JC*, 1975, núm. 19, págs. 209 y sigs.); 12 de marzo de 1981 (*JC*, 1981, núm. 110, págs. 158 y sigs.); 18 de julio de 1991 (*JC*, 1991, núm. 576, págs. 316 y sigs.), y 16 de julio de 1993 (*RAJ*, 1993, núm. 6.155).

(205) Respecto a esta última consideración, pueden verse las Sentencias de 18 de julio de 1991 (*JC*, 1991, núm. 576, págs. 316 y sigs.) y 16 de julio de 1993 (*RAJ*, 1993, núm. 6.155).

(206) Hubo una enmienda (Grupo Parlamentario Catalán) en la que se proponía que la resolución del contrato por esta causa pudiera ejercitarse «por el arrendador a su iniciativa o a la de cualquiera de los arrendatarios o copropietarios», enmienda que fue rechazada.

de notoria incomodidad, atendiendo a la cualidad de los arrendatarios y a los fines públicos o sociales de su actividad. Así, no procedía la resolución por la indicada causa cuando los locales estuvieran arrendados con destino a oficinas o servicios del Estado, Provincia, Municipio, Iglesia católica o Corporaciones de Derecho público; cuando se destinasen a colegios o escuelas públicas o particulares (con la puntualización de que estas últimas estuvieran constituidas y desarrollaran su labor ajustándose a las disposiciones vigentes); y cuando los locales se dedicasen a consultorios públicos, casas de socorro e instituciones piadosas o benéficas de cualquier clase que fuesen. La nueva regulación de los arrendamientos urbanos, sin embargo, excluye esta excepción y cualquier otra, de manera que sea quien fuere el sujeto arrendatario y la cualidad o entidad de su actividad, el ejercicio de actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas dará lugar, en todo caso, a la resolución del contrato por parte del arrendador. Nuestra doctrina se ha mostrado favorable a esta supresión (207), apuntando CLEMENTE MEORO (208) que las razones que justifican la supresión de esta excepción son, de un lado, la inconstitucionalidad de estas exclusiones por vulnerar el principio de igualdad, y de otro —lo que para el autor parece ser la razón más palmaria—, el hecho de que el artículo 27 LAU regula la resolución del contrato de arrendamiento de vivienda. En mi opinión, me inclino por creer que la razón más profunda que justifica la supresión de esta exclusión es, en efecto, la inconstitucionalidad, pues la nueva LAU también prevé la resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio (art. 35), donde podría haber incluido, si así hubiese sido el deseo del legislador, dichas excepciones.

Ahora bien, aunque no existe ahora ninguna expresa excepción a la resolución prevista en la norma por el ejercicio de actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas, sí hay supuestos que juegan como tales excepciones a la resolución del contrato por esta causa, del mismo modo que ocurría conforme a la anterior regulación de los arrendamientos urbanos. Por consiguiente, no procederá la resolución del contrato, lo sea de vivienda o de local de negocio, en los siguientes supuestos:

1. En primer lugar, cuando el arrendador conozca el destino de la vivienda o local y la realización de tales actividades, bien porque sea ese el uso pactado en el contrato, bien porque produciéndose con posterioridad a la celebración del mismo, el arrendador las consienta. En este sentido, tiene declarado el Tribunal Supremo que habiéndose ajustado las actividades desarrolladas en el local a las del destino pactado en el contrato de arrendamiento, la aceptación del arrendador lo inhabilita para convertir su propio consen-

---

(207) FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., *Op. cit.*, pág. 137, CLEMENTE MEORO, M., *Op. cit.*, pág. 264.

(208) *Op. loc cit*

timiento en base de la demanda, porque si el arrendador conoce y autoriza la actividad, o acepta su ejercicio implícita o tácitamente, atendiendo al contrato, no procede después invocar esta causa resolutoria [así, las Sentencias de 8 de marzo de 1958 (209), 5 de octubre de 1960 (210), 21 de diciembre de 1960 (211), 28 de febrero de 1961 (212), 16 de febrero de 1962 (213), 17 de mayo de 1962 (214), 29 de septiembre de 1962 (215), 5 de octubre de 1968 (216), 5 de octubre de 1970 (217) y 29 de enero de 1971 (218)], ya que nadie puede invocar como causa de resolución de un contrato los actos propios que lo han determinado y a cuyo cumplimiento lo vinculan, pues lo contrario equivaldría a admitir el arrepentimiento en los contratos, que siempre se ha rechazado y que sería un medio de burlar su eficacia y permitir la inseguridad jurídica por el desistimiento unilateral de las obligaciones; y, además, no se puede aducir que el consentimiento prestado por el arrendador no sea válido porque el comerciante titular arrendatario no esté autorizado para el ejercicio de la actividad, porque ello representaría una falta administrativa sancionable en ese orden, pero que no afecta a la validez del consentimiento otorgado por el arrendador (Sentencia de 17 de marzo de 1961) (219). Cuestión distinta es que el arrendador conozca la actividad y ese sea el destino pactado en el contrato, pero que a su vez, en éste exista alguna estipulación para evitar o aminorar los efectos perturbadores de dicha actividad, que el arrendatario incumple, en cuyo caso, sí puede el arrendador invocar esta causa resolutoria, porque ha habido un incumplimiento por parte del arrendatario de una condición contractual pactada [tal es el caso del que se ocupa la Sentencia de 4 de marzo de 1960 (220), que sienta las conclu-

(209) *JC*, vol. LXV, 1958, núm. 13, págs. 119 y sigs.

(210) *JC*, vol. XCII, 1960, núm. 545, págs. 41 y sigs.

(211) *RAJ*, vol. XXVIII, 1961, núm. 91.

(212) *RAJ*, vol. XXVIII, 1961, núm. 914

(213) *RAJ*, vol. XXIX, 1962, núm. 700.

(214) *JC*, vol. 109, 1962, núm. 456, págs. 402 y sigs.

(215) *JC*, vol. 111, 1962, núm. 659, págs. 271 y sigs.

(216) *RAJ*, vol. XXXV, 1968, núm. 4164.

(217) *RAJ*, vol. XXXVII, núm. 4.045.

(218) *JC*, 1971, núm. 30, págs. 216 y sigs.

(219) *JC*, vol. 97, 1961, núm. 207, págs. 459 y sigs.

(220) *RAJ*, vol. XXVII, 1960, núm. 949. En el caso de autos, el local de negocio fue arrendado para la instalación de un despacho de pasta frita, por tanto, el arrendador conocía la actividad y ese fue el destino pactado, sin embargo, el arrendador arrendó el local con la estipulación expresa de que el arrendatario tenía que construir a su costa una chimenea con capacidad suficiente para eliminar los humos causados por el negocio, de manera que no causarían incomodidad o molestia, cosa que el arrendatario no hizo, incumpliendo con ello una condición pactada, que posibilita al arrendador instar la acción de resolución del contrato, aunque la actividad se ajustase al destino pactado, porque lo que también se pactó y se ha incumplido por el arrendatario es que los efectos de la industria no produjeran incomodidad o molestia con la construcción de una adecuada chimenea para dar salida a los humos.

siones apuntadas). En relación con la doctrina jurisprudencial que excluye la resolución del contrato de arrendamiento cuando el arrendador conozca o autorice la actividad o sea ese el destino pactado, señala ALBACAR LÓPEZ (221), que no parece comprensible, a primera vista, que el consentimiento del arrendador pueda servir para exculpar una actividad cuyos efectos perturbadores sean evidentes, sobre todo, si no le afecta a él personalmente; para entender este criterio del Tribunal Supremo —apunta el autor—, hay que partir de la base de que «no se trata aquí del ejercicio de una acción de indemnización de los daños y perjuicios causados a terceros por dichas actividades, acción esta siempre posible y cuya compatibilidad con la de resolución no ofrece duda, ni, incluso tampoco de una prestación encaminada al cese de tales actividades que, por orden judicial o administrativa pueden ejercitar los interesados, sino de una acción resolutoria del arrendamiento que, obviamente, compete solamente al arrendador»; y —continúa señalando el autor—, «si, lógicamente, la acción resolutoria solamente incumbe al arrendador, a quien además favorece, al liberarle la vivienda o local arrendado de un contrato no deseado, es también lógico concluir que cuando éste haya consentido el ejercicio de tales actividades no puede luego basarse en ellas para pretender la resolución contractual».

Sin embargo, la doctrina jurisprudencial expuesta no ha sido seguida por algunas sentencias del propio Tribunal Supremo, que en los casos resueltos se han inclinado por la resolución del contrato por actividades molestas, insalubres, peligrosas, etc., aun cuando el arrendador conociera o hubiera autorizado tales actividades; en este sentido, la Sentencia de 22 de noviembre de 1960 (222) considera que la razón de la resolución radica en el estado o situación de hecho proveniente del uso de la cosa, siendo indiferente el destino pactado en el contrato, y en parecido sentido se pronuncia la Sentencia de 18 de enero de 1961 (223); el argumento que esgrimen estas sentencias aparece claramente reflejado en la de 22 de mayo de 1993 (224): la sentencia considera que en la resolución del contrato por este tipo de actividades (en el caso concreto, se trataba de actividades inmorales), hay que partir de la base de que el arrendador no haya consentido tales conductas; ahora bien —puntualiza—, «esta exigencia ha de mitigarse, toda vez que el fin y filosofía del precepto arrendaticio analizado, presenta un claro matiz social, ya que los intereses de los propietarios, que no cabe marginar, se integran en los de la comunidad vecinal que es la realmente destinataria de la proyección negativa y de las secuelas difíciles de soportar que generan estas actividades, sobre

---

(221) *Op cit*, págs 1677-1678.

(222) *RAJ*, vol XXVII, 1960, núm. 3.755.

(223) *RAJ*, vol. XXVIII, 1961, núm 103.

(224) *RAJ*, vol LIX, 1993, núm 3.724.

todo las de prostitución, que es la denunciada en la litis», añadiendo la sentencia que «puede suceder que el arrendador no viva en el edificio y resulte así lejano y no sujeto pasivo directo».

2. En segundo lugar, cuando la causa de la molestia, insalubridad, peligrosidad, etc., sea debida a una conducta del arrendador, que no realiza las obras a las que está obligado, porque aunque la actividad del arrendatario sea molesta, insalubre o peligrosa para los demás vecinos del inmueble, si esos efectos se deben a la conducta del propietario arrendador, que no realiza las obras necesarias para evitarlos, no se puede resolver el contrato en contra del arrendatario, porque el decretarlo así sería tanto como reconocer que la parte que ha incumplido sus obligaciones puede interesar la resolución de un contrato contra aquélla que no los ha infringido (Sentencia de 22 de octubre de 1951) (225). Considero que en este caso —al igual que en el anterior—, nada impide que los perjudicados por los efectos de las actividades ejerciten una acción de indemnización por daños y perjuicios o de solicitud de medidas que eviten o aminoren los efectos perturbadores de la actividad, pues la excepción a la resolución del contrato se impone al arrendador por no cumplir con sus obligaciones, pero ello no ha de significar que terceras personas afectadas no puedan ejercitar las acciones pertinentes para la defensa de sus derechos.

3. Y, finalmente, tampoco procederá la resolución del contrato cuando la causa de la molestia, insalubridad, etc., sea debida a una conducta de un tercero.

ESTHER ALGARRA PRATS  
Prof. Ayudante de Derecho Civil  
Universidad de Alicante



# Análisis de la disposición transitoria sexta.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, relativa a la disolución de pleno derecho

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION.—II. CUESTIONES DOCTRINALES.—III. JURISPRUDENCIA REGISTRAL: A) RESOLUCIÓN DE 13 DE MAYO DE 1992. B) RESOLUCIÓN DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1995. C) RESOLUCIÓN DE 5 DE MARZO DE 1996: 1.º *Finalidad de la disposición transitoria sexta.* 2.º *Interpretación de la misma.* 2.º *Criterio de la DGRN en cuanto al alcance de la cancelación de oficio de los asientos registrales.* 3.º *Alcance de la exigencia, en cuanto a la presentación en el Registro de la escritura relativa al aumento de capital.*—IV. COMENTARIO CRÍTICO DE LA RESOLUCION DE 5 DE MARZO DE 1996: A) LA INTERPRETACIÓN. B) LA RESOLUCIÓN DE PLENO DERECHO. SU SIGNIFICADO. C) SIGNIFICADO DE LA CANCELACIÓN DE ASIENTOS. SU CONEXIÓN CON LA EXTINCIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. LA POSIBLE REACTIVACIÓN. D) ALCANCE DEL SENTIDO DE LA PRESENTACIÓN EN EL REGISTRO DE LA ESCRITURA DE AUMENTO DE CAPITAL, A LOS EFECTOS DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEXTA.2. SIGNIFICADO DEL AUMENTO DE CAPITAL.—V. BREVE REFERENCIA A LA CESIÓN DEL ACTIVO Y DEL PASIVO.—VI. CONCLUSIONES FINALES.

## I. INTRODUCCION

Como bien sabemos, la reforma societaria llevada a cabo en 1989 fue consecuencia de las Directivas comunitarias, requiriendo nuestra legislación una adaptación a las mismas. Desde entonces han pasado más de cinco años y una nueva reforma societaria ha irrumpido con fuerza en las sociedades de responsabilidad limitada; asimismo, no debemos olvidar que pronto verá la luz un nuevo Reglamento del Registro Mercantil que se adapte a esta última reforma societaria y que, por otro lado, corrija los errores que se han detectado durante estos años, y que la práctica aconseja la modificación de un, a veces, muy farragoso y burocratizador Reglamento del Registro Mercantil.

Ante este panorama, el legislador del 89 quiso facilitar los plazos y mecanismos de adaptación de las sociedades anteriores, evitando en todo momento situaciones traumáticas desde el punto de vista jurídico. De ahí que las disposiciones transitorias, tanto en la Ley de 1989 de adaptación como en el Texto Refundido de anónimas de 22 de diciembre de 1989, intentaron encargarse de ese difícil problema. Ya en su momento indicamos (1) que la necesidad de la reforma era acuciante. Existían un gran número de sociedades, especialmente anónimas, que son las que ahora nos interesan, con capitales ridículos que admitían pocas comparaciones con cualquier legislación europea de nuestro entorno; incluso la realidad de las aportaciones, así como la verificación de las mismas, no existía, tanto en las dinerarias como en las no dinerarias. Otro tema fundamental que se planteaba era el del capital social, que antes de la reforma no tenía un tope mínimo legal. Ello determinaba que en la práctica diaria nos encontráramos con sociedades fantasmas, sobre todo por lo exiguo de su capital social. Fue tanta la preocupación del legislador en este punto, que la Ley no entró en vigor hasta el 1 de enero de 1990; pero, en cambio, en lo referente al capital mínimo social, éste entró en vigor inmediatamente. Como bien sabemos, se fijaba el tope mínimo legal para las anónimas en 10.000.000 de pesetas y en 500.000 pesetas para las limitadas.

Como iremos analizando en este trabajo, las disposiciones transitorias fueron fijando y marcando los plazos legales para ir adaptando las sociedades existentes al nuevo marco legal. De todo este conjunto de disposiciones transitorias, en este momento nos interesa analizar la disposición transitoria 6.<sup>a</sup>.2, que establece lo siguiente: «Si antes del 31 de diciembre de 1995 las sociedades anónimas no hubieran presentado en el Registro Mercantil la escritura o escrituras en las que conste el acuerdo de aumentar el capital social hasta el mínimo legal, la suscripción total de las acciones emitidas y el desembolso de una cuarta parte, por lo menos, del valor de cada una de esas acciones, *quedarán disueltas de pleno derecho, cancelando inmediatamente de oficio el Registrador los asientos correspondientes a la sociedad disuelta*. No obstante la cancelación, subsistirá la responsabilidad personal y solidaria de administradores, gerentes, directores generales y liquidadores por las deudas contraídas o que se contraigan en nombre de la sociedad». Como puede apreciarse, el efecto en principio es demoledor. Con independencia de que el legislador haya dejado plazo suficiente para que las sociedades anónimas hubiesen podido transformarse, adaptarse o disolverse, y aunque en este momento no deberíamos rasgarnos las vestiduras por el efecto sancionador impuesto por el legislador, no es menos cierto que el derecho no vive o se reproduce en un

---

(1) GARCÍA MAS, FRANCISCO JAVIER, en. «La nueva regulación de las sociedades mercantiles. Especial referencia a la sociedad anónima». *Boletín del Colegio Notarial de Granada*, núm 115, julio 1990, págs. 1249-1309.

laboratorio jurídico ajeno a la realidad social, sino que, muy al contrario, es consecuencia de esa realidad social. El hecho cierto es que el 31 de diciembre de 1995 existen aún sociedades anónimas que no han aumentado su capital social a la cifra de 10.000.000 de pesetas; según algunas fuentes, son 301.750 sociedades anónimas las que no han cumplido con este requisito. De todo ese conjunto societario, muchas no lo habrán hecho porque ya se encuentran inactivas o no operativas de hecho; otras, por olvido de sus representantes, pero que, en cambio, sí tienen una actividad real y efectiva, con inmuebles, deudas, trabajadores, etc.; es a estas sociedades a las que debemos dar alguna salida jurídica, no creyendo que puedan desaparecer y evaporarse de un plumazo, como traspasando el espejo mágico de Alicia en el país de las maravillas. Esta es la finalidad del presente trabajo utilizando vías de argumentación doctrinales y jurisprudenciales de la Dirección General de los Registros y del Notariado. No obstante, es necesario resaltar que todas las soluciones que se puedan aportar tienen que llegar como punto final a cumplir el mandato del legislador, es decir, a su desaparición en el tráfico jurídico.

## II. CUESTIONES DOCTRINALES

La calificación jurídica que opera a la hora de analizar la disposición transitoria 2.<sup>a</sup> objeto de estudio es que se trata de una disolución de pleno derecho pero que opera automáticamente fuera de la voluntad de los socios y, por supuesto, fuera de las causas de disolución que regula el artículo 260 de la LSA. También, no hay que olvidar que guarda alguna relación con el mecanismo operativo de la disolución por transcurso del término del artículo 261 del mismo cuerpo legal, ya que allí se establece que, transcurrido el término de duración de la sociedad, ésta se disolverá de pleno derecho, a no ser que con anterioridad hubiese sido expresamente prorrogada e inscrita la prórroga en el Registro Mercantil. Las consecuencias de esta disolución de pleno derecho, y más en concreto qué es lo que la sociedad puede hacer en orden a su actividad y a su patrimonio social, determina que algunos autores indiquen que la sociedad se ha extinguido, según se deduce de la ya citada disposición transitoria o que, al menos, se pierda la forma de anónima para convertirse en una sociedad colectiva o civil, de suerte que no serán de aplicación las normas sobre liquidación de la LSA (2). Discrepamos rotundamente de estas posturas por los argumentos que se irán dando en este trabajo.

Así pues, la voluntad del legislador es clara y rotunda, pues, de un lado, se produce la disolución de pleno derecho, y de otro, la cancelación inmediata y

---

(2) RODRIGO URÍA, AURELIO MENÉNDEZ y EMILIO BELTRÁN, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*. Tomo XI, *Disolución y liquidación de la sociedad anónima*. Editorial Cívitas, S.A., 1992

de oficio por el Registrador. Como se ha indicado por algún autor, la doble y simultánea sanción tiene pleno sentido en relación con las sociedades que no operan en el tráfico y, en efecto, se dictó precisamente para expulsar del Registro a sociedades inexistentes; pero produce graves consecuencias en los casos en los que la sociedad continúe operando en el tráfico (3). Estos efectos devastadores, puestos en la disposición transitoria, podrán haberse aminorado y quizá «hubiera sido más correcto no simultanear las dos sanciones, sino separarlas en el tiempo; una vez disuelta la sociedad se abriría la liquidación conforme a las normas de la LSA, y transcurrido un breve tiempo sin que los liquidadores solicitasen la cancelación se procedería a su cancelación de oficio. El resultado sería el mismo, pero los socios no se verían amenazados» (4).

Para algunos autores la disolución de pleno derecho implicaría que se abriera automáticamente el período de liquidación (5); otros autores consideran que se trataría de un supuesto más de disolución sin liquidación (6). En cuanto a las consecuencias de que se aplicaran las normas del Código de Comercio o del Código Civil por convertirse en una sociedad colectiva o civil y en consecuencia considerar que la exclusión del Registro determina una sociedad irregular sobrevenida, puede parecer interesante desde un punto de vista teórico, pero con poca consistencia práctica, que además escapa de la literalidad de la Ley e, incluso, de la intención del legislador; por ello, nos centramos en considerarlo como una auténtica disolución de pleno derecho, con las consecuencias y efectos que veremos en este trabajo (7).

A pesar del carácter taxativo y tajante que enuncia la disposición transitoria 6.ª.2., podemos entender que como disolución de pleno derecho se abre un período de liquidación conforme al artículo 366 de la LSA. El problema radica en establecer los mecanismos para que la sociedad en liquidación sea operativa, sobre todo, en la circunstancia de que la misma posea bienes inmuebles en conexión con el Registro de la Propiedad. Se han apuntado algunas soluciones para conseguir alguna efectividad en la práctica. Así, se ha indicado (8) que en

---

(3) EMILIO BELTRÁN, *La disolución de la sociedad anónima*, Editorial Cívitas, S.A., 1991, pág. 95

(4) EMILIO BELTRÁN, *ob cit.*, pág. 95.

(5) En este sentido, R. GARCÍA VILLAVARDE, en AA.VV., *La fundación*, págs. 111-142, reseñado por EMILIO BELTRÁN en la *ob cit.*, pág. 95, que sigue el mismo criterio.

(6) J. MASSAGUER, «El capital nominal (un estudio del capital en la sociedad anónima como mención estatutaria)», en *RGD*, 550-551, 1990, págs. 5547-5604. Reseñado a su vez por EMILIO BELTRÁN en *ob cit.*, pág. 95.

(7) A favor de la tesis de la regulación como colectiva o como civil, J. M. EMBID, «El capital social: El principio de un capital mínimo», en *El nuevo derecho de las sociedades de capital*, Zaragoza, 1989, págs. 83-95; reseñado por EMILIO BELTRÁN, *ob cit.*, pág. 95. En contra de la tesis de EMBID, R. GARCÍA VILLAVARDE, *ob cit.*, asimismo reseñada por BELTRÁN, *ob. cit.*, pág. 95

(8) AVILA NAVARRO, PEDRO, en *Gazeta de los Notarios*, núm 76, febrero 1996, pág. 14.

primer lugar deberá pedirse al Registro Mercantil una certificación de disolución de la sociedad en la que se determine quiénes fueron los últimos administradores. El siguiente paso sería el nombramiento de liquidadores. Este nombramiento de liquidadores plantea de hecho varios problemas. En primer lugar, quién va a convocar la Junta General para el nombramiento, y todo ello en conexión con la caducidad del cargo de administradores. Y el problema, en nuestra opinión, no es tanto por qué al disolverse la sociedad cesaron en sus cargos, sino más bien por qué estos administradores tendrían sus cargos caducados, tanto si su nombramiento lo fue en su momento por tiempo indefinido como si lo fue por un plazo determinado. En esta materia es importante reseñar la de la sustitución de los administradores por los liquidadores y el momento en que esa sustitución tiene lugar. Sabemos que la Ley ha relacionado y vinculado el cese de los administradores al momento en que la sociedad se declara en liquidación, produciéndose automáticamente la sustitución en teoría en el momento de la disolución. Como acertadamente se ha establecido: «Así sucederá, ciertamente, cuando la disolución y el nombramiento de liquidadores de produzcan de forma simultánea. Pero puede ocurrir que la sociedad no proceda de modo simultáneo al nombramiento de los liquidadores... En este caso se abrirá necesariamente un período transitorio, de interinidad, entre la disolución (apartura de la liquidación) y la entrada en función de los liquidadores como órgano encargado de realizar la operación. Hemos de entender que en este supuesto la sociedad no queda sin órgano de gestión y representación... Hemos de entender, pues, que mientras no sean nombrados los liquidadores, los administradores, a pesar de la disolución conservan tanto sus facultades de gestión o de orden interno (... deberán convocar Junta General para el nombramiento de liquidadores...)» (9). Suscribimos plenamente la anterior opinión doctrinal, que en el caso de la disolución de pleno derecho cobra aún más sentido y razón; lo que ocurre es que en el supuesto que tratamos los cargos de administradores están caducados. En el primer caso, porque la disposición transitoria 4.<sup>a</sup> del RRM establece: «Los nombramientos de cargo por tiempo indefinido realizados al amparo de la legislación anterior y que no estén admitidos por la Ley de Sociedades Anónimas caducarán a los cinco años de la entrada en vigor de este Reglamento...» En cuanto a los de plazo determinado, están caducados con toda seguridad y no han podido renovarse o, mejor dicho, inscribirse esa renovación por falta de adaptación de la cifra capital y, por supuesto, de los Estatutos. Tampoco la Ley de Sociedades Anónimas prevé, como en el caso de la nueva Ley de Sociedades Limitadas, la conversión automática de los administradores en liquidadores. De ahí que el artículo 111 de la LSA haga referencia a la convocatoria judicial previa petición de un 5 por 100 de los socios que

---

(9) RODRIGO URÍA, AURELIO MENÉNDEZ y EMILIO BELTRÁN, en *Comentario ... ob. cit.*, págs. 112-113.

representen ese capital social. En todo caso, siempre queda la solución, que es la mejor si es posible, de una Junta Universal.

Como siguiente paso (10), también se ha indicado que se establecería el acta de la Junta, una vez celebrada ésta, con el nombramiento de los liquidadores, certificando éstos en acta; y en su caso, conforme al artículo 111 del RRM, deberá comunicarse fehacientemente su nombramiento a los antiguos administradores. Se continuará con todas las operaciones de liquidación, así como por las facultades de los liquidadores y de sus funciones, en especial del artículo 272, si bien hay que tener en cuenta que, en cuanto a la enajenación de los bienes sociales, es posible el que no se haga en pública subasta si lo acuerda así la Junta, como tiene reiteradamente determinado la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la propia doctrina; y como indica AVILA NAVARRO, la misma extensión se puede hacer en la adjudicación de los bienes a los propios socios, en ambos casos, una vez satisfechas las deudas. Uno de los problemas será la conexión de estos actos en relación con el Registro de la Propiedad, ya que, en teoría, dice el mismo autor, el nombramiento de liquidadores no se inscribiría en el Registro Mercantil, ya que se han cancelado sus asientos. A pesar de ello, dicho autor preveía que aunque no se inscribiera en el Registro Mercantil, los Registradores de la Propiedad deberán permitir el acceso.

La Resolución de 5 de marzo de 1996 aclara este tema como luego analizaremos, no cerrando el Registro Mercantil en los términos y dentro de los límites que la misma establece.

Según se ha reseñado, el Director general de la DGRN indicó que las sociedades que no tengan ninguna actividad ni ningún bien han conseguido ahorrarse el trámite y el coste de su eliminación en el Registro, pero tienen la pega de la responsabilidad ilimitada de los administradores por las posibles deudas sociales (11).

Ante este panorama, la postura que creo debe presidir cualquier solución es la del sentido común, permitiendo efectivamente el acceso al Registro Mercantil de los nombramientos de los liquidadores a pesar de la cancelación de oficio de los asientos registrales (12). Esto ya se planteó en su momento

---

(10) En este orden, AVILA NAVARRO, PEDRO, en *Gazeta de los Notarios*, núm. 76, febrero 1996, pág. 14

(11) Reseñado en *Gazeta de los Notarios*, núm. 76, febrero 1996, pág. 16, extractado de la prensa.

(12) SÁNCHEZ RUS, HELIODORO indica que: «El verdadero problema que puede suscitar la inscripción de la liquidación es de carácter formal, ya que el Registrador debe calificar por lo que resulta de los asientos del Registro que están cancelados. Tampoco parece un argumento decisivo, al menos a los efectos de la liquidación y el cierre de la hoja, puesto que en nuestro Derecho se admite la posibilidad de llevar a cabo y formalizar ciertas operaciones aun después de la cancelación de los asientos registrales... y la posición del liquidador que otorgará la escritura pública que ha de producir el cierre de la hoja registral no es en realidad muy diferente de la del liquidador que procede a elevar a

en las tertulias jurídicas que tienen lugar en la delegación del Ilustre Colegio Notarial de Granada en Málaga. Para poder llegar a unas mínimas conclusiones sería oportuno analizar cuál ha sido la postura de la DGRN en materia de sociedades, por un lado extinguidas de derecho pero no de hecho, que tienen aún operaciones que realizar pendientes, así como la postura concreta de la Dirección en el tema que nos ocupa de la disolución de pleno derecho; y la reciente Resolución de 5 de marzo de 1996, en donde se fija un criterio por parte de la Dirección que puede abrir luz sobre el tema, todo ello entremezclando con las opiniones doctrinales que se han ido perfilando sobre algunos puntos o materias conexiones con el tema central aquí planteado.

### III. LA JURISPRUDENCIA REGISTRAL

#### A) LA RESOLUCIÓN DE 13 DE MAYO DE 1992

En este estudio de aproximación, hasta llegar al momento central de la discusión objeto del trabajo parece conveniente el analizar algunas resoluciones que han sido paradigmáticas y que marcan un estilo y una concepción doctrinal y jurídica que están relacionadas con los temas planteados.

Como indica el fundamento de derecho primero, lo que se pretende en el recurso es «la inscripción de una escritura de elevación a público de cierto documento privado de compraventa, lo que el Registrador deniega por estimar que al estar extinguida la sociedad vendedora al tiempo de esa formalización son inexistentes los actos jurídicos realizados en su representación; y si se estima que aun otorgada la escritura de liquidación la sociedad subsiste por tener operaciones pendientes, debe rectificarse previamente la apariencia de extinción que produce la cancelación de los asientos respectivos en el Registro Mercantil». En el fundamento de derecho segundo se determina como supuesto de hecho que «la Junta general extraordinaria de la sociedad vendedora que acordó la disolución decidió asimismo aprobar por unanimidad el balance final de liquidación y conferir poder especial a favor del liquidador para que pueda transmitir en escritura pública los elementos registrales que no figuran en el activo de la sociedad por haber sido vendidos a sus respectivos propietarios, pero que aún no han sido escriturados a su favor...»

La Dirección General en esta resolución, y pensamos que con acierto y lógica, intenta solventar un problema que se presenta a diario y que produce

---

público un documento privado de compraventa». En «Aplicación práctica de la disposición transitoria 6.ª.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 13, marzo 1996, pág. 629.

graves quiebras en el principio de la seguridad jurídica frente a terceros. Es un hecho cierto que muchas sociedades desaparecen de la escena del tráfico jurídico dejando pendientes operaciones de contenido patrimonial importante, como, por ejemplo, contrataciones de precios aplazados y la consiguiente cancelación de condiciones resolutorias, elevaciones a público de documentos privados, etc. Y es en este sentido cuando la Dirección General indica en el fundamento de derecho tercero que «la frecuencia con que en el tráfico jurídico se producen actuaciones como la ahora debatida en que por disolución de las entidades constructoras y vendedoras de inmuebles urbanos se dificulta enormemente la formalización pública de los contratos de venta de los pisos y locales respectivos (a menudo consignados en simple documento privado), aconseja la búsqueda de soluciones que, garantizando debidamente el equilibrio entre los intereses concurrentes, armonice con las exigencias de agilidad y certeza del tráfico inmobiliario...»

Pues es en el fundamento de derecho cuarto de la resolución donde se intentan dar los argumentos jurídicos de mayor fuerza para salvar estas situaciones al intentar hacer una serie de distinciones entre los conceptos de disolución, liquidación, cancelación de asiento, extinción de las sociedades. En este sentido, hace referencia a que la sociedad disuelta conserva su personalidad jurídica mientras la liquidación se realice y que, en efecto, la cancelación de la sociedad se produce cuando se ultimen las fases del proceso liquidatorio; a continuación se constata lo que entendemos es la base central del razonamiento, que sirve de base para la solución del recurso al indicar que «pero en rigor, aun después de la cancelación persiste todavía la sociedad como centro residual de imputación en tanto no se agoten totalmente las relaciones jurídicas de que la sociedad es titular. Así resulta de la misma Ley, pues en ella se prevé que procede la cancelación aunque todavía estén pendientes de extinción determinadas obligaciones: obligaciones vendidas si su importe se consigna, como es posible, en forma que no equivalga al pago (cfr. art. 212 RRM); obligaciones no vendidas cuyo pago quede asegurado. Como no hay obligación sin deudor, es claro que en estos casos persiste una cierta personalidad. A ella habrán de referirse las obligaciones antiguas no extinguidas, las obligaciones sobrevenidas... y los bienes y valores sociales preteridos en el balance. No hay, pues, obstáculos para que, consiguientemente, subsistan los encargos que por acuerdo unánime de la Junta General recibió el liquidador si los mismos tienen como finalidad dar cumplimiento a obligaciones residuales...» Es, en definitiva, el carácter de operación residual la pieza clave que utiliza la Dirección para justificar, creemos que acertadamente, esas situaciones provisionales en el tiempo, pero que implican solución de auténticos problemas. Por ello, en el fundamento de derecho quinto se aduce que «no hay ninguna contradicción entre el Registro Mercantil que con la cancelación

registral proclama que están cumplidas las exigencias generales del proceso liquidatorio y la operación que después se realiza en nombre de la sociedad, siempre que esta operación pueda encuadrarse, como es el caso, entre las que tienen naturaleza residual».

Como podemos apreciar en esta Resolución, como en la de 20 de mayo de ese mismo año, hay una nueva puerta a la esperanza en la que la sociedad sigue manteniendo una cierta personalidad a pesar de la cancelación de los asientos registrales; está claro que la Dirección General está argumentando para que el Registrador de la Propiedad pueda practicar los asientos registrales correspondientes a pesar de la cancelación en el Registro Mercantil. No indica nada, en cambio, acerca de si el Registro Mercantil estará o no definitivamente cerrado a practicar futuras operaciones en las situaciones excepcionales o residuales por razones de necesidad. No era ciertamente el objeto del recurso, pero en cambio nos ha parecido conveniente el reseñar esta resolución, ya que en ella se ve una postura flexible y favorable de la Dirección a solucionar situaciones difíciles, y ello podría ser el anticipo de lo que luego se verá en la última resolución que analizaremos, relativa a la disolución de pleno derecho.

Un tema interesante y relacionado con la materia es el significado de la cancelación de los asientos registrales y su conexión con la extinción de la sociedad, todo ello conjugado en los procesos de disolución y liquidación de las sociedades anónimas. Y de ahí, quizá, pudiéramos extrapolar o extraer algún comentario para la sanción que ha impuesto el legislador a aquellas sociedades anónimas que no hallan adecuado su capital social a la cifra mínima de los diez millones de pesetas.

El problema de la determinación del momento de la extinción de la sociedad se plantea no en los supuestos normales, sino en aquellos en que «se encuentran pendientes algunas operaciones sociales, activas o pasivas, lo que puede ocurrir por dos causas: porque las operaciones sociales no pueden extinguirse todavía (al no haber vencido el término)... o porque los socios han procedido al reparto de los bienes antes de haberse extinguido íntegramente las operaciones sociales; esto es, se ha producido un reparto prematuro entre los socios...» (13). Todo ello engarza con el fenómeno final de todo proceso liquidatorio, que es la extinción de la sociedad y la cancelación de los asientos, teniendo en cuenta o no el carácter constitutivo de esa cancelación y su significado, temas que abordaremos al analizar la resolución clave de marzo de 1996.

---

(13) GARDEAZÁBAL DEL RÍO, FRANCISCO JAVIER, «Los conceptos de liquidación y extinción de la sociedad anónima en la realidad», en *Estudios sobre la sociedad anónima*, II; dirigido y presentado por VÍCTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA Editorial Cívitas, Madrid, 1993, págs. 455 y sigs.

## B) RESOLUCIÓN DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1995

El supuesto de hecho se centra, como se resume en el fundamento de derecho primero, en «la posibilidad de que una sociedad anónima disuelta por transcurso del plazo de duración previsto pueda fusionarse con otra que la absorba; y de admitirse así, cuál sea la voluntad requerida para ello. Dos argumentos son la base de la calificación denegatoria: que la sociedad disuelta por tal causa no es susceptible de reactivación, y que el derecho de los accionistas a su cuota de liquidación es indisponible sin su consentimiento individual».

La Dirección intenta analizar el alcance que tiene en nuestra legislación la frase «disolución de pleno derecho», ya que el artículo 261 de la LSA establece que, «transcurrido el término de duración de la sociedad, ésta se disolverá de pleno derecho, a no ser que con anterioridad hubiese sido previamente prorrogada e inscrita la prórroga en el Registro Mercantil».

Es, pues, interesante analizar, aunque sea brevemente, esta resolución en lo relativo al alcance de la expresión ya citada y a la posible reactivación o no de la sociedad anónima. En el fundamento de derecho segundo se plantean las posibles hipótesis a desarrollar, ya que la LSA en el artículo 9.º establece que habrá que indicar el plazo de duración de la sociedad y transcurrido éste se aplicará el artículo 261, que hemos reseñado anteriormente. Por ello, la resolución establece que «ello plantea el interrogante sobre el sentido de la expresión de pleno derecho empleada por el artículo últimamente citado (está haciendo referencia al art. 261 de la LSA). Pudiera interpretarse que esta frase no tiene otro alcance que el de hacer innecesario el expreso acuerdo de disolución para que la sociedad sea reputada en tal estado una vez agotado el plazo inicial, de modo que será viable, como en los demás casos de disolución, el posterior acuerdo de reactivación o la participación en un proceso de fusión... Sin embargo, puede también sostenerse que vencido el plazo inicial no cabe otra salida que el reparto del haber social entre los socios..., quedando excluida la reactivación y la fusión; obsérvese al efecto: *a)* la previsión del artículo 106.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; *b)* el contenido normativo del artículo 223 del Código de Comercio...» Efectivamente, el artículo 106.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada establece que «no podrá acordarse la reactivación en los casos de disolución de pleno derecho». Por su parte, el artículo 223 del Código de Comercio indica que «las compañías mercantiles no se entenderán prorrogadas por la voluntad tácita o presunta de los socios después de que se hubiere cumplido el término por el cual fueron constituidas; y si los socios quieren continuar en compañía celebrarán un nuevo contrato, sujeto a todas las formalidades prescritas para su establecimiento, según se previene en el artículo 119».

A pesar de los argumentos tan aplastantes de carácter jurídico que la Dirección aporta, indica que en el caso de la sociedad anónima no hay una

opinión clara al respecto y establece en su fundamento de derecho segundo que «se hace preciso, pues, en defecto de solución específica inequívoca arbitrar remedios que compaginando los intereses prácticos subyacentes gocen de un fundamento analógico...; y en este sentido el derecho de separación de los socios». Para facilitar el criterio favorable a la fusión en este caso, que la Dirección equipara a una reactivación, continúa indicando la Dirección que, «en este sentido, el derecho de separación de los socios que no hubieren votado a favor del acuerdo resulta especialmente adecuado en cuanto a que: a) se trata del derecho reconocido para hipótesis similares en las que la voluntad social modifica *a posteriori* previsiones iniciales...; b) armoniza el objetivo de conservación de la empresa con el interés de los socios minoritarios...; c) la disolución de la sociedad, si bien no extingue la personalidad jurídica, sí provoca la pérdida definitiva de vigencia de la cláusula estatutaria relativa al objeto social; la sociedad sólo subsiste para su liquidación, de modo que su participación en un proceso de fusión por absorción en el que debe ser absorbida pierde su personalidad jurídica equivale a la sustitución del objeto social...»

Como podemos apreciar, la Dirección da una solución favorable a la fusión a pesar de la disolución por transcurso del término, pero hay que tener en cuenta que esta solución está enmarcada en un supuesto específico ya que la sociedad absorbida que se ha disuelto de pleno derecho dejará de existir y solamente en un breve espacio de tiempo es necesario mantenerla para cumplir con el fenómeno de la fusión; además, la resolución hace especial hincapié en permitir esto, siempre dejando a salvo el derecho de separación de los socios en caso de fusión; pero creemos, y esto puede ser objeto de discusión, que este punto es distinto al de la reactivación pura y dura de una sociedad disuelta de pleno derecho, bien por voluntad de los socios en el plazo de duración, bien por una disposición legal. Más aún: como después intentaremos analizar, en este segundo caso la reactivación es totalmente dudosa; más aún: creemos que es imposible.

Como se ha indicado por la doctrina, «la disolución de la sociedad por transcurso del término de duración se diferencia de las demás circunstancias recogidas en la Ley como causas de disolución en que no necesita para surtir efectos ni de una expresa declaración posterior de los accionistas ni de una declaración judicial (14). En definitiva, en la disolución de pleno derecho, en este caso por transcurso del plazo, la disolución se produce automáticamente sin necesidad de acuerdo de la Junta y entrando inmediatamente en el proceso liquidatorio. De ahí que no exista la publicidad de ese acuerdo de disolución ni su inscripción en el Registro Mercantil, ya que ha operado automáticamente»

---

(14) RODRIGO URÍA, AURELIO MENÉNDEZ, y EMILIO BELTRÁN, en *Disolución...*, ob. cit., pág. 52.

te la causa de disolución (art. 261 de la LSA). Las mismas características se pueden predicar de otro caso de disolución de pleno derecho, y en concreto la producida por la no adaptación de la cifra del capital social, en conexión con la posible reactivación, la cancelación del asiento y extinción, temas que serán tratados a continuación.

### C) LA RESOLUCIÓN DE 5 DE MARZO DE 1996

Esta reciente resolución, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* el 15 de marzo, trata de llenar el tema objeto de trabajo relativo a la disolución de pleno derecho de las sociedades anónimas que no hubiesen adecuado su capital social a la cifra mínima legal de los 10.000.000 de pesetas antes del 31 de diciembre de 1995 o, como más exactamente indica la disposición transitoria 6.ª.2, si no se hubiesen presentado en el Registro Mercantil la escritura o escrituras en las que consten dichos acuerdos. Por la importancia de la misma vamos a intentar trasladar los fundamentos de derecho en cuanto a sus puntos más esenciales, para luego ir analizando los mismos y sus consecuencias apoyándonos en las teorías doctrinales que han ido apuntándose a través del tiempo.

En cuanto al supuesto de hecho, se resume en el fundamento de derecho primero, al indicar que «presentadas en el Registro Mercantil el día 3 de enero de 1996 dos escrituras de ampliación de capital de determinada sociedad anónima... el Registrador deniega la inscripción por estimar que, con arreglo a la disposición transitoria 6.ª.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, esa sociedad está disuelta de pleno derecho y han sido cancelados de oficio los asientos registrales respectivos. Se da la circunstancia de que la segunda de las escrituras referidas en la que se amplía el capital de 5.000.000 a 10.000.000 de pesetas había sido presentada en el Registro Mercantil el 3 de mayo de 1994, suspendiéndose en aquella ocasión su despacho...»

Como indica la resolución, la cuestión que se plantea en la esencia del recurso es «dilucidar el concreto alcance del mandato normativo constituido en la disposición transitoria referida, lo que dado su contenido sancionador debe estar presidido por un sentido interpretativo estricto...»; a continuación iremos diseccionando los puntos fundamentales de la resolución transcribiendo los argumentos utilizados por la Dirección, para después utilizar la crítica a favor o en contra de los mismos.

#### 1.º *Finalidad de la disposición transitoria 6.ª.2 según la resolución. Interpretación de la misma*

Indica la Dirección que «la finalidad de la norma es clara: la desaparición de la sociedad anónima preexistente a la nueva Ley de Sociedades

Anónimas que a partir del 31 de diciembre de 1995 no hubiere ampliado su capital por encima del mínimo legal». Indica también la Dirección que «esta desaparición no puede imponerse de forma radical en un momento determinado, con desconocimiento de las múltiples relaciones jurídicas en que la entidad pueda estar interesada»; y de ahí que la propia Dirección establezca que la sociedad no extingue su personalidad jurídica sino su disolución de pleno derecho, «expresión que ha sido acuñada por el legislador» (*vid.* art. 261 LSA, referente a la disolución por transcurso del término); de todo ello se deriva, en palabras de la Dirección, que «se respeta la persistencia de la personalidad jurídica de un modo transitorio, pues excluye la posibilidad de contraer nuevas obligaciones y hacer nuevos contratos (cfr. arts. 267 y 272 LSA) e impone la apertura del proceso liquidatorio encaminado a la conclusión ordenada de las relaciones jurídicas pendientes».

## 2.º *Criterio de la Dirección en cuanto al alcance de la cancelación de oficio de los asientos registrales. La reactivación*

Establece en el fundamento de derecho tercero que «lo anterior (está haciendo referencia al fundamento de derecho segundo, en el que trata de la subsistencia de la personalidad) en modo alguno se contradice con la previsión adicional contenida en dicha norma que impone al Registrador la cancelación inmediata y de oficio de los asientos registrales relativos a la sociedad; y es cierto que en los supuestos normales se prevé que dicha cancelación seguirá a la conclusión del proceso liquidatorio y aprobación del balance final de la sociedad; pero ni hay base legal para inferir de tal previsión que la cancelación de asientos implica la extinción de la personalidad jurídica, ni tal extinción puede anticiparse al agotamiento de todas las relaciones jurídicas pendientes de la sociedad... La cancelación de los asientos registrales de una sociedad (que no es sino una fórmula de mecánica registral para consignar una vicisitud de la sociedad) puede preceder a la definitiva extinción de la personalidad de la sociedad (tanto en los supuestos normales de disolución si al formularse la solicitud del art. 278 LSA no hubieran sido tenidas en cuenta determinadas relaciones jurídicas pendientes de la sociedad, como en el caso de la disposición transitoria comentada), y en consecuencia tal situación registral no puede ser considerada como obstáculo a la práctica de eventuales asientos posteriores que la subsistencia de la personalidad jurídica implique y que sean compatibles con la transitoriedad y finalidad liquidatoria de esa subsistencia; y todo ello sin prejuzgar si es o no posible acordar la reactivación de la sociedad».

3.º *Alcance de la exigencia en cuanto a la presentación en el Registro de la escritura relativa al aumento de capital*

En el fundamento de derecho cuarto la Dirección centra el objeto de la resolución en cuanto a lo que debe entenderse por la presentación en el Registro de una escritura de aumento de capital. En este sentido, indica la Dirección que «una vez definido el alcance de la disposición transitoria 6.ª.2 de la LSA y concretado su efecto a declarar la disolución de pleno derecho, se alega por el recurrente que en el caso debatido no es aplicable tal sanción por cuanto una de las escrituras de ampliación había sido ya presentada con anterioridad al 31 de diciembre de 1995». La Dirección, aunque en un primer momento parece dar un sentido contrario al definitivo, luego en su exposición lo intenta fijar al decir que «la literalidad del precepto, ciertamente, parece excluir de su ámbito el supuesto cuestionado; sin embargo, la interpretación lógica y sistemática del precepto conduce a su aplicación, sin que por ello pueda entenderse vulnerada la exigencia de interpretación estricta dado su carácter sancionador; por una parte, si el precepto se refiere a la presentación, se debe a que la fecha de los asientos registrales, a todos los efectos legales, es la del asiento de presentación del título respectivo en el libro Diario... y a fin de excluir toda duda sobre las ampliaciones presentadas antes del 31 de diciembre de 1995, aunque inscritas después pero durante la vigencia del asiento de presentación; por otra, es doctrina reiterada de este centro que los asientos registrales una vez caducados carecen de todo efecto jurídico, en especial cuando se trata del asiento de presentación que, una vez caducado, se cancela de oficio y la nueva presentación del documento dará lugar a un nuevo asiento refiriéndose a la fecha de éste su prioridad, así como la fecha del asiento definitivo que en su día se practique; en fin, porque desde los respectivos otorgamientos (14 de septiembre de 1989 y 25 de marzo de 1994) se estaba incumpliendo la obligación legal de inscripción de los títulos respectivos (cfr. arts. 144 y 162 LSA). Esta Dirección General entiende que procede confirmar el acuerdo y nota del Registrador.

#### IV. COMENTARIO CRITICO DE LA RESOLUCION DE 5 DE MARZO DE 1996

##### A) LA INTERPRETACIÓN

En principio parece correcto que la interpretación de la disposición transitoria 6.ª.2 lo sea con carácter estricto o restrictivo debido, entre otras circunstancias, a que se trata de una norma muy especial, sancionatoria, de carácter grave y que puede ocasionar perjuicios. Este es, por otra parte, el

principio general que debe presidir cualquier tipo de interpretación. No olvidemos que el artículo 3 del CCom. indica los criterios de interpretación, así como la equidad, como principio en la aplicación de las normas; y el artículo 4.2 del CCom. establece que «las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas. Observamos un error en la publicación de la resolución, ya que al terminar el fundamento de derecho primero se hace referencia al artículo 4 del CCom. cuando en realidad es del CC.

## B) LA RESOLUCIÓN DE PLENO DERECHO. SU SIGNIFICADO

Como ya se ha indicado, la disolución de pleno derecho, también denominada disolución automática, es la que tiene lugar cuando se produce un determinado hecho al que el ordenamiento jurídico anula la disolución (15). Los dos supuestos esenciales que prevé la LSA en relación con la disolución de pleno derecho son los de los artículos 260.1 y 2 y 261 de la LSA, y, de otro lado, los de la disposición transitoria 6.<sup>a</sup>.2 (16).

Como ya hemos ido perfilando, los efectos de esa disolución de pleno derecho pueden ser perfectamente determinables, ya ocurra por el transcurso del término o plazo, ya por la voluntad de la Ley; en este caso por el criterio sancionador que opera en la disposición transitoria 6.<sup>a</sup>.2. En principio, esa disolución de pleno derecho determina la apertura del proceso liquidatorio y el cese del poder de representación de los administradores. En ello coincidimos, y así también parece doctrinalmente, con lo expuesto por la resolución en el fundamento de derecho segundo. Lo que ocurre es que en este segundo caso de disolución de pleno derecho, además, el legislador ha impuesto otro efecto inmediato, automático, que es la cancelación de los asientos registrales. Coincidimos con la resolución en que se debe operar la apertura del proceso liquidatorio, y según se desprende de la misma por las normas de la LSA, pareciéndonos poco efectivas y operativas algunas de las opiniones doctrinales que ya hemos referido en su momento, que consideraban que el proceso en todo caso se regiría por las normas o de la sociedad civil o de la sociedad colectiva como sociedad base en materia mercantil. Esto, en nuestra opinión, es tener poca visión práctica de los problemas y establecer aún efectos más demoledores que los que el propio legislador ha puesto, que no son pocos, y que no han sido bien consignados ni expresados desde el punto

---

(15) BELTRÁN, EMILIO, *ob cit*, pág. 46.

(16) BELTRÁN, EMILIO, señala otro supuesto de disolución automática en la legislación especial; así, en las sociedades anónimas bancarias la disolución por revocación de la autorización administrativa para el ejercicio de dicha actividad. *Ob cit*, págs. 46 y 47.

de vista de una buena técnica jurídica. Por ello la sociedad no se extingue porque, queramos o no, la extinción es una cuestión que existe o puede existir, con independencia de lo que diga un legislador o de lo que publique un determinado Registro; pero esta materia está en íntima conexión con el siguiente apartado que vamos a tratar.

C) SIGNIFICADO DE LA CANCELACIÓN DE LOS ASIENTOS. SU CONEXIÓN CON LA EXTINCIÓN Y LA PERSONALIDAD JURÍDICA. LA POSIBLE REACTIVACIÓN

No cabe duda que uno de los problemas más graves que plantea la disposición transitoria 6.<sup>ª</sup>2 es la del doble efecto sancionador; es decir, por una parte, se opera la disolución de pleno derecho, y por otra, la cancelación de oficio de los asientos registrales; y en este segundo efecto, plantea o puede plantear problemas teóricos y prácticos. Como ya indicamos, parece fuerte este doble efecto sancionador, pero la esencia del problema está en determinar el alcance, efectos, significación y conexión de la cancelación en relación con la personalidad jurídica y la extinción de la sociedad. El artículo 278 de la LSA establece: «Aprobado en el balance final, los liquidadores deberán solicitar del Registrador Mercantil la cancelación de los asientos referentes a la sociedad extinguida y depositar en dicho Registro los libros de comercio y documentos relativos a su tráfico». Se ha discutido por la doctrina el carácter o, mejor dicho, el significado de la cancelación en el Derecho español. Una parte de la doctrina entiende que el significado de la cancelación es de carácter declarativo y no constitutivo. En tal sentido, CARLON utiliza diversos argumentos, como son: «La eficacia de la inscripción, que con carácter general es meramente declarativa, y sólo constitutiva cuando se establece de manera expresa; no existe analogía con la inscripción de la constitución de la sociedad, pues la razón que mueve al legislador a exigir publicidad para la constitución es amparar a los terceros, los cuales quedarían desprotegidos si la cancelación tuviera carácter constitutivo frente a la posición que tenía antes de la cancelación; no cabe pensar que sólo la cancelación de carácter constitutivo dota de suficiente certeza el momento de la extinción, pues para ello el ideal de la cancelación debería ser no sólo constitutivo, sino también sanatorio de cualquier vicio del proceso liquidador; por último, el artículo 278 de la LSA, con arreglo al cual los liquidadores deberán solicitar del Registrador Mercantil la cancelación de los asientos referentes a la sociedad extinguida, dando prueba de que la extinción de la sociedad se ha producido antes y al margen del Registro» (17). También se ha indicado «que se podrían

---

(17) CARLON SÁNCHEZ, «La extinción de la sociedad anónima», *RDP*, núm. 54, 1970, págs. 18-140. Reseñado por GARDEAZÁBAL DEL RÍO en *ob. cit.*, págs. 456 y sigs.

añadir a los argumentos anteriores la literalidad del artículo 212 del RRM, que en su número dos hace referencia con criterio literal a la sociedad extinguida detallando expresamente el contenido de la escritura pública en la que se recogerán los datos necesarios para acreditar el cumplimiento de dicha extinción» (18). Creemos que en todo caso, con independencia de lo que el Registro publique o no, existirá una realidad extra registral que puede o no coincidir con la registral, pero que, en ningún caso, esta última puede imponerse a la primera. Sabemos que en muchas ocasiones, a pesar de la cancelación de los asientos registrales, por diversas circunstancias existen aún obligaciones pendientes de la sociedad e incluso operaciones patrimoniales que no se han realizado, haciendo un defectuoso proceso liquidatorio con ocasión, por ejemplo, de un reparto prematuro de los bienes. Como indica PAU PEDRÓN, «el carácter constitutivo de la inscripción depende en última instancia de la voluntad del legislador, que lo atribuye exclusivamente en los casos de constitución y de fusión, siendo inútil el plantearse si la inscripción tiene carácter constitutivo en otros casos (19). Por otra parte, otros autores estiman el carácter o la eficacia constitutiva de la cancelación, como, por ejemplo, URÍA y DE LA CÁMARA. Pero como se ha indicado con acierto, «las divergencias de apreciación al respecto son, no obstante, menos importantes de lo que a primera vista sugiere... Toda la doctrina se halla plenamente de acuerdo en que la satisfacción íntegra del pasivo es presupuesto de la extinción de la sociedad anónima» (20).

Como ha indicado algún autor, hay que plantearse en qué forma el Registrador debe dar cumplimiento a la cancelación de oficio de los asientos, llegando a la conclusión con criterio analógico del artículo 53.3 del RH, en conexión con el artículo 80 del RRM, en cuya consecuencia el Registrador deberá practicar la cancelación cuando se solicite expresamente se haya presentado algún documento relativo a la sociedad o se pida una certificación (21). También se ha planteado si procede la cancelación de la totalidad de los asientos practicados en la hoja abierta a la sociedad (22).

---

(18) GARDEAZÁBAL DEL RÍO, *ob. cit.*, pág. 457.

(19) PAU PEDRÓN en: «La publicidad registral de la sociedad anónima», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXX, vol. II, pág. 75. Reseñado por GARDEAZÁBAL DEL RÍO en *ob. cit.*, pág. 456.

(20) DE EIZAGUIRRE, JOSÉ M.ª, «Liquidación de la sociedad anónima», en la obra conjunta *Disolución y liquidación. Obligaciones Artículo 260, al final Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas dirigidos por Fernando Sánchez Calero*, tomo VIII. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, págs. 223 y sigs.

(21) SÁNCHEZ RUS, HELIODORO, *ob. cit.*, pág. 625.

(22) En este sentido, SÁNCHEZ RUS indica: «Que si la lectura de las disposiciones transitorias 3.ª, 4.ª y 6.ª.1 de la LSA suscita alguna duda respecto de los asientos ordenados por la Autoridad judicial o administrativa, parece que, al menos, deben excluirse la cancelación de las emisiones de obligaciones, supuesto hartamente improbable pero no com-

Lo que sí debe quedar claro, como hemos indicado repetidas veces, es que aunque se cancelen los asientos registrales puede ocurrir que la sociedad no se haya extinguido materialmente, aunque formalmente en apariencia sí (pueden seguir existiendo relaciones jurídicas anteriores que no se han tenido en cuenta en el proceso liquidatorio o también la existencia de un reparto prematuro de los bienes). En este sentido es acertado el comentario que indica que «la cancelación por sí sola no produce la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad anónima. Ello ocurre siempre que concorra con el presupuesto material de la realización de la liquidación, como sucederá en el supuesto habitual. Pero si practicada la cancelación se verificara la no realización del presupuesto material, la cancelación no impide la subsistencia de la personalidad jurídica al objeto de que se reproduzca en la medida precisa la liquidación (coincide así URÍA, y más terminantemente DE LA CÁMARA) (23). Incluso se ha indicado el procedimiento adecuado para anular la cancelación registral indebidamente realizada por no haberse llevado a cabo correctamente el proceso liquidatorio para conseguir que los asientos queden de nuevo vigentes hasta que se termine perfectamente el proceso liquidatorio (24).

No olvidemos que en el caso de la disposición transitoria 6.<sup>a</sup>2 se ordena la cancelación de oficio de los asientos registrales una vez que ha transcurrido el plazo final de adecuación del capital social, todo ello sin que sea necesario la realización del proceso liquidador como ocurre en los supuestos normales, ya en los de disolución por acuerdo o en los de disolución automática o de pleno derecho, como es el caso del transcurso del término. Creo que el legislador no ha estado muy acertado, más bien diríamos lo contrario; lo que ocurre es que habrá que imponer la lógica y el sentido común, que a veces en Derecho también es importante, y habrá por ello que liquidar la sociedad para agotar todas las operaciones residuales; y de ahí que la Dirección General en esta resolución tenga que arreglar el desatino del legislador, que, en nuestra opinión, debería haber puesto un período de liquidación para efectuar dichas operaciones, transcurrido el cual el Registrador de oficio cancelaría los asientos. De esta improvisación del legislador se deriva que la Dirección lo intente subsanar, indicando que a pesar de operarse la cancelación de asientos (que denomina como fórmula mecánica) tal situación registral se dice no puede ser considerada como obstáculo a la práctica de eventuales asientos posteriores «que la subsistencia de la personalidad jurídica implique y que sean compatibles con la transitoriedad y finalidad liquidatoria». Con esta

---

pletamente imposible al estar sujetas a un régimen de inscripción, con independencia de que la entidad emisora esté o no inmatriculada en el Registro Mercantil». *Ob. cit.*, pág. 625.

(23) EIZAGUIRRE, JOSÉ M.<sup>a</sup>, *ob. cit.*, pág. 225.

(24) Para un seguimiento más completo de este tema véase EIZAGUIRRE, JOSÉ M.<sup>a</sup>, *ob. cit.*, págs. 226-227.

frase que utiliza la resolución entendemos que, a pesar de la cancelación, podrá inscribirse en el Registro Mercantil el nombramiento de liquidadores por las operaciones finales hasta llegar a la extinción de la sociedad y de su personalidad jurídica. Estamos de acuerdo con la resolución en que la cancelación por sí no puede determinar la extinción de la sociedad anónima, que requiere un acto material y que, a veces, precede a la cancelación a la extinción, bien porque se ha hecho mal la liquidación (reparto prematuro), bien como en este caso de la sanción en que el legislador, de un plumazo, quiere cargarse formalmente lo que aún materialmente no se ha producido.

Como ya indicamos líneas arriba, algún autor se planteó el problema de los asientos posteriores (25).

Otro tema distinto es que, en condiciones normales, para conseguir inscripciones posteriores en el Registro Mercantil, una vez operada la cancelación debería acudirse quizá a la anulación de la cancelación, cosa que aquí no puede ocurrir. Entonces la Dirección General, ante ese callejón sin salida, utiliza el argumento y razonamiento antes transcrito para permitir la inscripción de asientos posteriores aunque sea por razones de extrema necesidad. Volvemos a repetir que coincidimos en que el proceso liquidatorio se haga conforme a las normas de la LSA. Para finalizar, indicaré que entre uno de los razonamientos o exposición que hace el Registrador Mercantil en la resolución es que «la sociedad ha quedado disuelta, pero no extinguida; sin que proceda en este recurso examinar la situación jurídica nada clara en que queda la citada sociedad». También continúa diciendo el Registrador Mercantil que «es igualmente cierto que la hoja registral no ha quedado cancelada, sino los asientos, lo que no es lo mismo, por aplicación del mandato legal». Seguramente el Registrador Mercantil está con esta argumentación, no muy clara ni definida, queriendo dejar una puerta abierta a futuros asientos posteriores (por ejemplo, nombramiento de liquidadores); quizá se está dando cuenta de la oscuridad del legislador.

En cuanto a la reactivación, indicaremos que aunque la resolución no entra a resolver este tema, no obstante e incidentalmente, al final de fundamento de derecho tercero establece: «y todo ello sin prejuzgar ahora si es o no posible acordar la reactivación de la sociedad». En principio nos parece curiosa esta frase de la resolución que puede inducir a creer que es posible esta solución. Ya tuvimos ocasión de analizar la Resolución de 13 de marzo de 1993, en donde el supuesto de hecho consistía en una sociedad disuelta de pleno derecho por el transcurso del tiempo y su posterior fusión con otra por absorción, no permitiéndose por el Registrador al decir que al ser esa la causa de disolución no podía reactivarse. La Dirección permitió la fusión por argumentos ya indicados, aunque consideramos que no son

---

(25) SÁNCHEZ RUS, HELIODORO, *ob. cit.*, pág. 629.

exactamente iguales los términos de reactivación en sentido estricto de la sociedad siguiendo la misma en el tráfico que lo que se ha indicado como reactivación especial en el caso de la fusión por absorción, ya que las relaciones activas y pasivas vuelven a recobrar vigencia en la sociedad absorbente (26).

Pero el caso actual objeto de estudio es el de la disolución de pleno derecho impuesta como castigo, creemos como sanción por el legislador, ajena a la voluntad constituyente, como es el caso de la disolución de pleno derecho por transcurso del término. La doctrina se encuentra dividida en cuanto a la posibilidad de la reactivación en las sociedades anónimas, y así se recogen por algún autor las distintas posturas, indicándose «que la tesis positiva se basa en que la Ley no prohíbe la reactivación de la sociedad disuelta por transcurso del término, pues la finalidad del precepto es simplemente establecer el carácter automático de esta disolución... (F. PALÁ y A. PÉREZ DE LA CRUZ). La tesis intermedia, claramente mayoritaria, admite la reactivación en todos los casos de disolución salvo en el del cumplimiento del término, pues la Ley prohíbe la eliminación de esta específica causa de disolución y no de las demás (J. RUBIO, R. URÍA, CÁMARA, A. BERGAMO). Finalmente, la tesis negativa sostiene que si la Ley rechaza la posibilidad de reactivación en este supuesto, no hay razón para admitirlo en los demás (F. VICENT)» (27). El propio BELTRÁN expone que la reactivación no debe considerarse admisible en el Derecho vigente utilizando argumentos de carácter sistemático y de interpretación gramatical (28).

Quizá convenga centrarse en los casos de disolución de pleno derecho. La doctrina al respecto también es variada, oscilando desde su admisión en cuanto a la reactivación hasta su rechazo. Aunque la mayoría considera no posible la reactivación en el caso de disolución por transcurso del término. Por ejemplo, CÁMARA entiende que el que una causa de disolución opere de pleno derecho significa que no puede ser eliminada por la voluntad social (29). Otros autores comentan que la finalidad del precepto no es la de prohibir la reactivación de la sociedad disuelta, sino la de establecer la disolución automática de la sociedad como consecuencia de este hecho (30). BELTRÁN indica que «la Ley sólo permite la continuación de la sociedad en un supuesto excepcional. El interés de los accionistas y de los terceros en liquidación no impide que por expresa disposición legal el Gobierno así lo decida por Decreto para salvaguardar los intereses de la economía nacional y a

---

(26) En este sentido, GARDEAZÁBAL DEL RÍO, *ob. cit.*, pág. 441.

(27) Tesis reseñadas por EMILIO BELTRÁN en *La disolución...*, *ob. cit.*, pág. 55.

(28) EMILIO BELTRÁN en *La disolución...*, *ob. cit.*, pág. 55.

(29) MANUEL DE LA CÁMARA, *Estudios*, II, pág. 504; reseñado por EMILIO BELTRÁN en *La disolución*, *ob. cit.*, pág. 56.

(30) Así PÉREZ DE LA CRUZ, reseñado por EMILIO BELTRÁN, *ob. cit.*, pág. 56.

petición de los accionistas que represente, al menos, la quinta parte del capital social o del personal de la empresa (art. 265 LSA) (31).

En principio, consideramos posible la reactivación de las sociedades anónimas en los casos normales de disolución, y ello aunque la LSA no lo regule explícitamente, como se ha hecho recientemente en la LSRL. Existen muchos argumentos a favor de esta posibilidad, entre otros el del carácter soberano de la Junta General como órgano de expresión de la voluntad social, hasta el propio artículo 251 de la LSA que permite la fusión de la sociedad en liquidación. El problema es más peliagudo en algunos supuestos especiales como el de la disolución por transcurso del tiempo. En principio choca con su admisibilidad el tan citado artículo 261 de la LSA, así como la nueva LSRL que se excluye la reactivación en este caso. Vimos cómo la Resolución de 8 de noviembre de 1995 permitió la fusión por absorción de una sociedad disuelta de pleno derecho. No era, ciertamente, una reactivación en el sentido estricto de la Ley como ya hemos indicado, ya que la sociedad absorbida se extingue perdiendo su personalidad en la sociedad absorbente. Por ello, en el tema de la reactivación nos parece más duro el poderse aplicar en la disolución por transcurso del término (32).

Lo que no ofrece dudas para nosotros es que en los supuestos de la disolución de pleno derecho, en virtud de la disposición transitoria 6.<sup>a</sup>2, no es posible esa reactivación. Es el legislador el que determina ese efecto, que ni siquiera fue querido por la voluntad de los constituyentes. No se quiere que esa sociedad anónima perdure en el tiempo ni en el espacio: se pretende su extinción total (33). Otro tema es el relativo a la posibilidad de establecer una cesión global del activo y del pasivo.

D) ALCANCE DEL SENTIDO DE LA PRESENTACIÓN EN EL REGISTRO DE LA ESCRITURA DE AUMENTO DE CAPITAL A LOS EFECTOS DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 6.<sup>a</sup>2. SIGNIFICADO DEL AUMENTO DE CAPITAL

El fundamento de derecho cuarto de la Resolución comentada de 5 de marzo es, en mi opinión, uno de los más delicados por los efectos que de él se derivan. Se dice en la misma que interpretando los conceptos de asiento registral, y en concreto de asiento de presentación, se puede indicar que aunque la

---

(31) EMILIO BELTRÁN, *ob. cit.*, pág. 59.

(32) Para el estudio de otros problemas que se plantean con relación a la reactivación, como, por ejemplo, el momento hasta que se pueda realizar o las mayorías necesarias, véase GARDEAZÁBAL DEL RÍO, *ob. cit.*, págs. 445 y sigs.

(33) Cuando el legislador quiere esas reactivaciones excepcionales, a pesar de la disolución de pleno derecho legal por mandato imperativo, así lo expresa, como ocurrió en la Ley de Cooperativas Andaluzas

escritura de aumento fuese anterior al 31 de diciembre de 1995 (e incluso se presentó antes), al estar ya caducado este asiento se incumple la literalidad de lo previsto en la disposición transitoria 6.<sup>a</sup> cuando dice: «Si antes del 31 de diciembre de 1995 las sociedades anónimas no hubieran presentado en el Registro Mercantil la escritura o escrituras en las que conste el acuerdo de aumentar el capital social hasta el mínimo legal». La resolución utiliza el argumento de que la fecha de los asientos registrales a todos los efectos es la del asiento de presentación, pero que una vez caducados carece de todo efecto jurídico. En nuestra opinión la interpretación es exigente y rigorista.

El Centro Directivo, en general, fue menos severo en el caso de las adaptaciones. Recordemos la disposición transitoria 3.<sup>a</sup> en sus tres párrafos, donde, por una parte, se requería la inscripción de la adaptación antes del 30 de junio de 1992, y por otra parte, los párrafos primero y segundo marcaban una duda razonable. A pesar de las dudas doctrinales, para interpretar ese punto en aquel momento, donde había interpretaciones más estrictas, la Dirección General suaviza esos criterios y en Resolución de 18 de marzo de 1992 intenta solventar el problema. Dicha resolución es contestación a una consulta; en su punto tercero establece que «este Centro Directivo considera que únicamente se exige que sea la adopción del acuerdo la que se realice dentro del plazo que concluye el 30 de junio de 1992». Utiliza diversos criterios para el razonamiento, entre otros el perjuicio para los empresarios al reducir el tiempo que disponen para la adaptación, así como también porque las normas que señalan el plazo se refieren exclusivamente al tiempo concedido para la adaptación. También en el punto cuarto indica cuáles son los mecanismos para entender cumplidos los plazos, debiéndose probar que es la adopción del acuerdo lo que debe realizarse antes del 30 de junio de 1992. Esta resolución revela el criterio de la Dirección de salvar lo que creemos no estaba nada claro, ya que la disposición transitoria 3.<sup>a</sup>.3 indicaba que «transcurridos los plazos a que se refieren los apartados anteriores sin haberse adaptado e inscrito las medidas...», no dejaba lugar a duda de que el legislador quería otra cosa; pero quizá se impuso el sentido común y la Dirección de nuevo tuvo que arreglar lo que el legislador no había previsto por lógica.

No cabe la menor duda que la adición de la disposición transitoria 6.<sup>a</sup>.2 es clara al hablar de presentación en el Registro, pero quizá la Dirección también pudiera utilizar argumentos como lo hizo en la Resolución de 18 de marzo de 1992; por ejemplo, «una interpretación restrictiva podrá perjudicar al empresario que hubiese actuado diligentemente y hubiese adoptado algunos de los acuerdos anteriores, pues algunos de los plazos que han de transcurrir con posterioridad a la adopción del acuerdo no corresponden a actos realizados por el empresario...»

Pero la resolución incluso, en nuestra opinión, va más allá en la interpretación rigorista, ya que se habían otorgado con anterioridad las escrituras de

aumento de capital e incluso una de ellas, la que aumentaba el capital de cinco a diez millones, había sido ya presentada en el Registro Mercantil el 3 de mayo de 1994. SÁNCHEZ RUS ya indicaba «que estamos en presencia de una norma excepcional, no exigiéndose expresamente por la Ley que el asiento de presentación estuviera vigente el 31 de diciembre de 1995, por lo que de acogerse a una interpretación estrictamente literal no debería aplicarse a aquellas sociedades anónimas que anteriormente hubieran presentado en el Registro Mercantil una escritura de aumento de capital o de transformación en sociedad de responsabilidad limitada aunque al vencimiento del citado término no se hubieran subsanado los defectos que en su momento hubieran impedido la inscripción» (34). En cambio, el criterio de la Dirección General es aún más restrictivo. Como ya hemos indicado, la resolución hace referencia al asiento de presentación, a la vigencia y caducidad del mismo, argumentos que le sirven para negar que se ha cumplido el precepto en cuanto a la presentación. Además, otro punto a tener en cuenta es el carácter o significado que debe darse a la inscripción del aumento de capital en el Registro Mercantil. Conforme hemos ido analizando el tema, existen pocos supuestos en los que la inscripción tenga naturaleza o significado constitutivo como lo es en la constitución; en ningún caso el aumento de capital puede tenerla, con independencia de otros efectos que la Ley determina, como, por ejemplo, para la transmisión de las acciones; y esto también puede servirnos como argumento para la crítica de la resolución en este punto. No debemos olvidar, en íntima conexión con todo lo aquí planteado, las transformaciones de sociedades anónimas en sociedades de responsabilidad limitada realizadas antes del 31 de diciembre de 1995 y presentadas en 1996. Somos partidarios de su acceso al Registro Mercantil por razones de eficacia práctica y seguridad del tráfico.

## V. BREVE REFERENCIA A LA CESIÓN DEL ACTIVO Y DEL PASIVO

El artículo 266 de la LSA establece que «una vez disuelta la sociedad se abrirá el período de liquidación, salvo en los supuestos de fusión o extinción total o cualquier otro de cesión global del activo y del pasivo».

Como en otros artículos de la Ley, la interpretación doctrinal del mismo ha sido variada. Al amparo de este precepto se ha indicado que cualquier sociedad anónima podrá disolverse y ceder en bloque su activo y su pasivo a otra sociedad mercantil o a cualquier otra persona jurídica o individual (35). Se ha comentado por algún sector doctrinal que cuando la Ley indica que no

---

(34) SÁNCHEZ RUS, HELIODORO, *ob cit.*, pág. 625

(35) RODRIGO URÍA, AURELIO MENÉNDEZ y EMILIO BELTRÁN, *ob cit.*, págs 106-107.

hay liquidación es necesario matizar esta frase. Dice que no la hay en el primer período o fase de la misma (satisfacción a los acreedores), pero en cambio sí que tendrá que realizarse la segunda fase de las operaciones liquidatorias (repartir entre los socios el precio recibido por la cesión global del patrimonio) (36). Como indica CÁMARA, se tratará de un supuesto de liquidación abreviada de una forma particular de liquidación del patrimonio (37). Para BELTRÁN, otro problema es «el relativo a los requisitos que dicha operación de liquidación deber reunir. Así, por ejemplo, el sistema de protección de los acreedores sociales que pudiera exigir el consentimiento individual de los acreedores al hacer esa transmisión del pasivo, hasta para las normas de la fusión» (38). No obstante, el planteamiento práctico de esta cesión no es siempre fácil, así como el determinar si nos encontramos dentro del supuesto del artículo 226 de la LSA (39). Todo ello se encuentra en conexión con la posibilidad de que a las sociedades disueltas de pleno derecho de la disposición transitoria 6.ª.2 se les pudiera dar como salida la de la cesión global del activo y del pasivo, aunque como contraargumento se puede decir que estamos haciendo una reactivación especial de la sociedad al traspasar obligaciones a otra.

## VI. CONCLUSIONES FINALES

A la vista de lo anteriormente expuesto y teniendo en cuenta la postura de la Dirección General, así como las opiniones doctrinales y la nuestra propia, podemos extraer las siguientes conclusiones:

1.ª La disolución de pleno derecho que se opera en la disposición transitoria 6.ª.2 no implica la extinción automática de la sociedad ni la de su personalidad jurídica, que se mantiene. Se abrirá automáticamente el período de liquidación nombrándose los liquidadores y con la posibilidad del acceso de su nombramiento al Registro Mercantil a pesar de la cancelación de los asientos registrales (otros problemas diferentes serán los de la convocatoria de la Junta cuando no haya Junta Universal y otros que ya hemos indicado en este trabajo).

2.ª La cancelación de asientos registrales no implica ni significa que la sociedad esté extinguida: puede seguir viva extrarregistralmente (casos de sociedades que por haber hecho el proceso liquidatorio mal han sido cance-

---

(36) RODRIGO URÍA, AURELIO MENÉNDEZ y EMILIO BELTRÁN, *ob cit.*, pág. 107.

(37) Reseñado por EMILIO BELTRÁN, *ob cit.*, pág. 29.

(38) EMILIO BELTRÁN, *ob cit.*, pág. 30.

(39) Para ver y analizar el contenido de este artículo, en cuanto a la cesión del activo y del pasivo, véase GARDEAZÁBAL DEL RÍO, *ob cit.*, págs. 419-434.

lados sus asientos, pero en cambio siguen existentes y no extinguidas. También cuando la cancelación es de oficio e impuesta como sanción por el legislador). Otro tema diferente es la manera en que se argumenta la posibilidad de inscripciones posteriores con los asientos cancelados (ya hemos analizado los argumentos de la Dirección).

3.<sup>a</sup> Se podría también pensar en una solución para estas sociedades en la llamada cesión global del activo y del pasivo (ello a pesar de que suponga una reactivación muy especial en el sentido que se ha hablado en el trabajo). Lo que no consideramos viable en ningún caso es una reactivación pura y dura, es decir, que la sociedad siga como tal por acuerdo de los socios; creemos que sería nulo de pleno derecho.

4.<sup>a</sup> Criticamos la interpretación rigorista de la Dirección General en cuanto a los plazos y el tratamiento de las escrituras autorizadas antes del 31 de diciembre.

FRANCISCO JAVIER GARCÍA MAS  
Notario de Rincón de la Victoria (Málaga)  
Profesor Asociado en Derecho Civil  
de la Facultad de Derecho. Universidad de Málaga

*Addenda* al trabajo del análisis de la disposición transitoria 6.<sup>a</sup>2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas relativa a la disolución de pleno derecho, en conexión con la disposición transitoria 8.<sup>a</sup> del nuevo Reglamento del Registro Mercantil de 19 de julio de 1996

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION.—II. ESTUDIO COMPARATIVO DE LOS DOS TEXTOS: 1. INTRODUCCIÓN 2. PRÁCTICA DE LOS ASIENTOS A QUE DÉ LUGAR LA LIQUIDACIÓN. 3. PRÁCTICA DE LOS ASIENTOS A QUE DÉ LUGAR LA REACTIVACIÓN: A) *Introducción.* B) *La disolución de pleno derecho. Reactivación.* C) *El artículo 242 del nuevo RRM, en relación con la disposición transitoria 8.<sup>a</sup>, relativo a la reactivación:* C.1) *Introducción.* C.2) *Requisitos de la reactivación:* a) *Debe desaparecer la causa que motivó esa disolución.* b) *Habrà que tomar el propio acuerdo de reactivación.* c) *Acuerdo de reactivación y derecho de separación de los socios.* d) *Hasta qué momento se puede tomar el acuerdo de reactivación.* e) *La protección de los socios y de los acreedores. Los aspectos formales.* f) *El patrimonio contable no sea inferior al capital social.* g) *El nombramiento de nuevos administradores.*—III. CONCLUSIONES

## I. INTRODUCCION

En un reciente trabajo (1) intenté lanzarme al foso peligroso de lo desconocido para ver si se podía llegar a dar alguna solución a la conflictiva disposición transitoria 6.<sup>a</sup>2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. En aquel trabajo se expusieron diversas vías de argumentación, tanto doctrinales como jurisprudenciales, de la Dirección General de los Registros y del Notariado; también se analizaron, entre otras, las Resoluciones de 13 de mayo de 1992 y 8 de noviembre de 1995, que servían como punto de partida a lo que iba a ser la tesis central y el hilo conductor del trabajo. Pero el análisis más profundo se centró en la Resolución de 5 de marzo de 1996, que trataba de llenar el problema específico de la disolución de pleno derecho de aquellas sociedades anónimas que a 31 de diciembre de 1995 no hubiesen elevado su capital a la cifra mínima legal, con el efecto demoledor de la cancelación de oficio de los asientos registrales.

---

(1) GARCÍA MAS, FRANCISCO JAVIER, «Análisis de la disposición transitoria 6.<sup>a</sup>2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas relativa a la disolución de pleno derecho», que antecede.

La Dirección General ya dio en esa resolución sus argumentos en cuanto a la finalidad de la disposición transitoria, así como el alcance y significado de la denominada cancelación de oficio: el sentido de la exigencia en cuanto a la presentación en el Registro de la escritura por la que se aumentaba el capital. También en aquel momento traté el problema de la reactivación, las posibles soluciones para el proceso liquidatorio de estas sociedades e, incluso, el planteamiento como una solución de la cesión del activo y del pasivo (2).

Pero desde el mes de abril en que se elaboró este trabajo, así como su publicación al momento presente, se han producido algunos cambios que son, ciertamente, de gran importancia. La reciente publicación del Reglamento del Registro Mercantil, que deroga el de 1989 y que ha sido aprobado por Real Decreto 1784/96, de 19 de julio (*BOE* de 31 de julio de 1996, con entrada en vigor el 1 de agosto de 1996), ha introducido una variación, yo diría que «milagrosa», en virtud de la cual un Reglamento modifica y altera el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por un Real Decreto Legislativo y que, a su vez, se basa en la Ley de Reforma Societaria y de adaptación de las sociedades al derecho comunitario. Una de las palabras mágicas que se introduce es la de la reactivación.

Ya hemos dicho en más de una ocasión que se quiere o se quieren muchas veces parchear determinadas normas jurídicas que se lanzan en la vorágine del *Boletín Oficial del Estado* y que luego, cuando llega la hora de la verdad, no se aplican o no se quieren aplicar, bien porque ha faltado una previsión del propio legislador o bien porque se quiere dar marcha atrás en algo que nunca debería haber salido a la luz (baste recordar, entre otros ejemplos, lo acaecido en el procedimiento de ejecución extrajudicial en lo referente a la exigencia del Reglamento Hipotecario relativa a que la cláusula de dicho procedimiento en las hipotecas fuese separada; la Dirección General, girando en el rizo de lo imposible, y por arte de magia, modificó mediante una interpretación artística en sentido contrario a lo que el legislador había previsto).

Por ello, el objeto de este trabajo complementario, al que denomino *addenda* y en el que me referiré a veces insistentemente sobre el realizado en abril, ya que es la base, es centrarme en esas modificaciones operadas desde entonces, siendo válidos los demás comentarios que en su momento hice, sobre todo en el importante tema, entre otros, de lo que debería entenderse por la cancelación de asientos y la posibilidad de practicar otros posteriores a pesar de la dicción literal de la norma cuando el objeto de inscripción en el Registro Mercantil fueran las operaciones provenientes de la liquidación, así como los problemas que planteaba el nombramiento de liquidadores, convocatoria de la

---

(2) En relación con el análisis de la Resolución de 5 de marzo de 1996, su comentario crítico, la reactivación y el significado de la cancelación de asientos, entre otros temas.

Junta, etc. Pero no cabe la menor duda de que el objetivo de esta *addenda* es centrarse en el tema de la reactivación de la sociedad como novedad más importante. Para ello acudiremos a las últimas resoluciones de la DGRN, a las aportaciones doctrinales y, sobre todo, al texto de la nueva norma.

## II. ESTUDIO COMPARATIVO DE LOS DOS TEXTOS

### 1. INTRODUCCIÓN

La disposición transitoria 6.<sup>a</sup>2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas establece: «Si antes del 31 de diciembre de 1995 las sociedades anónimas no hubieran presentado en el Registro Mercantil la escritura o escrituras en las que consten el acuerdo de aumentar el capital social hasta el mínimo legal, la suscripción total de las acciones emitidas y el desembolso de una cuarta parte, por lo menos, del valor de cada una de sus acciones **quedarán disueltas de pleno derecho, cancelando inmediatamente de oficio el Registrador los asientos correspondientes a la sociedad disuelta**. No obstante la cancelación subsistirá la responsabilidad personal y solidaria de administradores, gerentes, directores generales y liquidadores por las deudas contraídas o que se contraigan en nombre de la sociedad».

La disposición transitoria 8.<sup>a</sup> del nuevo Reglamento del Registro Mercantil ya citado establece un texto casi idéntico pero introduciendo la siguiente modificación, ya que también establece la cancelación de oficio de los asientos, pero introduciendo la frase **sin perjuicio de la práctica de los asientos a que dé lugar la liquidación o la reactivación en su caso acordada**. Como podemos apreciar, la modificación es importante en cuanto a la palabra «reactivación», con el agravante que estamos hablando de un Reglamento del Registro Mercantil aprobado por Real Decreto que está alterando y modificando un Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo, que a su vez se basa en una Ley.

El principio de jerarquía formal de las normas, en mi opinión, se ve bastante alterado, por no decir frustrado. Se podrá aducir por algunos que no supone una modificación especial, sino simplemente un desarrollo reglamentario; mi opinión ha quedado claramente expuesta. Más aún: el Reglamento del Registro Mercantil no deroga la disposición transitoria 6.<sup>a</sup>2, cosa que además no podrá hacer ni por el carácter extraordinario ni por la forma de exteriorizarse normativamente el mismo, de tal suerte que tenemos dos textos diferentes sobre un mismo tema o problema.

A pesar de ello, es nuestra obligación el intentar desarrollar el mismo analizando las dos palabras introducidas, la liquidación y la reactivación, aunque ya adelantamos se realiza en relación a esta última de la reactivación.

## 2. PRÁCTICA DE LOS ASIENTOS A QUE DÉ LUGAR LA LIQUIDACIÓN

En nuestra opinión, esta introducción que hace el Reglamento del Registro Mercantil no altera el texto de la disposición transitoria 6.<sup>a</sup>.2, ya que si se producía la disolución de pleno derecho era lógico que diera el proceso liquidatorio, lo que ocurre que en circunstancias distintas a las de una disolución normal acordada por la Junta, con la consiguiente fase de liquidación y posterior extinción y cancelación. La propia Resolución de 5 de marzo de 1996 al tratar este tema estableció con claridad lo que significaba la frase relativa a la cancelación de los asientos registrales a que hacía mención la norma. El fundamento de derecho tercero de dicha resolución establecía que «lo anterior (está haciendo referencia al fundamento de derecho segundo, en el que trata de la subsistencia de la personalidad) en modo alguno se contradice con la previsión adicional contenida en dicha norma que impone al Registrador la cancelación inmediata y de oficio de los asientos registrales..., y en consecuencia, tal situación registral no puede ser considerada como obstáculo a la práctica de eventuales asientos posteriores que la subsistencia de la personalidad jurídica implique y que sean compatibles con la transitoriedad y finalidad liquidatoria de esa subsistencia, y todo ello sin prejuizar si es o no posible acordar la reactivación de la sociedad». Como ya indicamos en su momento (3), aunque se cancelen los asientos registrales puede ocurrir que la sociedad no se haya extinguido materialmente, aunque formalmente en apariencia sí (pueden seguir existiendo relaciones jurídicas anteriores que no se han tenido en cuenta en el proceso liquidatorio, como también la existencia de un reparto prematuro de bienes). En nuestro primer trabajo sobre este tema analizamos el sentido de la palabra cancelación, su carácter declarativo y no constitutivo (4). También hemos sido partidarios desde un primer momento en que el proceso liquidatorio se hiciera conforme a las normas de la Ley de Sociedades Anónimas y no por las normas de la Sociedad Civil o de la Sociedad Colectiva, esta última como sociedad base en materia mercantil. Por ello, es lógico que se opere la apertura del proceso liquidatorio por las normas de la Ley de Sociedades Anónimas (5).

En este tema, en nuestra opinión, la introducción del término liquidación en relación con la posible práctica de asientos posteriores nos parece acertada, y mucho más si la propia disposición transitoria 6.<sup>a</sup>.2 lo hubiera establecido desde un primer momento.

Recordemos que en la Resolución de 5 de marzo de 1996 el Registrador indicaba que «la sociedad ha quedado disuelta, pero no extinguida, sin que

---

(3) GARCÍA MAS, *ob. cit.*

(4) GARCÍA MAS, *ob. cit.*

(5) A favor de la tesis de la regulación como colectiva o como civil, véase a nota número 7 de mi trabajo reseñado

proceda en este recurso examinar la situación jurídica nada clara en que queda la citada sociedad». A continuación también el propio Registrador indicaba que «es igualmente cierto que la hoja registral no ha quedado totalmente cancelada sino los asientos, lo que no es lo mismo por aplicación del mandato legal». En su momento también indiqué que el legislador no estuvo muy acertado en la dicción de la disposición transitoria 6.<sup>ª</sup>2 y que la propia Dirección General tuvo que arreglar el desatino del legislador (en la Resolución de 5 de marzo de 1996) en el sentido que ha quedado expuesto anteriormente. Otro tema distinto será, una vez solucionado el tema registral, que ahora ya claramente hace la disposición transitoria 8.<sup>ª</sup>, el de la problemática notarial que se presenta a la hora de llevar al documento público ese proceso liquidatorio. En su momento también tratamos este tema (6). En este momento o fase notarial sería el referente al nombramiento de liquidadores, con los problemas de quién va a convocar la Junta General, y su conexión con la caducidad del cargo de administradores, entre otras cosas porque estos administradores tendrán sus cargos caducados tanto si sus nombramientos lo fueron en su momento por tiempo indefinido como si lo fue por un plazo determinado; caducados tanto por la disposición transitoria 4.<sup>ª</sup> del ya derogado Reglamento Mercantil en el supuesto de que fuesen nombrados por tiempo indefinido, así como los que lo fueron por plazo determinado, ya que no han podido acceder a la renovación de los cargos al Registro Mercantil, no han sido adaptadas las sociedades a la nueva Ley y, sobre todo, al capital social, produciéndose un cierre registral. Queda la vía del artículo 101, en conexión con el artículo 100 de la Ley de Sociedades Anónimas, que hace referencia a la convocatoria judicial previa petición de un 5 por 100 de los socios que representen ese capital social. En todo caso, siempre la mejor solución es, si es posible, la de la Junta Universal. No olvidemos que la Ley de Sociedades Anónimas no prevé la conversión automática de los administradores en liquidadores como lo hace la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, pero en todo caso podría aplicarse ya que los administradores estarían caducados.

En este punto quiero dar un primer toque de atención a lo que luego tendremos ocasión en el sentido que el nuevo Reglamento del Registro Mercantil ha copiado literalmente lo que decía el antiguo referente a la caducidad de los administradores que hubiesen sido nombrados por tiempo indefinido en las sociedades anónimas; nos referimos a la nueva disposición transitoria 11, que vuelve a repetir que la caducidad de esos cargos lo será a los cinco años de la entrada en vigor del nuevo Reglamento. Creemos rotundamente que ha sido un lapsus el volver a introducir este texto, ya que con la anterior disposición transitoria del ya derogado Reglamento ya se había producido la caducidad.

---

(6) GARCÍA MAS, ob. cit

También se indicó por algún autor, como AVILA NAVARRO, que una vez nombrados los nuevos liquidadores debería comunicarse su nombramiento a los antiguos administradores siguiendo con las funciones liquidatorias, con las facultades de los mismos y, sobre todo, en relación con la enajenación de bienes sociales (7). Como hemos indicado anteriormente, el problema de la inscripción de estos liquidadores ya no lo es a la luz de la nueva norma, aunque en nuestro trabajo ya indicábamos que la única solución lógica y posible sería esa.

### 3. PRÁCTICA DE LOS ASIENTOS A QUE DÉ LUGAR LA REACTIVACIÓN

#### A) *Introducción*

Como hemos indicado líneas arriba, la nueva disposición transitoria 8.<sup>a</sup> introduce también esta frase de la reactivación y cuál es nuestra opinión en un primer contacto sobre esta introducción desde el punto de vista de la jerarquía formal de las normas. Esta palabra, «reactivación», apareció por primera vez en la Resolución ya comentada de 5 de marzo de 1996, en donde se decía que «todo ello sin prejuzgar si es o no posible acordar la reactivación de la sociedad» (8). En su momento dimos nuestra opinión sobre esta frase, tímidamente expuesta en la resolución. Pero con posterioridad ha habido tres resoluciones, que al menos tenga noticia, en donde la Dirección antes del nuevo Reglamento del Registro Mercantil parecía dar pasos hacia adelante sobre este tema de la reactivación.

Así, las Resoluciones de 29 y 31 de mayo y de 5 de junio de 1996, las tres relativas a la disolución de pleno derecho. La primera consistente en una transformación en limitada, así como la segunda y la última de adaptación a la nueva legislación, con el mismo esquema que la de 5 de marzo de 1996. Tomando como referencia la de 29 de mayo de 1996, la Dirección General, en el fundamento de derecho tercero de la misma, indica que: «... y todo ello sin prejuzgar ahora si, como parece deducirse de la interpretación conjunta de los artículos 261 de la Ley de Sociedades Anónimas (que prevé otro supuesto de disolución de pleno derecho) y 251 del mismo texto legal, así como de la inexistencia en esta Ley de un precepto similar al artículo 106.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, es posible acordar la reactivación de la sociedad anónima disuelta por aplicación de la disposición transitoria 6.<sup>a</sup> de la Ley de Sociedades Anónimas, máxime si es por acuerdo unánime de todos los socios». Igual transcripción tienen las otras resoluciones ya citadas. Como podemos

---

(7) AVILA NAVARRO, reseñado en la nota 10 de mi trabajo.

(8) En cuanto a la primera crítica de la reactivación, véase nuestro trabajo; ob. cit.

apreciar, la Dirección General parece dejar una puerta abierta, mucho más clara, a la reactivación de la sociedad anónima, no ya dejándola apuntada de una manera tímida, sino estableciendo la posibilidad de esa reactivación, cuestión en la que no entra a resolver como es lógico, ya que no es objeto del recurso.

Los argumentos que utiliza la Dirección son los de la interpretación conjunta de los artículos 261 y 251 de la Ley de Sociedades Anónimas. Recordemos que el artículo 261, relativo a la disolución por transcurso del término, establece que «transcurrido el término de duración de la sociedad ésta se disolverá de pleno derecho, a no ser que con anterioridad hubiese sido prorrogada e inscrita la prórroga en el Registro Mercantil; por su parte, el artículo 251, relativo a la fusión de sociedades en liquidación, establece que «las sociedades en liquidación podrán participar en una fusión siempre que no haya comenzado el reparto de su patrimonio entre los accionistas. El artículo 106 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada relativo a la reactivación de la sociedad disuelta, en su número 2 establece taxativamente que *«no podrá acordarse la reactivación en los casos de disolución de pleno derecho»*. En primer lugar, hay que indicar que la Dirección aduce el artículo 106.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, pero, en nuestra opinión, de una manera sosegada, ya que el artículo 106 en todos sus apartados relativos a la reactivación no tiene un precepto similar en la Ley de Sociedades Anónimas; por ello no parece muy concluyente el recurrir a uno de sus apartados para decir que en las sociedades anónimas no se prohíbe reactivar expresamente en los casos de disolución de pleno derecho, ya que, por no haber, no existe ningún artículo sobre reactivación; no sabiendo qué es lo que el legislador hubiese establecido en materia de sociedades anónimas si hubiese sido regulada la reactivación, cosa que no ha hecho, a no ser que tengamos capacidades proféticas sobre lo que el legislador no ha hecho, pero preveyendo lo que hubiese hecho si efectivamente lo hubiese hecho. Por otra parte, el artículo 261 lo que da, en nuestra opinión, es un argumento contrario a la reactivación, ya que se opera la disolución de pleno derecho de todas formas, a no ser que con anterioridad haya sido expresamente prorrogada por la Junta e inscrita dicha prórroga en el Registro Mercantil, por lo que se deduce que al legislador no le gusta de ninguna manera que la sociedad continúe como tal.

Por ello los argumentos indicados en las resoluciones últimamente citadas «se derriten como la mantequilla» en el «aceite» jurídico que implique un análisis jurídico mínimamente serio. Ello no es óbice para que nosotros nos opongamos a la reactivación de la sociedad anónima aunque su Ley no lo prevea; lo que sí discrepamos es que pueda operarse esta reactivación en los casos de disolución de pleno derecho. El legislador en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en un texto más moderno, se inclina claramente por esta última postura, que ya defendimos en nuestro trabajo citado.

## B) *La disolución de pleno derecho. Reactivación*

Hemos partido de la idea que somos partidarios de la reactivación de las sociedades anónimas en los casos normales de disolución y ello aunque la Ley de Sociedades Anónimas no lo regule explícitamente, como sí ha hecho el legislador en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995. Existen muchos argumentos a favor de esta posibilidad, entre otros el de carácter soberano de la Junta General como órgano de expresión de la voluntad social, hasta el propio artículo 251 de la Ley de Sociedades Anónimas que permite la fusión de la sociedad en liquidación. En los casos de disolución de pleno derecho la problemática es distinta; incluso la doctrina al respecto también es distinta, oscilando desde su admisión en cuanto a la reactivación hasta su rechazo.

La disolución de pleno derecho es una disolución automática prevista en la Ley en determinados supuestos de carácter muy especial, como, por ejemplo, en el caso de la disolución por transcurso del término o el supuesto excepcional y como castigo de la disolución de pleno derecho impuesta por el legislador, ajena a la voluntad constituyente por haber incumplido una obligación legal cual es la de no tener la sociedad en una fecha determinada el capital social mínimo legal.

Desde el punto de vista de la doctrina en general, es mayoritaria la tesis de la posibilidad de la reactivación de las sociedades anónimas, con la matización de admitir esa reactivación en todos los casos de disolución salvo en el del cumplimiento del término hasta incluso la tesis negativa, contraria a la disolución en todo caso (9).

En cuanto a los casos de disolución de pleno derecho, también hay distintas opiniones doctrinales, oscilando desde su admisión en cuanto a la reactivación hasta su rechazo, pero teniendo en cuenta que la mayoría de la doctrina no considera posible la reactivación de la sociedad en el caso de reactivación por transcurso del término, que es uno de los supuestos de disolución de pleno derecho (10).

No olvidemos que si el legislador quiere esas reactivaciones excepcionales, a pesar de la disolución de pleno derecho legal por mandato imperativo, así lo hace constar, como ocurrió, por ejemplo, en la Ley de Cooperativas Andaluzas. La disolución de pleno derecho se produce, como hemos indicado, automáticamente, sin necesidad de acuerdo de la Junta y entrando inmediatamente en el proceso liquidatorio, no existiendo publicidad de ese acuerdo ni la inscripción en el Registro Mercantil ya que ha operado automáticamente la causa de disolución.

---

(9) En cuanto al estado de la doctrina en este punto, véase nota 27 de nuestra obra citada.

(10) En cuanto al estado de la doctrina, DE LA CÁMARA, EMILIO BELTRÁN y PÉREZ DE LA CRUZ; véanse notas 29-31 de mi trabajo; ob. cit

La Resolución de 8 de noviembre de 1995 quizá pudiera dar un argumento favorable a la posible reactivación en los casos de disolución de pleno derecho, ya que en ese momento se trataba de la posibilidad de que una sociedad anónima disuelta por transcurso del plazo de duración previsto pudiera fusionarse con otra que la absorba, argumentando el Registrador que la sociedad disuelta por tal causa no era susceptible de reactivación. Como ya analizamos en su momento, la Dirección daba argumentos balbuceantes en este punto, incluso dando argumentos jurídicos contrarios a dicha fusión, pero aduciendo después intereses prácticos era favorable a la fusión a pesar de la disolución por transcurso del término, estableciendo el derecho de separación de los socios que no hubiesen votado a favor del acuerdo, dando razones favorables a este derecho reconocido para hipótesis similares. En su momento indiqué que esta disolución estaba enmarcada en un supuesto específico y que la misma dejaría de existir y que solamente en un breve espacio de tiempo sería necesario mantenerla para cumplir con el fenómeno de la fusión. Incluso se ha hablado de reactivación especial para este caso de fusión por absorción, ya que las relaciones activas y pasivas vuelven a recobrar vigencia en la sociedad absorbente (11).

Como consecuencia de lo anterior nuestra opinión es más tajante y dura en los supuestos de la disolución de la disposición transitoria 6.<sup>a</sup>2 y de la disposición transitoria 8.<sup>a</sup>, esta última del nuevo Reglamento del Registro Mercantil. Creemos que la voluntariedad del legislador se ha impuesto a cualquier otro tipo de voluntad de los constituyentes. Por último, indicar que el propio artículo 223 del Código de Comercio indica que «las compañías mercantiles no se entenderán prorrogadas por la voluntad tácita o presunta de los socios después de que se hubiere cumplido el término por el cual fueron constituidas; y si los socios quieren continuar en compañía celebrará un nuevo contrato sujeto a todas la formalidades prescritas para su establecimiento, según se previene en el artículo 119».

C) *El artículo 242 del nuevo Reglamento del Registro Mercantil en relación con la disposición transitoria 8.<sup>a</sup>, relativo a la reactivación*

C.1) *Introducción*

A pesar de lo indicado anteriormente por nosotros y de nuestra postura, que en muchos puntos será discutible pero que es la que creemos más lógica, está claro que no se adapta a la tenida en cuenta en la disposición transito-

---

(11) En este sentido GARDEAZÁBAL DEL RÍO, reseñado en la nota 26 de mi trabajo, ob cit.

ria 8.<sup>a</sup> del nuevo Reglamento del Registro Mercantil, que, como sabemos, permite la reactivación de la sociedad anónima disuelta de pleno derecho cuando no hubiese aumentado el capital social hasta el mínimo legal. Permitida, pues, la reactivación y estando huérfano de regulación en sede de anónimas, habrá que acudir, pensamos, a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada en su artículo 106, y en concreto también al artículo 242 del Reglamento del Registro Mercantil que no es exclusivo para las limitadas, sino también, entre otras, para la anónima. El artículo 242 establece: «1. La inscripción de la reactivación de la sociedad se practicará en virtud de la escritura pública que documente el acuerdo de reactivación. 2. Para su inscripción en el Registro Mercantil en la escritura se hará constar, además de las circunstancias generales, las siguientes: 1.<sup>a</sup> La manifestación de los otorgantes de que en su caso ha desaparecido la causa de disolución que motivó el acuerdo respectivo y que no ha comenzado el pago de la cuota de liquidación a los socios. Si la sociedad fuera anónima, de responsabilidad limitada o comanditaria por acciones se hará constar que el patrimonio contable no es inferior al capital social. 2.<sup>a</sup> La fecha de publicación del acuerdo de reactivación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* o de la comunicación escrita a cada uno de los socios que no hayan votado a favor del acuerdo si éste diese lugar al derecho de separación. 3.<sup>a</sup> La declaración de los otorgantes sobre la inexistencia de oposición por parte de los acreedores y obligacionistas o, en su caso, la identidad de quienes se hubiesen opuesto, el importe de su crédito y las garantías que hubiese prestado la sociedad. 4.<sup>a</sup> El nombramiento de los administradores y el cese de los liquidadores». El artículo 106 en sede de limitadas recoge la mayoría de los requisitos que ha establecido, en general, el legislador en el Reglamento del Registro Mercantil. En nuestro trabajo debemos centrarnos en la reactivación de la anónima, ya que es a la que estamos haciendo referencia para el supuesto de disolución de pleno derecho por la disposición transitoria 8.<sup>a</sup>, aunque los requisitos del artículo 242 del Reglamento lo son, en general, para todas; haciendo también hincapié en que el artículo 242 del Reglamento hace referencia específica a la posibilidad de la reactivación de la sociedad anónima en general. Pero no cabe la menor duda que en el caso de disolución de pleno derecho como castigo legal y habiendo el legislador permitido su reactivación, va a plantear ciertamente problemas específicos de mayor complejidad que en el caso de las reactivaciones normales por disolución de anónimas y limitadas en otros supuestos.

## C.2) Requisitos de la reactivación

Es necesario ahora el establecer para este supuesto específico del que estamos tratando cuáles son los requisitos para que opere esta reactivación en

los casos de disolución de pleno derecho por falta de adecuación a la cifra del capital mínimo legal, a pesar de que ya hemos expuesto nuestro criterio contrario a este supuesto.

a) *El primer requisito* a tener en cuenta es que debe desaparecer la causa que motivó esa disolución. En nuestro caso será necesario el acuerdo de elevación de la cifra de capital al mínimo legal o el de la suscripción total de las acciones emitidas y el desembolso de la cuarta parte, por lo menos, del valor de cada una de las acciones. Este paso será previo a todo acuerdo de reactivación, ya que ésta no sería posible, como hemos indicado, sin que antes desaparezca la causa. Lo que ocurre es que como este supuesto tiene un carácter excepcional, la forma también lo es.

b) *En segundo lugar* habrá que tomar el propio acuerdo de la reactivación, y uno de los problemas que se plantea es el tipo de mayoría que se requiere para tomar este acuerdo. Ya hemos tenido ocasión de analizar las tres últimas resoluciones de la Dirección General que hacían hincapié de una manera más clara al supuesto de la reactivación, utilizando la frase «máxime si es por acuerdo unánime de los socios». Ello creemos puede obedecer a los que consideramos no muy fuertes argumentos que utiliza la propia Dirección para permitir la reactivación, y como contrapartida quiere exigir una unanimidad en algo que entiendo forzado de principio a fin. En nuestra opinión, aunque pudiera desprenderse de este trabajo que mi postura iba a ser la de exigir unanimidad, en cambio, una vez que el legislador ha aceptado la reactivación, creo que el régimen para tomar el acuerdo sería el de las mayorías, que exige la Ley de Sociedades Anónimas para la modificación de estatutos. No olvidemos que en todo caso, al estar hablando en sede de anónimas, no hay un precepto similar al del artículo 106 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; pero por asimilación al mismo y por el carácter de la reactivación nos inclinamos por este tipo de mayoría. El artículo 103 de la Ley de Sociedades Anónimas hace referencia a la constitución de la Junta en supuestos especiales, en conexión con el artículo 144 relativo a los requisitos de la modificación de los estatutos (12). Otras opiniones establecen que en los casos normales de disolución por causa legítima, si la Junta no remueve esa causa consideran que «surge la facultad de cualquier interesado y la obligación de los administradores de solicitar la disolución judicial, estableciendo que en ausencia de norma expresa la reactivación de la sociedad sólo será posible con el consentimiento de todos ellos (13).

---

(12) En este sentido GARDEAZÁBAL DEL RIO, FRANCISCO JAVIER, en la obra: *Estudio sobre la sociedad anónima*, II. Editorial Cívitas, Madrid, 1993, pág. 448.

(13) BELTRÁN, EMILIO, en: *La disolución de la sociedad anónima* Editorial Cívitas, S.A., 1991, págs 56-57.

c) *Un tercer aspecto* a tener en cuenta será si el relativo acuerdo de reactivación en sede de anónimas dará lugar al derecho de separación de los socios. Desde el punto de vista doctrinal también existen variedad de criterios. Se ha establecido como punto esencial a tener en cuenta si el acuerdo de reactivación supone o no una sustitución en el objeto o más bien una simple modificación del mismo. Se ha indicado que «en rigor el acuerdo de disolución supone un cambio de objeto, pero un cambio de índole peculiar en cuanto a especialización del mismo, pues el objeto subsiste tal como fue configurado en los estatutos, el acuerdo de disolución no la altera en absoluto, pero pierde su significado como instrumento definidor de la actividad comercial propia de la sociedad que desde ese momento ha cesado» (14). También se ha establecido que «en el supuesto de que la sociedad salga por acuerdo de los socios del estado de liquidación para reemprender la actividad productora los accionistas disidentes no tienen derecho de separación, salvo el supuesto ya aludido de que la sociedad inicie su nueva actividad con un objeto distinto del que tenía anteriormente. El argumento de que la sustitución del objeto se da en todo supuesto de reactivación de la sociedad porque la sociedad disuelta pasa de tener como objeto las operaciones liquidatorias a realizar una industria lucrativa es inadmisibles porque la disolución de la sociedad no cambia el objeto señalado en los estatutos por otro distinto; lo que hace es interrumpir o suspender, salvo en la medida necesaria a la liquidación, el ejercicio de esa industria u objeto social. Nuestra vigente Ley sólo concede el derecho de separación en supuestos taxativamente determinados en ella; y si en el supuesto de prórroga de una sociedad que tiene indudables analogías con la reactivación de la sociedad disuelta no concede a los accionistas disidentes ese derecho, no hay ninguna razón para que puedan reputarse investidos de esa facultad en el caso de que la Junta General acuerde reanudar la actividad social» (15). Otra parte de la doctrina considera que la reactivación implica siempre sustitución del objeto social (16).

Los supuestos regulados en la Ley de Sociedades Anónimas a los efectos del derecho de separación se encuentran en los artículos 147, relativo a la sustitución del objeto social; el 149.2, relativo al cambio de domicilio, y el 225, que hace referencia a la transformación de la sociedad anónima en sociedad colectiva o comanditana.

La Dirección General en la Resolución que ya hemos comentado en varias ocasiones, de 8 de noviembre de 1995, relativa a la posibilidad de que una

---

(14) En este sentido GARDEAZÁBAL DEL RÍO en relación con la nota 30, relativa a GIRÓN TENA, ob cit., pág. 448.

(15) URÍA, RODRIGO, MENÉNDEZ, AURELIO, y OLIVENCIA, MANUEL, en: *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo XXI, Editorial Cívitas, S.A., 1992, págs. 88-89.

(16) En este sentido BLANQUER UBEROS, ROBERTO, reseñado por GARDEAZÁBAL DEL RÍO en la nota 31 de la obra citada, pág. 449.

sociedad anónima disuelta por transcurso del plazo de duración previsto pueda fusionarse con otra que la absorba, en la que el Registrador negó esta posibilidad aduciendo que la sociedad disuelta por tal causa no era susceptible de reactivación, ha tenido argumentos para facilitar ese acuerdo de fusión. La Dirección permite la fusión, entre otros argumentos, de los que entresacamos los que más nos interesan en este punto, indicando que a pesar de no estar claro el tema, en base a la normativa actual indica en su fundamento de derecho segundo que «se hace preciso, pues, en defecto de solución específica inequívoca arbitrar remedios que compaginando los intereses prácticos subyacentes gocen de un fundamento analógico... y en este sentido el derecho de separación de los socios».

La resolución equipara este supuesto de fusión al de una reactivación en cuanto a la sociedad disuelta y establece que «en este sentido el derecho de separación de los socios que no hubieren votado a favor del acuerdo resulta especialmente adecuado en cuanto a que: a) Se trata del derecho reconocido para hipótesis similares en las que la voluntad social modifica *a posteriori* previsiones iniciales... b) Armoniza el objetivo de conservación de la empresa con el interés de los socios minoritarios... c) La disolución de la sociedad, si bien no extingue la personalidad jurídica sí provoca la pérdida definitiva de vigencia de la cláusula estatutaria relativa al objeto social... de modo que su participación en un proceso de fusión por absorción... equivale a la sustitución del objeto social...».

Como podemos apreciar, la Dirección en este caso permite el derecho de separación de los socios aunque no esté dentro de los supuestos regulados en la Ley de Sociedades Anónimas, y de otro lado considera a qué equivale la sustitución del objeto social, aunque, si bien es cierto, lo indica en un caso muy especial como lo es el que la sociedad disuelta se fusione en otra; aunque no olvidemos que se ha hablado de reactivación especial y provisional para este supuesto.

Aunque fuera, y de hecho puede ser, defendible la postura de la no existencia del derecho de separación de los socios que no han votado a favor del acuerdo, la realidad es que estamos hablando de una reactivación forzada sacada de contexto, en mi opinión contraria a toda filosofía de lo que significa la disolución de pleno derecho y más en concreto por la causa estudiada; y como consecuencia es necesario establecer el derecho de separación de los socios que no han votado a favor del acuerdo, con las previsiones legales que establece la Ley de Sociedades Anónimas en supuestos de separación de socios (art. 147 LSA, en conexión con el 335 y 145). Por supuesto, si ha habido unanimidad por parte de todos los socios, en la toma del acuerdo no existirá dicho derecho.

d) *Otro punto* a tener en cuenta es hasta qué momento se puede tomar el acuerdo de reactivación. La doctrina también en este punto es variada.

Desde los que piensan que el momento final es la cancelación (17). Otros lo concretan en el momento de la aprobación del balance final (18). Por último, se ha indicado que el momento hasta el cual pueda ser tomado el acuerdo de reactivación dependerá de si se ha iniciado o no el reparto del activo entre los socios o bien resulte obligatorio para los liquidadores, esto es, cuando haya transcurrido el plazo legal para la impugnación del balance final. En relación con esta última solución se ha indicado que es la más adecuada «en base a la aplicación analógica del artículo 251 de la Ley de Sociedades Anónimas que admite la posibilidad de que la sociedad se fusione hasta el momento en que haya comenzado el reparto del activo entre los socios» (19). La nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada en su artículo 106.1 establece que, efectivamente, la Junta General podrá reactivar o acordar la reactivación de la sociedad disuelta cuando no haya comenzado el pago de la cuota de liquidación a los socios. En conexión con este artículo el nuevo Reglamento del Registro Mercantil en su artículo 242.2.1.ª también indica que no haya comenzado el pago de la cuota de liquidación a los socios.

e) La protección de los socios y de los acreedores. Los aspectos formales

El artículo 242.2.2.ª y 3.ª del RRM hace referencia de alguna manera a los aspectos formales de esa reactivación y a la protección de los derechos de los socios disidentes al acuerdo y, sobre todo, de la protección de los terceros acreedores.

En este sentido establece que deberá constar «la fecha de publicación del acuerdo de reactivación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* o de la comunicación escrita a cada uno de los socios que no hayan votado a favor del acuerdo si éste diese lugar al derecho de separación. En principio, si la publicación fuese dirigida únicamente en beneficio de los socios y el acuerdo ha sido votado por unanimidad de todos los socios, no parecería necesario el requisito de la publicidad de dicho acuerdo. e incluso creemos que tampoco sería necesario con relación a los socios asistentes que hayan disentido siempre que se trate de Junta Universal. Pero en cambio, como luego indicaremos, **la publicación será necesaria en todo caso para la protección de los derechos de los acreedores, que deben conocer el acuerdo mediante su publicidad.** No olvidemos que en el caso que nos ocupa estamos intentando

---

(17) En este sentido URÍA, MENÉNDEZ y BELTRÁN, reseñados por GARDEAZÁBAL DEL RÍO en la nota 27, *op cit*, pág. 447.

(18) En este sentido MANUEL DE LA CÁMARA, reseñado por GARDEAZÁBAL DEL RÍO en la nota 28, *op. cit*, pág. 447

(19) En este sentido GARDEAZÁBAL DEL RÍO, *op cit.*, pág. 447.

adaptar el artículo 242 del RRM al supuesto de las anónimas con disolución de pleno derecho de la disposición transitoria 8.ª.

Este artículo, en nuestra opinión, está pensado en las sociedades limitadas, donde efectivamente, al referirse al derecho de separación de los socios, en su artículo 97.1 indica que «los acuerdos que den lugar al derecho de separación se publicarán en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*. El órgano de administración podrá sustituir dicha publicación por una comunicación escrita a cada uno de los socios que no hayan votado a favor del acuerdo. El derecho de separación podrá ejercitarse en tanto no transcurra un mes, contado desde la publicación del acuerdo o desde la recepción de la comunicación». Buena prueba de lo indicado anteriormente es la transcripción casi literal del texto que hace el artículo 242 del Reglamento del Registro Mercantil. Creemos que en sede de anónimas la publicación del acuerdo en el *BORME* debe ser siempre obligatoria, y no estableciéndose la alternativa que se determina en sede de limitadas. Si estamos de acuerdo en que debe existir derecho de separación por los argumentos que dimos en su momento, habrá que remitirse a la sede de las sociedades anónimas con criterio análogo del artículo 147 de dicha Ley, que en su punto 1, párrafo 2.º, establece: «el derecho habrá de ejercitarse por escrito en el plazo de un mes a contar desde la comunicación del acuerdo en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*. En cambio, de la lectura del artículo 242 del nuevo Reglamento parece derivar que el acuerdo de reactivación no dé el derecho de separación de los socios disidentes, ya que indica: «si éste diese lugar al derecho de separación» (está haciendo referencia al acuerdo de reactivación).

Para los partidarios de que no exista ese derecho de separación, en el caso concreto que tratamos en esta *addenda*, no será necesaria dicha publicidad en cuanto al propio acuerdo de reactivación, ya que el propio Reglamento, en su artículo 242.2.2.ª *in fine*, hace referencia a la publicación si el acuerdo diera lugar al derecho de separación o, en su caso, a la comunicación escrita a cada uno de los socios que no hayan votado a favor del acuerdo.

Por supuesto, y como hemos indicado anteriormente, si existe unanimidad de todos los socios no se daría ese derecho de separación y a primera vista parecería innecesaria la publicación en este caso de anónimas; pero hay que tener en cuenta que existen otros terceros, que son los acreedores, que tienen un derecho de oposición y que tienen el derecho de ejercitarlo desde que lo conocen, y este mecanismo de conocimiento es el de la publicidad necesaria mediante la oportuna publicación, como luego veremos. Siendo congruentes con este derecho de separación, si éste se ejercita efectivamente habrá que acudir a la reducción de capital correspondiente, pero en operación «acordeón» al aumento simultáneo si queda por debajo del mínimo legal aun después del primer paso, que será siempre, como indicamos líneas arriba, el de salir de la causa de disolución de pleno derecho.

Otro tema será el del derecho de los terceros acreedores y el aspecto formal que de él se deriva. En este sentido el nuevo Reglamento toca el tema al indicar que uno de los puntos de la escritura pública de ese acuerdo de reactivación es «la declaración de los otorgantes sobre la inexistencia de oposición por parte de los acreedores y obligacionistas o, en su caso, la identidad de quienes se hubiesen opuesto, el importe de su crédito y las garantías que hubiese prestado la sociedad». Aquí nos encontramos con otro punto específico en sede de anónimas pero que también lo tiene en el de las limitadas, es decir, la protección desde el punto de vista formal con relación a los terceros acreedores.

En sede de limitadas, el artículo 106.3 establece que «los acreedores sociales podrán oponerse al acuerdo de reactivación, en las mismas condiciones y con los mismos efectos previstos en la Ley, para el caso de fusión. Aquí el aspecto de garantía para los terceros acreedores desde el punto de vista formal es mucho más exigente incluso en sede de limitadas (menos severa, en general, que las anónimas), ya que este artículo citado se remite a la fusión de sociedades; y como bien sabemos, el artículo 94 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en el tema de fusión, a su vez se remite a las secciones 2.ª y 3.ª del capítulo VIII de la Ley de Sociedades Anónimas, y ahí nos encontramos, entre otros, con los artículos 242 en cuanto a la publicación del acuerdo de fusión, y el 243 relativo al derecho de oposición de los socios. El artículo 242 de la Ley de Sociedades Anónimas establece que «el acuerdo de fusión, una vez adoptado, se publicará tres veces en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* y dos en periódicos de gran circulación en las provincias en las que cada una de las sociedades tenga su domicilio. En el anuncio se hará constar el derecho que asiste a los accionistas y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance de la fusión».

Por su parte, el artículo 243.1 establece que «la fusión no podrá ser realizada antes de que transcurra un mes, contado desde la fecha del último anuncio del acuerdo de la Junta General. Durante ese plazo los acreedores de cada una de las sociedades que se fusionan podrán oponerse a la fusión en los términos previstos en el artículo 166».

Al analizar el artículo 242 en sede de anónimas se han planteado algunos temas relativos a su interpretación (20).

En nuestra opinión, quizá sea demasiado duro el exigir los requisitos de publicidad del artículo 242 de la Ley de Sociedades Anónimas, que está pensado para el supuesto de fusión y en donde los intereses en juego pueden tener carácter más grave para los terceros, sobre todo por la posible situación en la que se encuentre la sociedad absorbente. En cambio, en nuestro caso la

---

(20) CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, PEDRO, *La sociedad de responsabilidad limitada*, I. Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, 1995, pág. 496.

sociedad al reactivarse continúa de hecho y de derecho en el tráfico jurídico con los mecanismos normales de protección en cuanto a los créditos no vencidos y los vencidos.

Lo que sí está claro es la necesidad de la publicidad del acuerdo de reactivación frente a los terceros, y en concreto a los acreedores. En el intento de armonizar este criterio evitando posiciones rigurosas, podríamos acudir, por analogía, al artículo 263 de la Ley de Sociedades Anónimas relativo a la publicidad del acuerdo de disolución, donde se establece que «el acuerdo de disolución o la resolución judicial, en su caso, se inscribirán en el Registro Mercantil, publicándose además en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* y en uno de los diarios de mayor circulación del lugar del domicilio social». Esta aplicación analógica puede ser válida ya que la reactivación y la disolución son dos caras opuestas de una misma moneda, más aún cuando estamos huérfanos en sede de anónimas de toda regulación sobre la reactivación. En conclusión, el acuerdo deberá publicarse, según este criterio, en el *BORME* y en uno de los diarios de mayor circulación del lugar del domicilio social.

No compartimos la idea de los que puedan pensar, incluso al hilo del Reglamento, en prescindir de toda publicación cuando no se dé el derecho de separación, o incluso para los que piensen que no existe tal derecho aduciendo que los acreedores sociales tienen perfectamente garantizados sus derechos porque la sociedad va a seguir en el tráfico jurídico por los argumentos anteriormente esgrimidos y, más aún, por la importancia y excepcionalidad forzada de esta reactivación en sede de anónimas.

f) El patrimonio contable no sea inferior al capital social

Se ha indicado que «responde esta exigencia al principio de integración del capital social... parece, pues, como si se pensase en la reactivación como una nueva constitución de la sociedad, al menos por lo que a la correlación entre patrimonio y capital se refiere... ahora bien, «las medidas para lograr esa correlación pueden afectar o bien al capital... o bien al patrimonio social» (21).

g) El nombramiento de nuevos administradores

El artículo 242.2.4.<sup>a</sup> del nuevo Reglamento establece como requisito en la escritura de reactivación el nombramiento de los administradores y el cese de los liquidadores. Esta idea responde al propio concepto de la reactivación, ya

---

(21) CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, PEDRO, ob. cit., pág. 495.

que si ésta se produce la función de los liquidadores no tiene ningún sentido, debiendo ser los administradores los que en su momento eleven a público el acuerdo social, además de en su caso certificar el acta de la Junta. Para el tema de los administradores en los casos específicos de las anónimas que tratamos, nos encontramos con el mismo problema al que ya aludimos al hablar del nombramiento de los liquidadores cuando la sociedad disuelta debía continuar su proceso liquidatorio, ya que considerábamos que tanto hubieran sido nombrados por tiempo definido, ya que en ningún caso esos nombramientos habrían tenido acceso ya que la sociedad no estaba adaptada, entre otros puntos, por la falta del capital mínimo legal, como los nombrados anteriormente por tiempo indefinido, los cargos estarían caducados en todo caso por el antiguo Reglamento del Registro Mercantil de 1 de enero de 1995 en su disposición transitoria 4.<sup>a</sup>. Por tanto, si la Junta era Universal no había problema ya que en la misma se nombraban los administradores o, en su caso, la del artículo 101 de la Ley de Sociedades Anónimas (22). Todo ello al plantearse quiénes pueden convocar la Junta (caso de que no sea posible hacer Junta Universal) para realizar todas las operaciones tendentes a la reactivación, entre otras, la del propio nombramiento de los nuevos administradores. Al hilo de este razonamiento quiero manifestar mi asombro por lo que creo es falta de corrección técnica.

El nuevo Reglamento reproduce la ya citada disposición transitoria 4.<sup>a</sup> en una nueva disposición transitoria 11, que para recordar indica: «Los nombramientos de cargos por tiempo indefinido realizados al amparo de la legislación anterior y que no estén admitidos por la Ley de Sociedades Anónimas caducarán a los cinco años de la entrada en vigor del presente Reglamento, cancelándose de oficio o a instancia de cualquier interesado mediante la oportuna nota marginal. Queda a salvo la sanción prevista en el número 4 de la disposición transitoria 4.<sup>a</sup> de la citada Ley». Si nos atuviéramos al contenido literal de esta disposición parecería que hasta el año 2001 quedarían vigentes esos cargos. Pero eso es de todo punto imposible, ya que el 1 de enero de 1995, por lo indicado en el antiguo Reglamento ya habían caducado y siguiendo el tenor de la norma el Registrador de oficio habrá cancelado esos nombramientos. ¿Es que resucitan ahora, rememorando el pasaje de la resurrección de Lázaro? ¿Es que hay una especie de prórroga mágica de algo que en teoría ya está cancelado? ¿Es que se refiere a otros que hayan tenido acceso con posterioridad pero basados en la legislación anterior, aunque sabemos que no podrán tener acceso al Registro si van en contra de las normas de carácter imperativo?

La única explicación lógica es la más ilógica, es decir, que no se han dado cuenta y ha transcrito por error la antigua disposición transitoria 4.<sup>a</sup> sin darse cuenta.

---

(22) En este sentido véase mi trabajo, *ob cit*

### III. CONCLUSIONES

Creo que las conclusiones son fácilmente extraíbles de las páginas anteriormente escritas. Ha existido, en nuestra opinión, el querer dar una solución forzada a un tema que el legislador no tuvo en su momento en cuenta al establecer la disposición transitoria 6.ª.2 y ahora se quiere enmendar una plana que tiene ya demasiados borrones que son muy difíciles de quitar sin romper la hoja de papel. Hubiera sido más lógico una norma con rango de Ley que diese esa amnistía, aunque desde el punto de vista de técnica jurídica y doctrinal las críticas hubiesen seguido siendo válidas, pero al menos hubiésemos guardado las apariencias en algo tan contundente como que un Reglamento altere y modifique algo en un punto tan esencial. Dejamos para otras ocasiones otro temas también apasionantes, como el de la cesión del activo y del pasivo. A pesar de ello hemos hecho el intento de analizar el proceso de reactivación aunque haya sido a través del camino más difícil: defendiendo el derecho de separación de los socios, no exigiendo la unanimidad para la toma del acuerdo y siendo consecuentes, creemos, en el tema de la publicidad. Podríamos haber tomado posturas «más facilonas», pero ese no es nuestro cometido, como tampoco el de alabar una solución sacada a trasmano que muchos alabarán y que se quedarán sorprendidos, quizá, por estas páginas.

FRANCISCO JAVIER GARCÍA MAS  
Notario de Rincón de la Victoria (Málaga)  
Profesor Asociado en Derecho Civil  
de la Facultad de Derecho. Universidad de Málaga

# La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones bilaterales (\*)

*SUMARIO*· I. SIGNIFICADO DE LA BILATERALIDAD EN LAS OBLIGACIONES.—II. BILATERALIDAD GENÉTICA Y FUNCIONAL.—III. LOS EFECTOS TÍPICOS DE LAS OBLIGACIONES BILATERALES —IV. EL CUMPLIMIENTO SIMULTANEO DE LAS OBLIGACIONES.—V. LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO: A) CONCEPTO Y FUNDAMENTO LEGAL. B) NATURALEZA JURÍDICA. C) EFECTOS. D) REQUISITOS. E) LA EXCEPCIÓN DE CUMPLIMIENTO INADECUADO Y LA DEFENSA DEL ACREEDOR FRENTE A LOS INCUMPLIMIENTOS MENORES.—VI. LA CONSTITUCIÓN Y LA COMPENSACIÓN DE LA MORA: A) LA COMPENSACIÓN DE LA MORA: a) *Requisitos*. b) *Efectos*.—B) LA CONSTITUCIÓN EN MORA: a) *La interpretación de la norma en doctrina*. 1.ª Tesis de la mora por medio de la intimidación. 2.ª Tesis de la mora mediante el cumplimiento.—b) *La interpretación de la norma por la jurisprudencia*. 1.ª La exigencia judicial del requerimiento para la mora. 2.ª La innecesidad del requerimiento para la constitución en mora.— c) *La interpelación y la regla de la simultaneidad en el cumplimiento*. d) *Los requisitos de la mora mediante el cumplimiento*.

## I. SIGNIFICADO DE LA BILATERALIDAD EN LAS OBLIGACIONES

El calificativo «bilateral», aplicado a las obligaciones civiles, no hace referencia a los sujetos de la relación jurídica, sino a su contenido, esto es, a la dualidad (o pluralidad) de vínculos que de ella derivan para las partes. Por contraposición a las obligaciones unilaterales o simples, que generan

---

(\*) Texto de la ponencia presentada en Madrid el 16 de abril de 1996 dentro del Curso sobre Derecho de Obligaciones del Plan Estatal de Formación de Jueces y Magistrados organizado por el Consejo General del Poder Judicial.

deberes para una sola de las partes, sin generarlos para la otra, las obligaciones bilaterales suponen, en una primera aproximación, que los dos sujetos de la obligación se hallan «obligados» y, más recíprocamente, que lo están entre sí de modo recíproco o correlativo.

La bilateralidad así entendida no difiere sustancialmente de la concepción estructural ofrecida por el Derecho Romano clásico, para el que las obligaciones bilaterales y las acciones que de ellas nacían, aun surgiendo coetáneamente *ex nudo consensu* y siendo correlativas entre sí, se desenvolvían paralelamente, con absoluta independencia (1). La falta de cumplimiento de una de las obligaciones carecía por sí sola de repercusión en la otra.

En el Derecho intermedio y por obra fundamentalmente de los decretalistas medievales, impulsores de la máxima *fides non servanda est ei qui fraganti fide* y de la definitiva identificación de *synalagma* y contrato (2), con la asimilación de los contratos innominados a los consensuales fue abriéndose camino una concepción de la bilateralidad que, trascendiendo de la simple dualidad y reciprocidad de las obligaciones concurrentes, vino a hacer de su interdependencia o mutua condicionalidad nota esencial de su estructura típica.

Esta concepción, que identifica bilateralidad con *synalagma*, interdependencia y mutua causalidad, era comúnmente compartida en el período codificador (3) y ha terminado por imponerse tanto en la doctrina (4) como en la jurisprudencia española desde sus orígenes hasta nuestros días.

(1) Sobre el sentido originario y la evolución histórica de las obligaciones bilaterales, cf. VATTIER FUENZALIDA, CARLOS, «Obligaciones bilaterales», en *Nueva enciclopedia jurídica*, t. XXV, Barcelona, 1986, págs. 29 y sigs.

(2) Se han citado como textos de autoridad en esta identificación los del *Digesto* 50,16,19, que atribuye a Labeón la definición de contrato como «la obligación recíproca, que los griegos llaman *synalagma*, como la compraventa, la locación-conducción...», y *Digesto* 2,14,7,2, que recoge la respuesta de Aristón a Celso de que «cuando el negocio no pasa de tener nombre de contrato, pero existe sin embargo una causa... hay una obligación; por ejemplo, si te di una cosa para que me dieras otra, o bien te la di para que hagas algo, esto es en griego un *synalagma* y nace de aquí una obligación». versión castellana de D'ORS, ALVARO, *El Digesto de Justiniano*, Pamplona, 1975.

(3) Expresiva resulta en este sentido la asimilación de los términos «*synalagmático*» y «*bilateral*» para definir el artículo 102 del *Code*. el contrato, «cuando los contratantes se obligan recíprocamente uno respecto de otro».

(4) No han faltado, sin embargo, opiniones críticas con esta corriente doctrinal, como la patrocinada por ALONSO PÉREZ, *Sobre la esencia del contrato bilateral*. Salamanca, 1967, para el que «la reciprocidad de las obligaciones bilaterales supone correlación entre las mismas, pero no mutua casualidad o interdependencia. Aquellas nacen de la necesidad de satisfacer intereses opuestos o al menos diferentes, obedecen a distinta finalidad —obtener el precio, adquirir la cosa— y su característica esencial reside en el paralelismo, que desaparece cuando se opera el cambio de bienes o servicios», págs. 35-36. En sentido coincidente se pronuncia VATTIER FUENZALIDA, para quien el elemento esencial de la bilateralidad es la correlación, «la que es propia y exclusiva de la estructura típica que presentan las obligaciones recíprocas en nuestro Derecho», *op cit.*, pág. 39.

Desde la premisa de la interdependencia de las prestaciones se ha puesto de relieve que «es esencial para el concepto de la obligación bilateral que las prestaciones de cada una de las partes sean prometidas a título de contrapartida o retribución por las prestaciones de la otra» (5); que en las obligaciones bilaterales cada una de ellas es «causa» de la otra (6), «existiendo entre las prestaciones una condicionalidad mutua» (7) en cuanto «cada parte acepta el sacrificio que para ella supone realizar la prestación que le incumbe con la finalidad de lograr como resultado la prestación que la otra parte debe realizar (8); y que, por efecto de la concausalidad obligacional, ambas partes son, a su vez y por la misma razón, acreedora y deudora la una de la otra (9).

También desde la óptica de la economía del contrato se ha reseñado que «en la relación obligatoria sinalagmática cada deber de prestación funciona como equivalente y como contravalor del deber de prestación recíproco» (10). Ello no significa que deba existir entre ambas prestaciones una equivalencia objetiva contratable con arreglo a parámetros externos, pero sí que en plano subjetivo de los obligados recíprocamente han sido queridas y convenidas como equivalentes. Y aunque sea referida a esa subjetiva equivalencia, puede decirse con ARECHEDERRA (11) que «la protección de la reciprocidad silagmática..., tendiendo como tiende al mantenimiento de su situación equilibrada, alcanza a proteger la equivalencia de las prestaciones tal como se pactó».

---

(5) CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho Civil español, Común y Foral*, t. III, revisado por GARCÍA CANTERO, Madrid, 1992, pág. 144.

(6) ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, *Derecho Civil*, t. II. *Derecho de Obligaciones Parte General*, Barcelona, 1970, pág. 66, donde también indica como alternativa la consideración de cada una como «contraobligación respecto de la otra».

(7) BONET RAMÓN, F., *Código Civil comentado*, artículo 1124, Madrid, 1962, pág. 842.

(8) DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Madrid, 1990, págs. 162-163.

(9) PUIG BRUTAU, JOSÉ, *Fundamentos de Derecho Civil*, t. I, vol. II, Barcelona, 1959, pág. 149. En parecidos términos se pronuncian LACRUZ y DELGADO, *Elementos de Derecho Civil*, t. II, vol. I, Barcelona, 1985, reimpr. 1990, pág. 263.

(10) DíEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, t. II. *Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1993, pág. 374. A la contemplación de cada una de las presentaciones como *equivalente* de la otra se refieren también en la definición de las obligaciones bilaterales FEDERICO PUIG PEÑA, para el que en estas relaciones obligatorias «la prestación de cada una de las partes se halla condicionada por la actividad equivalente de la otra», *Compendio de Derecho Civil español*, t. III, vol. 1º, Barcelona, 1966, págs. 66-67; DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, para quien cada obligación es la contrapartida de la otra, su equivalencia, de suerte que vienen a equilibrarse ambas obligaciones en el juego de intereses que el contrato armoniza, *Manual de Derecho Civil español*, Madrid, 1975, vol. III, pág. 357; y LACRUZ y DELGADO, para quienes en esta clase de obligaciones «la prestación de un contratante se quiere por el otro como equivalente de la que él realiza», *Elementos de Derecho Civil*, cit., pág. 263.

(11) ARECHEDERRA ARANZADI, LUIS, *La equivalencia de las prestaciones en el Derecho contractual*, Madrid, 1978, pág. 25.

La jurisprudencia se ha hecho asimismo eco de estos caracteres configuradores de la obligación bilateral, habiendo declarado en *Sentencia de 5 de enero 1935* (Ar. 198), con fórmula que se remonta a una vieja *Sentencia de 5 enero 1905* y se reitera en las más recientes de *8 julio 1954* (Ar. 2027) y *18 noviembre 1994* (Ar. 8843), que «para que pueda hablarse de obligaciones bilaterales o recíprocas hace falta no sólo que en un mismo contrato se establezcan prestaciones a cargo de ambas partes, sino que la obligación de cada una de ellas haya sido querida como equivalente de la otra y, por consiguiente, exista entre ellas una mutua condicionalidad»; en *Sentencia de 31 de diciembre 1971* (Ar. 5450), que en las obligaciones recíprocas «cada una de las atribuciones patrimoniales debe su origen a la otra, hallándose éstas en condicionalidad mutua», y en *Sentencia de 17 junio 1994* (Ar. 4932), que es bilateral o recíproco el contrato «que se basa en la contraposición de dos prestaciones... entre sí enlazadas de un lado y otro y unidas por la nota de lo sinalagmático» (12), reiterando en la *Sentencia de 18 noviembre 1994* (Ar. 9322) que en las obligaciones bilaterales «cada deber de prestación constituye para la otra parte la causa por la cual se obliga, resultando tan íntimamente enlazado ambos deberes que tienen que cumplirse simultáneamente».

## II. BILATERALIDAD GENÉTICA Y FUNCIONAL

La reciprocidad e interdependencia de las obligaciones bilaterales no se limita únicamente al momento inicial o causal de la perfección del contrato, sino que despliega también sus efectos en el posterior desarrollo de la relación contractual, presidiendo la ejecución del programa prestacional. A ambos aspectos se ha referido la doctrina con la distinción entre «sinalagma genético» y «sinalagma funcional».

La distinción tiene su origen en la polémica de los postglosadores sobre la *causa impulsiva* y la *causa finalis* y en la doctrina de los canonistas medievales, que consideró que en las obligaciones mutuas engendradas por los contratos consensuales había que apreciar una relación de causalidad que las unía no sólo en el momento de su génesis, sino también en el de su ejecución.

---

(12) El texto de la sentencia, referida a la compraventa de un bien inmueble, sigue razonando que aquella relación de intercambio, que ha de ser muy bien captada desde el punto de vista jurídico, «resulta de los artículos 1.124 y 1.445 del Código Civil, al reglamentar la dependencia recíproca entre ambas prestaciones, siguiendo una concepción incluso de carácter popular».

A la bilateralidad se refiere también la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de mayo 1993* cuando señala que «supone que las dos partes son coetánea y recíprocamente acreedoras y deudoras, si bien cada una de ellas de un objeto distinto, pero con obligaciones indisolublemente concretas, de tal forma que cada una de ellas existe en virtud de la otra», en *Revista General de Derecho*, núm. 588, 1993, pág. 8905.

Es, sin embargo, la doctrina alemana de mediados del pasado siglo (13) la que ha dado a esta distinción su significación actual, habiendo hecho particular fortuna en la doctrina general y en la jurisprudencia, al punto de constituir una común referencia explicativa de algunas de las más destacables particularidades de las obligaciones bilaterales.

La idea del *senalagma genético* significa, en expresión de Díez-Picazo, que «en la génesis de la relación obligatoria cada deber de prestación constituye para la otra parte la razón de ser o la causa por la que queda obligada a realizar o ejecutar su propia prestación. Por ello, un regular desenvolvimiento de la relación obligatoria sinalagmática exige la existencia de ambas obligaciones. La inexistencia o la subsiguiente desaparición de uno de los deberes de prestación lleva aparejada la consecuencia de que el otro, aislado, carezca por completo de sentido y de razón de ser» (14).

Frente a ella, el *senalagma funcional* supone que ambos deberes de prestación, en cuanto están enlazados funcionalmente, deben cumplirse al mismo tiempo. De él surge, como regla, la simultaneidad en la ejecución de las prestaciones recíprocas. Mientras el *senalagma genético* contempla la reciprocidad e interdependencia entre las obligaciones, el *senalagma funcional* la refiere a las prestaciones.

Pese a la generalización de esta doctrina, no han faltado, sin embargo, contradictores que han cuestionado la necesidad y utilidad de la noción de *senalagma funcional* (15), en el entendimiento de que su génesis y función son manifestaciones de una misma realidad, tan sólo distinguibles en el orden lógico, en cuanto no es posible obligarse sin pensar en la prestación, ni realizar ésta sin la existencia de una previa vinculación.

La jurisprudencia recurre con frecuencia a la distinción entre el *senalagma genético* y el *senalagma funcional* para justificar las consecuencias derivadas de la bilateralidad o reciprocidad de las obligaciones. Así, entre las más recientes, en las *Sentencias de 10 enero 1991* (Ar. 295) y *18 noviembre 1994* (Ar. 9322) el Tribunal Supremo ha declarado que las obligaciones recíprocas «tienen por

---

(13) Señala ANGEL CRISTÓBAL MONTES que «fue BECHMANN quien primeramente y en relación al contrato de compraventa distinguió entre bilateralidad genética, basada en el cambio de dos promesas recíprocas que da lugar a la conexión de las obligaciones en el instante mismo en que éstas nacen, y la bilateralidad funcional, que guarda relación con la mutua dependencia que se establece a la hora del cumplimiento de tales obligaciones», *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, Madrid, 1984, pág. 63.

(14) Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, t. II, cit., pág. 375

(15) Así ALONSO PÉREZ, *op cit.*, especialmente págs. 31-32, al que sigue VATTIER FUENZALIDA, *op cit.*, págs. 35-36, habiéndose puesto de relieve que el papel positivo atribuido al *senalagma funcional* durante la dinámica de la relación obligatoria posterior a su perfección queda cumplido con la que FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO denomina «continuación del influjo de la causa sobre la relación negocial», en *El negocio jurídico*, reedición, Madrid, 1985, pág. 313.

contenido un sinalagma doble: el genético, en cuanto una atribución patrimonial debe su origen a la otra, y el funcional, significativo de la interdependencia que las dos atribuciones patrimoniales tienen entre sí en el desarrollo de la relación contractual» (16), señalando, por su parte, la *Sentencia de 10 noviembre 1993* (Ar. 8958), con referencia en particular al contrato de obra, que «las respectivas obligaciones tienen un indiscutible carácter recíproco (sinalagmático) por cuanto son interdependientes tanto en su génesis —determinan la causa del contrato— como en su desarrollo funcional, ya que su cumplimiento ha de ser, en principio, simultáneo, salvo pacto especial al respecto».

### III. LOS EFECTOS TÍPICOS DE LAS OBLIGACIONES BILATERALES

El Código Civil no contiene una regulación sistemática de las obligaciones bilaterales, pero con la denominación de «recíprocas» (17) se ocupa de ellas en preceptos dispersos al objeto de disciplinar algunas de las peculiares consecuencias que se derivan de la propia reciprocidad y dotan a la categoría de su específica tipicidad. Todas ellas guardan relación con el cumplimiento correlativo de las prestaciones interdependientes.

La doctrina suele citar como efectos característicos de esta clase de obligaciones: el especial régimen de constitución en mora regulado en el último párrafo del artículo 1.100 del Código Civil, la excepción de incumplimiento contractual o contrato no cumplido, la resolución del contrato por incumplimiento establecida en el artículo 1.124 del mismo cuerpo legal y la incidencia en el reparto de los riesgos por pérdida de la cosa o imposibilidad sobrevenida de la prestación.

Algunos autores reducen a tres los efectos, sea considerando la excepción de incumplimiento contractual y la regla sobre iniciación y compensación de la mora simples manifestaciones del principio de simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones recíprocas (18), sea subsumiendo en el efecto

---

(16) La *Sentencia de 10 enero 1991* cita, por su parte, como antecedente de esta doctrina las *Sentencias de 28 septiembre 1965* (Ar. 4056), *25 junio 1985* (Ar. 3314) y *22 octubre 1985* (Ar. 4963)

(17) Los artículos 1.100 y 1.124 se refieren expresamente a las «obligaciones recíprocas», y el artículo 1.120 a las «prestaciones recíprocas». Referida al contrato oneroso, el artículo 1.289 del mismo Código Civil establece como pauta hermenéutica para resolver en última instancia las dudas a que diere lugar su interpretación la «mayor reciprocidad de intereses»

(18) TOMÁS OGAYAR Y AYLLÓN cita como consecuencia típica de la interdependencia de las obligaciones la exigencia de su cumplimiento simultáneo, de la que deriva «la imposibilidad de incurrir en mora una parte mientras la otra no cumpla (*compensatio mora*) y el no poder exigir una de las partes el cumplimiento de la obligación a la otra

resolutorio de la obligación bilateral tanto el incumplimiento imputable como la imposibilidad fortuita de la prestación a cargo de una de las partes (19).

También la *Sentencia de 3 diciembre 1955* (Ar. 3604), refiriéndose al contenido de las obligaciones bilaterales o recíprocas, establece que las consecuencias de su interdependencia se recogen en el artículo 1.124 del Código Civil, «regulando como efectos propios de estas obligaciones la *exceptio non adimpleti contractus*, la *compensatio morae* y la resolución del contrato en caso de incumplimiento por una de las partes.

Si la excepción de incumplimiento contractual y el régimen de constitución y compensación de la mora son consecuencia o manifestación de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones recíprocas y ello justifica el estudio de ambos efectos desde la premisa de esta regla general, debe tenerse también presente que la resolución de estas obligaciones, tradicionalmente ligada al incumplimiento culpable de uno de los obligados, es susceptible de una más amplia contemplación vinculadora de tal efecto a la quiebra de la reciprocidad producida por la objetiva inexecución de una de las prestaciones en cuanto priva de causa o razón de ser a la prestación correlativa; quiebra que tiene lugar tanto si la inexecución es imputable al deudor como si es debida a circunstancias sobrevenidas de carácter fortuito que imposibilitan su realización, lo que asimismo justifica su conjunta y global consideración, no debiendo por lo demás olvidarse que a la resolución del vínculo obligatorio pueden también conducir la excesiva onerosidad de una de las prestaciones recíprocas por quiebra de su equivalencia o la pérdida de utilidad de cualquiera de ellas por frustración del fin que determinó su constitución.

#### IV. EL CUMPLIMIENTO SIMULTANEO DE LAS OBLIGACIONES

La simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones bilaterales es consecuencia de la proyección de su interdependencia o mutua condicionali-

---

sin haber cumplido por su parte la suya (*exceptio non adimpleti contractus*), *Efectos que produce la obligación bilateral*, cit., pág. 16.

(19) Así LUIS DíEZ-PICAZO, quien tras «rechazar con carácter general la exigencia de que el incumplimiento resolutorio tenga que ser necesariamente imputable al demandado», mantiene que «en el Código existe una resolución por imposibilidad sobrevenida», razonando que «la sobrevenida desaparición de la causa, aunque se produzca por razones fortuitas, produce una desaparición de la causa de la obligación recíproca y la resolución queda justificada», *Fundamentos* ., cit., págs. 718-720.

También ANGEL CRISTÓBAL MONTES refiere la resolución a la imposibilidad sobrevenida de la prestación, bien que distinguiendo, en relación a sus consecuencias, la «imposibilidad sobrevenida imputable» de la «imposibilidad sobrevenida no imputable», en *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1989

dad al cumplimiento de las respectivas prestaciones. Como apunta GEMA DÍEZ-PICAZO, «las obligaciones recíprocas son, por su propia naturaleza, obligaciones de cumplimiento simultáneo porque la satisfacción de las partes se realiza en el mismo momento. Ambas prestaciones traen causa de la respectiva, y si una queda incumplida la otra carece de causa» (20).

La jurisprudencia ha sancionado esta regla considerándola manifestación del sinalagma funcional que preside el desarrollo de la relación obligacional. Así, ha declarado que el cumplimiento de las obligaciones recíprocas debe llevarse a cabo de modo simultáneo (SS. 9 diciembre 1988/Ar. 9331, 10 noviembre 1993/Ar. 8958 y 18 noviembre 1994/Ar. 9322), explicando en la *Sentencia de 18 noviembre 1994* (Ar. 9322) que «cada deber de prestación constituye para la otra parte la causa por la cual se obliga, resultando tan íntimamente enlazados ambos deberes que tienen que cumplirse simultáneamente».

La regla del cumplimiento simultáneo determina, entre sus efectos más característicos, de un lado, la inexigibilidad de la prestación debida por uno de los obligados sin que el reclamante haya cumplido la que correlativamente le correspondía (*exceptio non adimpleti contractus*), y de otro, la imposibilidad de incurrir en mora uno cualquiera de los obligados mientras el otro no cumpla la prestación recíproca a su cargo (*compensatio morae*), con la consiguiente constitución en mora por el solo cumplimiento de la obligación correlativa.

La simultaneidad en la ejecución de las prestaciones, con ser, sin embargo, un efecto normal o natural de las obligaciones bilaterales, no constituye una exigencia consustancial a su naturaleza, siendo susceptible de derogación por disposición legal o convencional (21), así como de exclusión por los usos del tráfico o la propia naturaleza de la relación obligacional (22), que en determinados casos pueden imponer el cumplimiento anticipado de una de las presta-

(20) DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, GEMA, *La mora y la responsabilidad contractual*, Madrid, 1996, pág. 559.

(21) La jurisprudencia se refiere a la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones recíprocas como «principio» o regla «general» (SS. 14 marzo 1973/Ar. 981 y 10 noviembre 1993/Ar. 8958), dejando siempre a salvo «que la Ley o el contrato mismo determine otra cosa» (S. 9 diciembre 1988/Ar. 9331), habiendo declarado, en particular, la *Sentencia de 21 noviembre 1988* (Ar. 9039) que el principio general de simultaneidad «tiene la excepción de lo que resulte por Ley o por el propio contrato», añadiendo en relación al caso enjuiciado que como tienen «las obligaciones de una y otra parte distinto momento de cumplimiento, lo serán sucesivas, mas no simultáneas».

(22) JOSÉ MELICH-ORSINI señala que «además de la posibilidad de que una parte haya concedido crédito a la otra mediante la estipulación de plazos expresos o tácitos, hay que atender muy especialmente a la naturaleza de ciertas relaciones que excluyen manifiestamente la ejecución simultánea», en *Resolución del contrato por incumplimiento*, Bogotá-Caracas, 1982, pág. 223.

Para CASTÁN TOBEÑAS las prestaciones de una y otra parte deben realizarse simultáneamente «si no se establece otra cosa en la Ley o en el contrato (ni se deduce de los usos sociales o comerciales)», en *Derecho Civil español, Común y Foral*, cit., t. III, pág. 146.

ciones sin quiebra de reciprocidad. Tal sucederá en la compraventa con precio aplazado o en el arrendamiento —de cosas, de obra o de servicios— en que se realiza anticipadamente la prestación del arrendador o la del arrendatario.

En estos supuestos de cumplimiento anticipado de una de las partes, la excepción de incumplimiento contractual y la especial regulación de la mora en las obligaciones recíprocas, sin llegar a quedar por completo anuladas, ven limitado su ámbito de aplicación en cuanto el obligado al cumplimiento previo no puede oponer con éxito la excepción a la prestación del reclamante (23) ni puede, con la sola ejecución de su prestación, constituir en mora al otro obligado o, por la pendencia de la aplazada, tener por compensada la mora en que eventualmente hubiera llegado a incurrir.

En definitiva, tanto la excepción de incumplimiento contractual como el específico régimen de constitución en mora descansan sobre el presupuesto de la coetaneidad en la ejecución de las prestaciones correlativas, sin el cual sólo parcial y limitadamente despliegan sus efectos.

## V. LA EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO

Es norma en las obligaciones recíprocas, dice la *Sentencia de 27 diciembre 1990* (Ar. 10376), que «nadie puede exigir sin haber cumplido», Y es que, como asimismo señala la *Sentencia de 4 diciembre 1993* (Ar. 9834), en esta clase de obligaciones «y por la dinámica del sinalagma funcional, la parte que no ha cumplido la obligación que a ella le incumbe y le es exigible, no puede pretender que la otra cumpla la suya»; y, de hacerlo, «ésta siempre podrá oponerse a ello alegando la excepción del contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*)» (24). Desconocerle tal oposición equivaldría a imponerle un inexigible cumplimiento anticipado.

---

También DÍEZ-PICAZO señala que, por excepción a la regla de ejecución simultánea, «el negocio jurídico constitutivo de la obligación, los usos del tráfico o la naturaleza de las cosas pueden imponer un distanciamiento o una separación entre las prestaciones», en *Fundamentos...*, cit., t. II, pág. 375.

(23) En el Derecho comparado, el *Código Civil alemán* contempla expresamente esta eventualidad, excluyendo la excepción cuando quien podía oponerla «está obligado a cumplir la prestación anticipadamente» [§ 320, apartado 1)]. Desde la perspectiva del reclamante, también el *Código Civil de las Obligaciones suizo* excluye el planteamiento de la excepción en los casos en que aquel «tenga el beneficio de un término, según las cláusulas o la naturaleza del contrato» (art. 82). Y más imprecisamente, el *Código Civil italiano*, tras reconocer la excepción, hace la salvedad de que «se hayan establecido por las partes o resulten de la naturaleza del contrato términos diversos para el cumplimiento» (art. 1.460). La misma salvedad contiene el *Código Civil portugués* para el caso de que «hubiera plazos diferentes para el cumplimiento de las prestaciones» (art. 428).

(24) En palabras de la *Sentencia de 31 diciembre 1971* (Ar. 5450), hallándose las obligaciones recíprocas en condicionalidad mutua, «la actuación del elemento causal en

## A) CONCEPTO Y FUNDAMENTO LEGAL

La excepción de incumplimiento supone —en palabras de Espín (25)— una simple negativa provisional al cumplimiento de su obligación por parte del que la alega. El que se ve demandado de cumplimiento sin que el actor haya cumplido su contraprestación, se opone a la demanda tan sólo mientras éste no cumpla simultáneamente con su obligación. En suma, la excepción representa, según el citado autor, «un medio de suspender el cumplimiento de la parte demandada mientras la actora no cumpla o esté dispuesta a cumplir la contraprestación» (26).

A diferencia de otros cuerpos legales, el Código Civil español, siguiendo el modelo del francés (27), no contiene una formulación general de la excepción. Sin embargo, ésta encuentra fundamento y apoyo en las disposiciones de los artículos 1.100, último párrafo —ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple—, y 1.124 —quien con la resolución puede recuperar lo entregado, con mayor razón puede negarse a prestarlo— (28), y aparece asimismo implícita en otras normas que, como las contenidas en los artículos 1.466, 1.500 y 1.502, constituyen aplicación del mismo principio inspirador de la excepción.

## B) NATURALEZA JURÍDICA

La excepción de contrato no cumplido, reconocida y sancionada por reiterada jurisprudencia, no siempre ha sido, en cambio, objeto de una for-

---

la fase de cumplimiento de los negocios jurídico-bilaterales produce, entre otras consecuencias, la excepción del incumplimiento que puede oponer el demandado cuando el actor no cumpla la obligación que le incumbe»

(25) ESPÍN CÁNOVAS, DIEGO, «La excepción de incumplimiento contractual», en *Anuario de Derecho Civil*, 1964, pág. 544.

(26) *Op. cit.* nota anterior, pág. 548.

(27) El *Código Civil italiano* reconoce de manera explícita la excepción, estableciendo en el artículo 1.460 que «en los contratos con prestaciones recíprocas cada uno de los contratantes puede rechazar el cumplimiento de su obligación si el otro no cumple o no ofrece cumplir simultáneamente la suya...» También lo hace el *Código Civil alemán* al disponer en su párrafo 320, apartado 1), que «el obligado por virtud de un contrato bilateral puede negar la prestación que le incumbe hasta la efectuación de la contraprestación...» Y en términos parecidos se pronuncia, entre los Códigos hispanoamericanos, el *Código Civil venezolano*, cuyo artículo 1.168 prevé que «en los contratos bilaterales cada contratante puede negarse a ejecutar su obligación si el otro no ejecuta la suya». Por su parte, el *Código Civil portugués* establece en el artículo 428 que en los contratos bilaterales «cada uno de los contratantes tiene la facultad de rehusar su prestación en tanto el otro no efectúe la que le incumbe o no ofrezca su cumplimiento simultáneo».

(28) De esta fundamentación legal se hacen eco, entre otras, las *Sentencias del Tribunal Supremo de 31 diciembre 1971* (Ar. 5450), *28 febrero 1974* (Ar. 740), *26 octubre 1978* (Ar. 3286), *10 mayo 1979* (Ar. 1764) y *30 enero 1987* (Ar. 366).

mulación precisa acorde con su naturaleza. La *Sentencia de 3 julio 1995* (Ar. 5425), tras aceptar la tesis de que en las obligaciones bilaterales «existe un sinalagma doble cuya primera condición es que cada una de las atribuciones patrimoniales debe su existencia a la otra», califica de correcta la conclusión de que «el reclamante tiene que demostrar que ha cumplido lo que le incumbía para poder pedir el cumplimiento de su contraria». De tal declaración cabría colegir que la demanda promovida en ejercicio de una acción de cumplimiento de contrato (*actio ex contractu*) ha de enderezarse, en primer término, a justificar el propio cumplimiento y, sólo después, a obtener el de la prestación debida al actor. Esta deducción no sería, sin embargo, correcta:

— De un lado, porque el cumplimiento del reclamante tan sólo constituye cuestión cuando es negado de adverso. En la obligación bilateral, cualquiera de las partes puede exigir la realización de la prestación que le es debida sin necesidad de alegar siquiera su propio cumplimiento, quedando al arbitrio de la contraria defenderse de la reclamación mediante la denuncia del incumplimiento de actor. No en vano nos encontramos ante una verdadera excepción, en sentido tanto sustantivo como procesal (29), dirigida a diferir y supeditar el cumplimiento de la prestación exigida de demandado a la simultánea ejecución de la correlativamente debida por el actor.

— De otro, porque las prestaciones sinalagmáticas de cumplimiento simultáneo devienen exigibles no sólo con la ejecución liberatoria de la prestación a cargo del reclamante, sino también con su formal ofrecimiento al interpelado mediante la puesta a su disposición de lo que constituye su objeto. En palabras de la *Sentencia de 7 junio 1995* (Ar. 4632), «demostrado que una de las partes quería cumplir, estaba dispuesta a cumplir seriamente, la otra debía de hacer lo mismo para no caer en incumplimiento» (30). La mayoría

---

(29) En palabras de DIEZ-PICAZO, «en sentido sustantivo, porque es un derecho o facultad para rechazar la ejecución de la prestación puesta a cargo de quien la opone, y en sentido procesal, porque constituye un justo fundamento de oposición a la demanda de cumplimiento en los términos en que ésta se encuentra planteada, de modo que es siempre un modo de defensa en favor del demandado», *Fundamentos*, cit., t II, pág. 693.

(30) A juicio del Tribunal, «el comprador demuestra su voluntad seria de cumplir a través de los inmediatos requerimientos notariales a la vendedora, llegando a depositar incluso en la Notaría el importe de lo que debía pagar si se otorgaban las escrituras»

La *Sentencia de 3 marzo 1973* (Ar. 897) establece asimismo que «si bien es cierto que el actor no ha cumplido debidamente su obligación..., también lo es que estuvo dispuesto a cumplirla, lo que no pudo llevar a cabo por la oposición injustificada del demandado..., quien, por tanto, no puede oponer con éxito la excepción de contrato no cumplido».

En un supuesto en que el incumplimiento del comprador se hacía derivar de que el ofrecimiento de abonar el precio no fue seguido de consignación, la *Sentencia de 22 marzo 1985* (Ar. 1196) rechaza tal alegación, argumentando que «el comprador que ofrece cumplir según la previsión contractual, mediante la entrega del precio a la firma del

de los Códigos que regulan la excepción contemplan esta alternativa, asimilando al cumplimiento de la prestación del demandante el ofrecimiento de su simultánea ejecución (31).

En síntesis, cabe afirmar, siguiendo a ESPÍN, que la excepción es un medio de oposición o defensa existente en los contratos bilaterales por el cual cada parte puede diferir legítimamente el cumplimiento de sus propias obligaciones hasta tanto que la otra parte no cumpla u ofrezca cumplir simultáneamente las suyas (32).

Es, no obstante, exacta la afirmación de la precitada *Sentencia de 3 julio 1995* de que la prueba del cumplimiento corresponde al actor. Al demandado le basta con alegar la excepción del cumplimiento para que sobre el actor recaiga la prueba de su cuestionado cumplimiento (33).

Se ha dicho que la aceptación de su prestación por el demandado libera al reclamante de dicha carga. En apreciación de la *Sentencia de 18 marzo 1994* (Ar. 2552) tal aceptación, en cuanto acto propio, excluye el planteamiento de la excepción. A igual conclusión llega la *Sentencia de 18 abril 1979* (Ar. 1406). Parece, sin embargo, más equitativa la solución propugnada por ESPÍN (34), que inspirada en el Código Civil alemán (§ 363) desplaza en tales casos sobre el demandado la carga de probar el incumplimiento, consistente en la recepción por su parte de una prestación distinta de la debida o incompleta. De ella se hace eco la *Sentencia de 17 abril 1976* (Ar. 1811) cuando señala que «si el demandado ha aceptado inicialmente la prestación del actor como cumplimiento y después no quiere pasar por ésta alegando que no es conforme al contenido del deber de dicha prestación, tiene que acreditar la existencia de esas imperfecciones que invoca; sin que esto implique la inversión de la carga de la prueba, pues realmente el demandado con esa invocación alega un hecho obstativo que tiene que probar».

---

contrato, no está obligado a consignar judicialmente frente a la actitud de la otra parte que se resiste a cumplir», añadiendo, con cita de la *Sentencia de 9 febrero 1985* (Ar. 541), que «no le es exigible al comprador aumentar sus deberes de contratante cumplidor con un plus de garantía para el vendedor que se resiste al cumplimiento de modo injustificado, tal como imponerle la consignación judicial del precio».

(31) Así, el *Código Civil portugués* (art. 428), el *Código Civil italiano* (art. 1.460) o el *Código de las Obligaciones suizo* (art. 82).

(32) *La excepción de incumplimiento contractual*, cit., pág. 550

(33) La *Sentencia de 18 abril 1979* (Ar. 1406), tras señalar que al demandado le basta con esgrimir aquella excepción para que corra a cargo del demandante la prueba del cumplimiento de su obligación, justifica este extremo argumentando que «el pago o cumplimiento es uno de los modos de extinción de las obligaciones y, de conformidad con el artículo 1.214, incumbe la prueba de la extinción de éstas a quien la alega». Cfr. sobre el particular SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, «Comentario al artículo 1.214», t. XVI, vol. 2.º, Madrid, 1981, págs. 63-64.

(34) *La excepción de incumplimiento contractual*, cit., pág. 580.

## C) EFECTOS

En cuanto excepción, la alegación de incumplimiento del actor no extingue el derecho reclamado, pero sí detiene y neutraliza su efectividad subordinándola a la realización u ofrecimiento de la obligación correlativa.

A juicio de LUIS DíEZ-PICAZO, desde el punto de vista procesal, la excepción de incumplimiento determina la desestimación de la demanda; sólo llevando a cabo el demandante una oferta de cumplimiento simultánea —mediante la iniciación en su caso de una nueva reclamación mejor fundada— la sentencia conducirá a una condena condicional del demandado (35).

La absolución, a la espera de una nueva pretensión acompañada de dicho ofrecimiento, no parece sin embargo una consecuencia insoslayable de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones recíprocas. Esta queda asimismo satisfecha asegurando su observancia en la fase ejecutoria de la resolución mediante la condena del demandado a un cumplimiento simultáneo o condicionado al que realice el actor, sin que la sentencia que así la acuerde pueda ser, como señalan LACRUZ y DELGADO (36), tachada de incongruente. Y, en efecto, la *Sentencia de 10 enero 1991* (Ar. 295) rechaza la pretendida incongruencia del fallo de instancia que teniendo en cuenta la falta de cumplimiento achacable al actor subordinaba la entrega de la obra debida por el demandado al pago del importe del presupuesto que aún adeudaba, señalando que «la entrega de la obra realizada no puede quedar desligada del pago del precio convenido sin que se altere la necesaria reciprocidad de la obligación, que opera directamente por ministerio de la Ley» (37).

Por lo demás, esta solución tiene plena apoyatura legal en el Derecho alemán, cuyo Código Civil dispone que «si una parte interpone acción para reclamar la prestación a ella debida a consecuencia de un contrato bilateral, el ejercicio del derecho correspondiente a la otra parte de negar la prestación hasta la efectuación de la contraprestación sólo produce el efecto de que dicha otra parte ha de ser condenada al cumplimiento simultáneo» [§ 322, ap. 1)].

Un pronunciamiento judicial de este signo prolonga hasta el cumplimiento simultáneo la situación en que las partes se encuentran, con cuantas con-

(35) *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, cit., t. II, pág. 695.

(36) *Elementos de Derecho Civil*, cit., t. II, vol. 1.º, pág. 572.

También OGAYAR Y AYLLÓN mantiene que la alegación de la excepción «no debe conducir simplemente a la desestimación de la demanda, sino más bien a condenar al demandado a realizar su prestación *simultáneamente* contra recibo de la contraprestación», en *Efectos que produce ...*, cit., pág. 38.

Para ESPIN esta conclusión «se atiene más exactamente a la regla del contrato unilateral, la simultaneidad de las prestaciones», en *La excepción ...*, cit., pág. 572.

(37) El mismo efecto es sancionado por la *Sentencia de 27 diciembre 1990* (Ar. 10376) en que el fallo de instancia condenaba al demandado a satisfacer a la actora la cantidad reclamada y a la demandante a que inmediatamente antes de percibir dicha cantidad pusiera la maquinana en correcto funcionamiento.

secuencias sustantivas son inherentes a ella. Sólo el cumplimiento o el ofrecimiento de la prestación por el actor hace inmediatamente ejecutable la correlativa del demandado. A éste, en cambio, la sola proposición de la excepción, aun con el efecto positivo a que antes se ha hecho referencia, no le legitima para instar en el propio proceso la ejecución de la prestación a cargo del demandante.

Huelga señalar, por último, aunque ello ha merecido una expresa declaración del Código Civil portugués (art. 431), que el planteamiento de la excepción no se halla reservado a los orginarios contratantes, sino que alcanza a cuantos se hubieren subrogado en sus derechos y obligaciones contractuales.

#### D) REQUISITOS PARA SU APRECIACIÓN

La viabilidad de la excepción de incumplimiento contractual exige la concurrencia de los siguientes requisitos: *a)* que las prestaciones por ambas partes guarden entre sí una mutua dependencia o reciprocidad; *b)* que una de ellas reclame de la otra el cumplimiento de la que le corresponde; *c)* que la parte reclamante no haya cumplido ni ofrecido cumplir la que le incumbe; *d)* que el interpelado no venga obligado a cumplir anticipadamente, y *e)* que la oposición de la excepción no contradiga las exigencias de la buena fe.

##### 1) *Que las prestaciones mutuamente debidas sean interdependientes*

Como dice la *Sentencia de 7 febrero 1995* (Ar. 744), con cita de las de *28 septiembre 1965* (Ar. 4056) y *1 febrero 1966* (Ar. 304), la aplicabilidad del artículo 1.124 del Código Civil, y en particular la de la *exceptio non adimpleti contractus*, exige «la acusada reciprocidad de las obligaciones en juego». La *Sentencia de 19 noviembre 1994* (Ar. 8537) habla de «la mutua interdependencia entre las obligaciones», y la de *18 noviembre 1994* (Ar. 9322) de su «carácter recíproco».

Dicha reciprocidad e interdependencia ha de resultar de la mediación entre las partes de un contrato bilateral o sinalagmático, «requisito básico —dice la *Sentencia de 8 julio 1993* (Ar. 6472)— para que pueda prosperar la *exceptio non adimpleti contractus*». De hecho, su sola existencia es citada como requisito para el ejercicio de la excepción por ESPÍN y OGAYAR, que también coinciden en rechazar la aplicabilidad de la *exceptio* a las situaciones que, sin tener su origen en contratos sinalagmáticos, implican relaciones sinalagmáticas y a las denominadas obligaciones bilaterales imperfectas (38).

---

(38) ESPÍN CÁNOVAS, *La excepción ...*, cit., págs. 557-558, y OGAYAR y AYLLÓN, *Efectos que produce ...*, cit., pág. 35

Pero la mediación de un contrato sinalagmático no es presupuesto suficiente para el planteamiento de la excepción (39). Como recuerda la *Sentencia de 19 noviembre 1963* (Ar. 4838), la conjunción de varias obligaciones en un solo contrato no implica por sí que haya de atribuirseles forzosamente el calificativo de recíprocas, el que técnicamente sólo corresponde a aquellas ligadas por la íntima trabazón que supone el que cada una se constituya en causa eficiente de la otra». De ahí que la reciprocidad haya de ser apreciada valorando no tanto las obligaciones derivadas del contrato en su conjunto cuanto las obligaciones en juego o controversia; es decir, la exigida por el reclamante y la pretendidamente correlativa cuya falta de cumplimiento se le opondrá.

## 2) *Que una de las partes reclame a la otra el cumplimiento de su prestación*

La oposición de la *exceptio non adimpleti contractus* presupone la existencia de una reclamación de cumplimiento formulada judicial o extrajudicialmente, aunque en este último supuesto —como dicen LACRUZ y DELGADO— (40) sean los Tribunales los llamados a comprobar, en su caso, si la negativa estaba fundada.

La excepción de contrato no cumplido aparece ligada, en los Códigos que la regulan, a la «acción de cumplimiento» dirigida a la realización o ejecución de la obligación contraída por el interpelado. Algunos autores han defendido, sin embargo, la oponibilidad de la *exceptio* a la «acción de resolución» por incumplimiento contractual. Para MELICH ORSINI la literalidad del artículo 1.168 del Código Civil venezolano no obsta a la admisibilidad de la excepción «en caso de resolución, en paridad absoluta con el supuesto de su oposición a una acción por cumplimiento» (41). Entre los autores españoles, ALVAREZ VIGARAY mantiene asimismo la oponibilidad de la *exceptio non adimpleti contractus* a la resolución por incumplimiento, razonando que pese a tratarse de un «supuesto especial» coinciden en ambos casos la razón de la

---

(39) Ya advierte la *Sentencia de 18 noviembre 1994* (Ar. 8843), con cita de la de 8 julio 1954 (Ar. 2027), que «para que pueda hablarse de obligaciones bilaterales o recíprocas hace falta no sólo que en el mismo contrato se establezcan prestaciones a cargo de ambas partes, sino que la obligación de cada una de ellas haya sido querida como equivalente de la otra».

(40) *Elementos de Derecho Civil*, cit., t. II, vol. 1.º, pág. 266.

(41) *Resolución del contrato por incumplimiento*, cit., págs. 225-226. Cita en su apoyo la opinión de PÉRSICO, que con referencia al artículo 1.460 del Código Civil italiano de 1942 defiende también la oponibilidad de la *exceptio* a la demanda de resolución.

Según el artículo 1.168 del Código Civil venezolano, «en los contratos bilaterales cada contratante puede negarse a ejecutar su obligación si el otro no ejecuta la suya...»

excepción (la falta de previo cumplimiento del actor) y su resultado (paralizar la acción mientras aquella falta de cumplimiento subsista) (42).

La excepción oponible a la acción del cumplimiento y la alegable a la acción de resolución presentan, sin embargo, sustanciales diferencias que afectan tanto a sus efectos como a sus presupuestos:

— En lo relativo a los efectos, es cierto que ninguna de las dos acciones queda agotada por el éxito de la excepción, pudiendo ser nuevamente ejercitada por su titular; pero también lo es que mientras la excepción oponible a la primera acción no impide la condena del demandado a realizar su prestación condicionalmente a la ejecución por el actor de la contraprestación a él debida, la esgrimible frente a la acción resolutoria conduce a su absolución, aunque ésta, como se ha dicho, no constituya un obstáculo a su ulterior replanteamiento.

— En lo concerniente a sus presupuestos, si el ejercicio de la primera acción exige del promotor el cumplimiento de su obligación mediante la ejecución o puesta a disposición de la prestación que le corresponde, para instar la resolución le basta con no haber cumplido. No parece exigible del contratante que ve frustradas sus legítimas expectativas por el incumplimiento del otro la ejecución de la prestación, que por la resolución habría de serle restituida. Si el incumplimiento pretendidamente resolutorio le libera de sus compromisos, la falta de cumplimiento que no haya provocado o motivado aquél no puede, en rigor, constituir obstáculo a la demanda de resolución. En definitiva, como apunta CLEMENTE MEORO, «la regla parece que debe formularse en términos de incumplimiento, no en términos de cumplimiento: no puede resolver quien ha incumplido —salvo que su incumplimiento traiga causa del anterior incumplimiento de la otra parte—» (43).

La jurisprudencia parece inclinada a aceptar la oponibilidad de la *exceptio non adimpleti contractus* a la acción resolutoria, aplicando también esta última la exigencia de que quien la insta «haya cumplido por su parte las obligaciones que le incumbían» (44). Sin embargo, una atenta lectura de las

---

(42) ALVAREZ VIGARAY, RAFAEL, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. Granada, 1986, pág. 171; quien añade que «la única diferencia que se aprecia entre las hipótesis de que la excepción se oponga a la demanda de cumplimiento o a la resolución es que en la primera el Juez se limita a condenar ambas partes a que cumplan sus obligaciones, mientras que en la segunda declara además improcedente la resolución»

(43) CLEMENTE MEORO, MARIO, *La resolución de los contratos por incumplimiento*. Valencia, 1992, pág. 69. quien en argumentación *a fortiori* señala que «si quien ha incumplido a consecuencia del incumplimiento anterior del otro puede solicitar la resolución, con mayor motivo podrá hacerlo quien no ha incumplido, aunque tampoco haya cumplido».

(44) En tales términos se pronuncian, entre otras, las *Sentencias de 7 febrero 1984* (Ar. 579), *21 octubre 1989* (Ar. 6950), *21 febrero 1991* (Ar. 1518), *29 abril 1994* (Ar.

sentencias que mantienen tal formulación revela que la parte actora se hallaba incurso en una situación de patente incumplimiento, comúnmente previo y determinante del incumplimiento resolutorio denunciado. Quizá por ello resulte más exacta la fórmula que niega legitimación para el ejercicio de la acción resolutoria al contratante que incumple sus obligaciones (45), y más precisamente al que incumple primero y provoca con su actitud el incumplimiento del otro (46), reconociéndola en cambio a este último (47).

3) *Que la parte reclamante no haya cumplido, ofrecido o puesto a disposición de la otra la prestación que le corresponde*

Constituye presupuesto básico y fundamental que la excepción oponible a la acción de cumplimiento contractual que el reclamante no haya cumplido su prestación. Como dice la *Sentencia de 1 marzo 1993* (Ar. 2030), «en las obligaciones recíprocas, sin cumplir no se puede exigir las de la contraparte».

A la inexecución de la prestación se asimila o equipara, conforme a una reiterada jurisprudencia, de la que son exponente, entre otras muchas, las *Sentencias de 7 mayo 1993* (Ar. 3466), *10 noviembre 1994* (Ar. 8482) y *17 mayo 1995* (Ar. 3925), la realización por el actor de una prestación diversa de la comprometida, que comprende todos los casos de entrega de una cosa distinta de la pactada, como los de inhabilidad de la entregada al fin propio de su destino, con la consiguiente insatisfacción del acreedor.

La falta de cumplimiento será pues, sin duda alguna, apreciable en todos los supuestos en que el actor se halle incurso en incumplimiento resolutorio (48). Precisamente en su contemplación ha podido declararse que «el incumplimiento que produce la resolución o en el que puede basarse la ex-

---

2982) y *29 marzo 1995* (Ar. 2333), la cuarta de las cuales rechaza expresamente la tesis de que la *exceptio non adimpleti contractus* no sea de aplicación a la acción resolutoria. A la aplicación de la *exceptio* a la resolución se refiere también la *Sentencia de 10 enero 1994* (Ar. 436).

(45) Así, las *Sentencias de 19 mayo 1992* (Ar. 4910), *3 junio 1993* (Ar. 4382) y *5 octubre 1993* (Ar. 7461).

(46) Cfr. *Sentencias de 25 octubre 1988* (Ar. 7637), *20 junio 1990* (Ar. 4799), *20 noviembre 1991* (Ar. 7973), *3 junio 1993* (Ar. 4383) y *4 julio 1994* (Ar. 6426).

(47) Véanse las *Sentencias de 5 junio 1989* (Ar. 4298), *15 junio 1989* (Ar. 4688), *3 junio 1993* (Ar. 4382) y *20 diciembre 1993* (Ar. 10086), por todas.

(48) El incumplimiento de sus obligaciones por una de las partes —recuerda la *Sentencia de 9 octubre 1992* (Ar. 7541)— le inhabilita para pedir de la otra el cumplimiento forzoso de las suyas. También la *Sentencia de 21 octubre 1994* (Ar. 8146) declara, con cita de la de *29 febrero 1988* (Ar. 1310), a propósito de una acción de cumplimiento de contrato e indemnización de perjuicios, que «es jurisprudencia reiterada que quien ejerce la acción no haya incumplido las obligaciones que le conciernen»

cepción *non adimpleti contractus* exige un verdadero y propio incumplimiento de alguna obligación principal derivada del contrato» (49).

Sin embargo, a diferencia del incumplimiento resolutorio, el justificativo de la excepción no tiene por qué ser consecuencia de una conducta obstativa que de modo absoluto y definitivo frustre el fin del contrato, siendo bastante, como indica ESPÍN (50), un incumplimiento meramente temporal de aquel a quien se opone. Y es que la razón de la excepción no estriba tanto en la existencia de un verdadero incumplimiento por parte del reclamante, cuanto en la falta del cumplimiento previo o coetáneo de la prestación a su cargo, que la simultaneidad en la ejecución de las obligaciones recíprocas impone. No es necesario, por tanto, que el actor haya incurrido en un incumplimiento de alcance resolutorio; al éxito de la excepción basta que a la fecha de su reclamación no haya cumplido, ofrecido formalmente o puesto a disposición de la otra parte la prestación que le corresponde.

Por esta misma razón, resulta irrelevante a los efectos de la excepción que la falta de cumplimiento del actor se halle o no justificada. La justificación podrá acaso excluir el incumplimiento resolutorio, pero no la oponibilidad de la excepción.

La falta de cumplimiento determinante de la excepción ha de referirse, conforme a lo establecido en las *Sentencias de 23 enero 1990* (Ar. 18) y *3 junio 1994* (Ar. 4576), a la esencia de lo pactado, a las obligaciones principales contraídas por el actor; no a «prestaciones accesorias o complementarias» cuya inexecución no hubiera debido impedir al oponente la consecución del fin económico del contrato (51). En tal consideración declara la *Sentencia de 19 junio 1995* (Ar. 5321) que el incumplimiento accesorio no tiene cabida en la *exceptio non adimpleti contractus*, ya que, «atendida la escasa entidad de la prestación complementaria incumplida», el incumplimiento «no frustra las legítimas expectativas del comprador y, por ende, no evidencia la frustración del contrato de compraventa».

La cuestión estriba en determinar, también aquí, cuándo la prestación inexecutada es principal o accesorias. Para precisarlo puede seguirse un doble criterio: el objetivo, constituido por la función que la prestación, abstractamente considerada, cumple en la estructura típica del contrato, y el subjetivo, determinado por la voluntad de las partes y la finalidad perseguida con el contrato. Sin perjuicio de conjugar en la calificación los dos criterios, parece

---

(49) Así, las *Sentencias de 25 noviembre 1992* (Ar. 9588) y *21 marzo 1994* (Ar. 2560).

(50) ESPÍN CÁNOVAS, *La excepción de incumplimiento*, cit., pág. 561.

(51) Esta misma doctrina es mantenida, obviamente con mayor razón, para el incumplimiento resolutorio. Cfr. *Sentencias de 25 noviembre 1992* (Ar. 9588), *15 noviembre 1994* (Ar. 8836), que cita en el mismo sentido las *Sentencias de 11 octubre 1982* (Ar. 5551), *7 marzo 1983* (Ar. 1426) y *4 octubre 1983* (Ar. 5227).

conveniente atender prioritariamente al segundo, ya que, como advierte MONTES PENADÉS, «hay prestaciones accesorias que son necesarias, a modo de codiciones *sine quibus non* de la satisfacción del acreedor», y «prestaciones accesorias sin las cuales carece de sentido el objetivo que se han propuesto las partes en el contrato» (52). De ahí que una determinada prestación, meramente accesorio en un contrato, pueda merecer en otro la consideración de fundamental. Tratándose, como se trata en todo caso, de obligaciones recíprocas, especial atención habrá de dispensarse a la relación de causalidad o condicionalidad y al deseado equilibrio o equivalencia entre la prestación reclamada y aquella otra cuya falta de cumplimiento motiva la excepción.

La aplicación de la *exceptio* no ofrecerá duda alguna en los supuestos de inexecución total de la prestación principal a cargo del reclamante o de realización por su parte de una prestación diversa de la comprometida; pero como luego se verá, exige en los de ejecución parcial, incompleta o defectuosa una cautelosa ponderación de los intereses en juego a tenor de las exigencias de la buena fe contractual.

#### 4) *Que el interpelado no venga obligado a cumplir anticipadamente*

Si las obligaciones bilaterales se han configurado como puras, esto es, sin sujeción a condición suspensiva o término inicial, devienen exigibles desde el instante mismo de su constitución (cfr. arts. 1.113, 1.125 y 1.128 del Código Civil), sin más condicionamiento que el que deriva de la normal simultaneidad en el cumplimiento de las prestaciones recíprocas. Pero, como antes se ha indicado, esta regla queda derogada en los casos en que las particulares circunstancias del contrato, el pacto, los usos o la Ley imponen a una de las partes un cumplimiento anticipado. Cuando ello suceda, el obligado a cumplir con carácter previo no puede en principio oponer la *exceptio non adimpleti contractus* al favorecido por el aplazamiento (53).

El contratante favorecido por el término mantiene la posibilidad de esgrimir la excepción a la pretensión de cumplimiento del primero. Este no queda,

---

(52) MONTES PENADÉS, VICENTE LUIS, «Comentarios al artículo 1.124 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, t. XV, vol. 1.º, Madrid, 1989, pág. 1239

(53) A juicio de ALVAREZ VIGARAY, «en tal caso bastará con que el actor se encuentre dispuesto a cumplir en su día (esto es, cuando venza el término) con sus obligaciones para que el deudor no pueda oponerle la excepción de no haber cumplido previamente», *La resolución de los contratos*, cit., pág. 172.

No parece, sin embargo, exigible tal manifestación del reclamante para neutralizar la excepción. En tanto no haya perdido el beneficio del término, le bastará con no hallarse incurso en situación de patente incumplimiento o ante una imposibilidad evidente de cumplir la obligación de su incumbencia.

sin embargo, desprotegido frente a un eventual cambio de circunstancias que le hicieran temer el incumplimiento de la prestación aplazada. El artículo 1.129 del Código Civil regula la pérdida por el deudor del derecho a utilizar el plazo en los casos de insolvencia posterior y de falta de otorgamiento o disminución de las garantías debidas o prestadas. Con la pérdida de beneficio despliega nuevamente sus efectos entre los obligados la regla de la simultaneidad y, con ella, la oponibilidad de la *exceptio* por ambos.

Algunos ordenamientos destinan normas específicas a la tutela del obligado a un cumplimiento previo frente a una eventual pérdida de la contraprestación aplazada. Dispone en este sentido el Código Civil alemán que «quien por un contrato bilateral está obligado a cumplir la prestación anticipadamente, puede negar la prestación que le incumbe hasta que sea realizada la contraprestación o se preste seguridad para ella si después de la conclusión del contrato se produce un empeoramiento notable en las relaciones patrimoniales de la otra parte por el cual corra peligro la pretensión a la contraprestación». Parecidas previsiones contienen los Códigos Civiles italiano y portugués (54).

5) *Que la oposición de la excepción no contradiga las exigencias de la buena fe*

Se ha dicho que la excepción no es aplicable en los supuestos de inejecución de prestaciones meramente accesorias, sin perjuicio de las acciones de cumplimiento e indemnización a que pudieren dar lugar y que, por contra, siempre lo es en los de total inejecución —o ejecución de prestación diversa (*aliud pro alio*)— de la principal convenida. La cuestión surge en los supuestos de cumplimiento inexacto, parcial, incompleto o defectuoso de la prestación principal comprometida (55).

En principio y por el juego combinado de los artículos 1.157, 1.166 y 1.169 del Código Civil, el acreedor no está obligado a recibir cosa distinta de la pac-

---

(54) El Código Civil italiano dispone en el artículo 1461 que «cada contratante puede suspender la ejecución de la prestación por él debida si las condiciones patrimoniales de la otra han llegado a ser tales que pongan en evidente peligro el conseguir la contraprestación, salvo que sea prestada idónea garantía». Por su parte, el Código Civil portugués establece en el artículo 429 que el contrayente obligado a cumplir en primer lugar «tiene la facultad de rehusar la respectiva prestación en tanto el otro no cumpla o no dé garantías de cumplimiento si posteriormente al contrato se verificara alguna de las circunstancias que comportan la pérdida del beneficio del plazo»

(55) En palabras de Díez-PICAZO, «existe cumplimiento inexacto o defectuoso de la obligación siempre que el comportamiento solutorio llevado a cabo por el deudor no se ajuste a los presupuestos que aquel pago reclama para producir plenos efectos liberatorios y satisfactivos», *Fundamentos*, cit., t. II, pág. 666.

tada ni un cumplimiento parcial. Tampoco lo está, dice la *Sentencia de 2 noviembre 1994* (Ar. 8364), «a conformarse con una prestación que no se ajuste a lo convenido, ni existe precepto legal alguno que a ello le obligue bajo reserva de exigir su corrección. La entrega ha de sujetarse en todas sus modalidades al programa de prestación previsto al constituirse la obligación para tener cumplida ésta». «Cumplir una obligación, señala la *Sentencia de 3 marzo 1979* (Ar. 1184), es satisfacer el interés del acreedor de una manera exacta, íntegra y puntual». Un cumplimiento relativo o parcial de la prestación puede justificar, como la falta de cumplimiento, la negativa del destinatario a efectuar de plano e incondicionalmente la contraprestación a su cargo (56). Y la justificará en todos aquellos casos en que su inexacta o defectuosa ejecución no llegue por su entidad a satisfacer las legítimas expectativas de las partes o el fin propio de contrato (*exceptio non rite adimpleti contractus*) (57).

Ello no obstante, como puso ya de relieve la *Sentencia de 15 marzo 1979* (Ar. 871), «cuando el actor ha cumplido sólo en parte o de un modo defectuoso», la oposición de la *exceptio non adimpleti contractus* «puede resultar contraria al principio de buena fe en la contratación proclamado en el artículo 1.258 del Código Civil atendidas las circunstancias del caso», añadiendo que al responder aquella «a la finalidad de protección del equilibrio entre las obligaciones recíprocas y al sinalagma funcional o interdependencia que es su característica, no podrá ser alegada cuando lo mal realizado u omitido en esa prestación parcial o defectuosa carezca de suficiente entidad con relación a lo demás bien ejecutado». También las *Sentencias de 17 abril 1976* (Ar. 1811), *13 mayo 1985* (Ar. 2388), *10 mayo 1989* (Ar. 3679) y *27 marzo 1991* (Ar. 2451) apelan a las exigencias del principio de la buena fe como límite al planteamiento de las excepciones *non adimpleti* y *non rite adimpleti contractus*, rechazando su alegación cuando la parte de la prestación omitida o los defectos que la realizada presenta revisten escasa significación o importancia y no impiden la satisfacción del interés del acreedor (58).

---

(56) No cabe afirmar lo mismo del cumplimiento tardío de la prestación, que aun dando lugar a un cumplimiento inexacto, una vez ejecutada no es oponible a la pretensión de cumplimiento deducida por su ejecutor, como recuerda la *Sentencia de 20 julio 1994* (Ar. 6513).

(57) Declaran procedente su oposición ante un incumplimiento defectuoso o incompleto, entre otras, las *Sentencias de 7 abril 1993* (Ar. 2798) y *8 julio 1993* (Ar. 6115); la primera de las cuales se refiere a una máquina que no llegó a funcionar al no haberse corregido las anomalías que presentaba, y la segunda, a la falta de ejecución de ciertos elementos de obra en el chalé vendido a los demandados.

(58) Las *Sentencias de 25 noviembre 1985* (Ar. 5899), *25 noviembre 1992* (Ar. 9588), *3 diciembre 1992* (Ar. 9997) y *21 marzo 1994* (Ar. 2560) reiteran que la excepción de incumplimiento no puede fundarse en un incumplimiento meramente defectuoso o simplemente irregular.

Por su parte, la *Sentencia de 19 junio 1995* (Ar. 5321), referida a la compraventa de un puesto de mercado destinado a carnicería, declara que el vendedor entregó el local en

Por ello mismo, cabe concluir con la *Sentencia de 12 julio 1991* (Ar. 1547) que para el éxito de la excepción «es requisito indispensable que el demandado pruebe que el montante cuantitativo que en su caso signifique el daño originado por el incumplimiento del demandante tenga entidad suficiente como para determinar que el otro contratante quede exonerado de su obligación». La conclusión contraria —sigue diciendo la sentencia— «llevaría a la consecuencia inadmisibles de introducir un desequilibrio en las prestaciones», en pugna —cabría añadir— con las exigencias de la buena fe contractual.

El Código Civil italiano establece expresamente el límite de la buena fe a la excepción al disponer en el artículo 1.460, párrafo segundo, que «no puede rechazarse la ejecución si habida cuenta de las circunstancias el rechazo es contrario a la buena fe». También el Código Civil alemán contempla esta misma limitación en el parágrafo 320, apartado 2, según el cual «si la prestación ha sido parcialmente ejecutada por una de las partes no podrá rehusarse la contraprestación cuando la negativa sea contraria a la buena fe, lo cual se aprecia teniendo en cuenta las circunstancias y, en particular, la insignificancia de la parte restante».

#### E) LA EXCEPCIÓN DE CUMPLIMIENTO INADECUADO Y LA DEFENSA DEL ACREEDOR FRENTE A LOS INCUMPLIMIENTOS MENORES

La excepción de cumplimiento inadecuado o de contrato no cumplido regularmente (*exceptio non rite adimpleti contractus*) constituye, como se ha visto, una variante de la excepción general de incumplimiento contractual (*exceptio non adimpleti contractus*), con idéntica apoyatura legal (59), por lo que, en palabras de Díez-PICAZO, «cuando el demandante sólo ha cumplido la prestación a su cargo parcialmente o de manera defectuosa, el demandado puede rehusar su propia prestación hasta que la primera haya sido cumplida totalmente o ejecutada de forma rigurosa, rectificando de modo pertinente los defectos que la prestación presentaba» (60).

En principio, de la variante *non rite* no se derivan consecuencias sustantivas y procesales distintas de las que determina la excepción general. En una y otra la ejecución de la prestación reclamada al demandado queda en suspen-

---

funcionamiento, con la consiguiente clientela, maquinaria y utensilios, añadiendo que aunque no lo hizo en su totalidad y algunos fueran inidóneos para su fin, tal comportamiento «sólo puede ser reputado de incumplimiento accesorio sin que tenga cabida en la *exceptio non adimpleti contractus*, ya que atendida la escasa entidad de la prestación complementaria incumplida, ello no frustra las legítimas expectativas del comprador y, por ende, no evidencia la frustración del contrato de compraventa».

(59) Cfr. *Sentencia de 30 enero 1987* (Ar. 366).

(60) Díez-PICAZO, *Fundamentos* ., cit , t. II, pág. 694.

so, diferida o condicionada a la total y exacta realización simultánea por parte del actor de la prestación que correlativamente le incumbe. La diferencia entre ambas excepciones radica en sus presupuestos, pues mientras la *exceptio non adimpleti contractus* supone que el actor no ha cumplido ni ofrecido su prestación, la *non rite adimpleti contractus* supone que la ha realizado, pero inexactamente, de manera parcial o defectuosa (61).

Quizá deba añadirse a ella otra diferencia, en el orden probatorio, entre los casos de inexecución o ejecución incompleta y los de realización defectuosa de la prestación, puesto que si el demandante corre en los primeros con la carga de probar el cumplimiento íntegro que se le cuestiona, es al demandado, en los segundos, a quien incumbe la prueba de las deficiencias o irregularidades que la prestación del actor presenta, en cuanto en ellos el *excipiens* no se limita a negar el cumplimiento de la obligación contraída por el demandante, sino que introduce en el debate procesal nuevos hechos obstativos del regular y exacto cumplimiento debido por éste (62).

Como ha puesto de relieve BELTRÁN DE HEREDIA ONÍS (63), el cumplimiento inexacto o defectuoso no ha merecido demasiada atención en la doctrina, que o lo silencia o se limita a hacer una enumeración de posibles casos subsumibles en él. Recurriendo a lo que todos ellos tienen de común, puede afirmarse en términos generales que el cumplimiento inexacto cuando no cumple las exigencias o se desvía del programa prestacional previsto al tiem-

---

(61) La identidad de efectos y diversidad de presupuestos aparece clara en la *Sentencia de 19 noviembre 1994* (Ar. 8537) cuando señala, en relación al arrendamiento de obra, que «el dueño o comitente puede rehusar el pago del precio que se le reclame tanto si el contratista no le ha hecho entrega o no le pone la obra a su disposición (*exceptio non adimpleti contractus*) como si solamente ha cumplido en parte o ha tratado de cumplir de un modo defectuoso su obligación de entrega (*exceptio non rite adimpleti contractus*)».

(62) Tiene así declarado la jurisprudencia que corresponde al vendedor demandante probar la entrega de la totalidad de las mercancías cuyo precio reclama (*S. 22 abril 1994*/Ar. 3086) y la aptitud o habilidad del material vendido para su destino (*SS 9 octubre 1992*/Ar. 7541 y *28 octubre 1994*/Ar. 7999). Sin embargo, en un supuesto en el que el incumplimiento aducido como excepción por el comprador demandado consistía en la retención posesoria por el vendedor demandante de ciertas piezas o habitaciones del edificio vendido, la *Sentencia de 8 marzo 1991* (Ar. 2200) establece que al no tener carácter negativo, sino positivo, la alegada retención posesoria, en cuanto hecho impeditivo de la acción ejercitada, debía ser probada por el comprador excepcionante.

En cuanto a los vicios, deficiencias e irregularidades de la prestación, la jurisprudencia ha establecido que corresponde al comprador demandado probar la existencia de vicios o defectos ocultos en cuanto hechos impeditivos o exoneradores de la obligación de pago del precio (*S. 29 octubre 1990*/Ar. 8262), y al comitente la prueba de las deficiencias en la obra y de la mala calidad de los materiales suministrados por el contratista que pretende la devolución de las cantidades retenidas en garantía (*S. 16 mayo 1989*/Ar. 3766).

(63) BELTRÁN DE HEREDIA ONÍS, PABLO, *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1990, pág. 57.

po de constituirse la obligación (64). Abstracción hecha de las inexactitudes referidas a los sujetos, al tiempo y al lugar de la prestación, son las relativas al objeto —a su identidad, integridad e indivisibilidad— las que suscitan mayor conflictividad y nutren los supuestos del denominado cumplimiento parcial o defectuoso. Con propósito sistematizador, MARTÍNEZ CALCERRADA propone su agrupación en distintas categorías, para cuya identificación sugiere los términos de cumplimiento «erosionante», «irregular», «defectuoso» o «irritual» (65). De todos ellos es predicable la existencia de un comportamiento positivo del deudor, en inicial correspondencia con las exigencias de la prestación asumida, pero deficiente o insuficiente para alcanzar la extinción plena de su obligación (66).

La cuestión es que, a diferencia de la falta de cumplimiento, por inexecución de la prestación o ejecución de prestación diversa, insusceptible de gradación, el cumplimiento inexacto —defectuoso o parcial— admite distintos grados, tanto desde el plano objetivo o material de la prestación como desde el subjetivo de la satisfacción del interés del acreedor. Se ha dicho ya que la *exceptio non rite adimpleti contractus* es tan sólo procedente cuando la parte de la prestación omitida o los defectos que la realizada presenta son de tal entidad que frustran las legítimas expectativas de su destinatario o la finalidad económica del contrato; pero que cuando las insuficiencias o deficiencias de la prestación son de escasa significación e importancia y no impiden la satisfacción del interés del acreedor, la buena fe contractual hace rechazable aquella excepción (67). ¿Debe en tales casos el acreedor interpelado cumplir total e íntegramente la contraprestación que se le reclama?

La reciprocidad que ha de presidir el desarrollo funcional de las obligaciones bilaterales y la equidad que debe inspirar la aplicación de las normas

---

(64) En palabras de Díez-PICAZO, «existe cumplimiento inexacto o defectuoso de la obligación siempre que el comportamiento solutorio llevado a cabo por el deudor no se ajuste a los presupuestos que aquel pago reclama para producir plenos efectos liberatorios y satisfactorios», en *Fundamentos* . . . cit., t. II, pág. 666.

(65) «Erosionante», en cuanto el mal cumplimiento menoscaba o disminuye los efectos provechosos en favor del acreedor; «irregular», en cuanto el cumplimiento del deudor no ha discurrido por los cauces de normalidad deseada; «defectuoso», en cuanto se ha producido con faltas y defectos para el acreedor, o «irritual», en cuanto no se ajusta al rito o programa trazado exactamente al constituirse la obligación, en «Cumplimiento defectuoso de la prestación», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1976, pág. 1378.

(66) La *Sentencia de 3 marzo 1979* (Ar. 1184) relativa a un supuesto de cumplimiento defectuoso, señala que en este caso «más que cumplir total o parcialmente (hecho negativo) se viola positivamente el crédito... por mal cumplimiento o cumplimiento inexacto, que no se atiene al tenor fijado en el contrato».

(67) Díez-PICAZO cita éste como uno de los supuestos típicos en los que la buena fe opera como límite del ejercicio de los derechos subjetivos, en el *Prólogo* a la obra de FRANZ WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, trad. por JOSÉ LUIS CARRO, Madrid, 1977, pág. 22.

(art. 3, ap. 2, CC) han conducido a la jurisprudencia a la adopción de soluciones correctoras encaminadas a restablecer el equilibrio de las prestaciones, que, en términos generales, pasan por la reducción parcial de la prestación reclamada en medida equivalente o proporcional a la parte que al demandante resta por cumplir de la suya y a la importancia económica de las deficiencias constatadas en ella.

Más en concreto, la *Sentencia de 17 abril 1976* (Ar. 1811) estima justificada la reducción del precio de la obra reclamado por el contratista en la cantidad suficiente para resarcir al comitente demandado de las imperfecciones que aquella presentaba (68); la *Sentencia de 15 marzo 1979* (Ar. 871) considera asimismo procedente en Derecho la solución de la instancia que detrae de la cantidad reclamada por el contratista «el valor de las pequeñas obras no realizadas y reduce equitativa y proporcionalmente el total en atención a las llevadas a cabo irregularmente o con defectos»; la *Sentencia de 13 mayo 1985* (Ar. 2388) mantiene por su parte que las deficiencias de la máquina encargada por el demandado «ni eran subsanables ni importantes a los fines perseguidos», por lo que «sólo podían dar lugar, tal como estaba planteada la litis, a una disminución en el precio» como el que las sentencias de la instancia habían aplicado; la *Sentencia de 10 mayo 1989* (Ar. 3679), reiterando la doctrina sobre el particular, acepta la solución acogida por la sentencia recurrida, que tras «valorar la importancia y entidad del incumplimiento del actor» establecía «una minoración del precio reclamado, excluyendo algunas unidades de obra cuya ejecución no resulta probada»; y la *Sentencia de 23 diciembre 1993* (Ar. 10111), tras poner de relieve que «no hay propio incumplimiento por la mercantil constructora, sino cumplimiento defectuoso por dicha entidad que no alcanza a impedir el fin normal del contrato», declara «la obligación de ésta de reparar en los términos en que se reconoce lo defectuosamente hecho, sin que ello releve al dueño de la obra del cumplimiento a su vez de lo que le incumbe conforme a lo pactado». Entre las sentencias de Audiencias, cabe también citar la de la Audiencia Provincial de Pontevedra de *16 de diciembre 1993* (Ar. Civ. 2473), que deduce del importe de los servicios de la agencia de viajes demandante el coste de una parte de la prestación no cumplida y el valor del perjuicio que la desatención de los demandados le ocasionó durante su estancia en país extranjero.

De reseñar es finalmente que además de estas excepciones y defensas frente a la acción de cumplimiento ejercitada por quien no ha cumplido de-

---

(68) En la sentencia se indica que «sería contrario a la buena fe facultar al demandante para retener el cumplimiento del resto total de la prestación, cuando con una pequeñísima parte de ese resto puede ser resarcida de las imperfecciones de la obra en la cuantía determinada por el Juzgador de instancia».

bida y regularmente la prestación que correlativamente le incumben, asisten al acreedor de esta última, como es natural, las oportunas acciones de cumplimiento —dirigidas a la corrección o rectificación de la prestación defectuosa— y de indemnización de daños y perjuicios, deducibles tanto reconventionalmente como en demanda principal independiente (69). Pero también lo es que el no ejercicio de estas acciones «posibles y compatibles», como lo es también la de nulidad del contrato, no constituye —en palabras de la *Sentencia de 10 noviembre 1981* (Ar. 4470)— «impedimento o preclusión de la aludida excepción» de incumplimiento o cumplimiento inadecuado ni —habría de añadirse— obstáculo a la simple oposición de irregularidades y defectos en la prestación del reclamante a efectos reductores de la respectiva contraprestación.

## VI. LA CONSTITUCION Y LA COMPENSACION DE LA MORA

La reciprocidad de las obligaciones bilaterales lleva también aparejada un especial régimen en materia de «mora» que se traduce o manifiesta en su constitución y en la compensación de la imputable mutuamente a los dos obligados. La especialidad no es sin embargo, contra lo que parece deducirse de su formulación legal, consecuencia directa de la reciprocidad de las obligaciones, aunque sí de la simultaneidad en el cumplimiento que, normalmente o por regla, se deriva de ella; pero que, como antes se indicó, puede también ser objeto de derogación o exclusión sin quiebra de su naturaleza.

A la constitución y la compensación de la mora, aunque en orden inverso, se refiere el último párrafo del artículo 1.100 del Código Civil, según el cual:

«En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente

---

(69) En el caso resuelto por la *Sentencia de 3 marzo 1979* (Ar. 1184) el comprador tomó la iniciativa de demandar al vendedor, reclamando una reducción del precio total de la vivienda y plaza de garaje adquiridas, en concepto de indemnización por las inadecuadas características de la plaza entregada para albergar un vehículo medio, siendo estimada su pretensión con una rebaja de 225.000 pesetas

En el que dio lugar a la *Sentencia de 24 junio 1994* (Ar. 6500), la comitente demandada dedujo reconención frente a la reclamación del precio de la obra, solicitando que de las cantidades reclamadas en la demanda se dedujeran las que tuvo que abonar la reconviniente para subsanar defectos constructivos, siendo estimada tanto la pretensión principal como la reconventional en la sentencia de casación

En el supuesto a que se contrae la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 27 febrero 1990* (RGD, núm. 564, 1991, pág. 8399), el comitente de una instalación de riegos cuyas deficiencias la hacían inhábil para el fin propio de su destino opuso la *exceptio non adimpleti contractus* a la reclamación del precio deducida en la demanda, pidiendo reconventionalmente la condena de la actora a cumplir sus obligaciones contractuales, poniendo la instalación en perfecto estado de funcionamiento.

lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación empieza la mora para el otro».

Sin desconocer su esencial interdependencia, ambas disposiciones pueden ser objeto de una consideración separada, comenzando por la relativa a la compensación, no ya por su anteposición sistemática a la que regula la constitución, sino ante todo porque, contra lo que su denominación parece indicar, la mal llamada «compensación» precede lógica y cronológicamente a la constitución.

#### A) LA COMPENSACIÓN DE LA MORA

La norma contenida en el primer inciso de este párrafo, sin claros precedentes en el Derecho histórico español, debe su origen al Proyecto de Código Civil de 1851, cuyo artículo 1.007 establecía en el penúltimo párrafo que «en las obligaciones recíprocas ninguno de los contratantes incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente la obligación que le es respectiva». GARCÍA GOYENA, tras citar como antecedente el artículo 1.907 del Código de la Luisiana, según el cual «en los contratos que contienen obligaciones recíprocas, el que quiere constituir al otro en mora debe, por su parte, cumplir las obligaciones», apuntaba como justificación de la norma que «el que no cumple mal puede reclamar del otro el cumplimiento, y de consiguiente le constituirle en mora» (70).

Aun desconocida por la mayor parte de los Códigos modernos, la referida disposición aparece recogida, como ha puesto de relieve CRISTÓBAL MONTES, en algunos Códigos latinoamericanos, todos anteriores al español y que, por tanto, han podido influir a la hora de plasmar la regla que aparece en nuestra normativa (71).

La previsión contenida en el primer inciso del precitado párrafo es de interpretación pacífica. Inspirada, como se ha visto, en las mismas conside-

---

(70) GARCÍA GOYENA, FLORENCIO, *Concordancia, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852, reimpresión, Zaragoza, 1974, pág. 540, quien cita en apoyo de tal principio, entre otros textos del *Digesto*, los 12.1, 31 *in fine* y 21.1.10.

(71) CRISTÓBAL MONTES, ANGEL, *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, cit., págs. 15-16. Así, el Código Civil de Chile de 1855 dispone en el artículo 1.609 que «en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado mientras el otro no cumpla por su parte o no se allane a cumplirlo en la forma y el tiempo debidos»; y en idénticos términos se pronuncia el Código Civil de Colombia de 1887 (arts 1.608-1.609). El Código Civil de la República Argentina de 1869, por su parte, establece en el artículo 510 que «en las obligaciones recíprocas uno de los obligados no incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir la obligación que le es respectiva».

raciones y principios a que responde la excepción de contrato no cumplido, su aplicación impide considerar en mora al obligado que se retrasa en el cumplimiento de su prestación mientras el otro no haya cumplido, ofrecido formalmente o puesto a su disposición la prestación que correlativamente le incumbe. Y es que, de igual modo y por la misma razón que quien no cumple no puede exigir el cumplimiento a la contraparte, tampoco puede constituirle en mora (retraso injustificado en el cumplimiento), pues, como certeramente se ha puesto de relieve (72), se trata de dos aspectos de un todo integrado por la especial naturaleza y los singulares efectos que se derivan de los contratos con prestaciones correlativas. Ello quizá explica que la determinante mayoría de los Códigos Civiles en que se regula la excepción de contrato no cumplido se sienta dispensada de disponer nada respecto a la mora del deudor en las obligaciones recíprocas.

El fenómeno que se examina ha venido siendo designado con la denominación de «compensación de la mora» (*compensatio morae*) (73), denominación no del todo expresiva de la realidad que define, pues siendo requisito constitutivo de la mora en las obligaciones bilaterales de ejecución simultánea el cumplimiento por el acreedor de la obligación que le incumbe, su inobservancia, más que compensar la mora del deudor, impide que quede incurso en ella. Dice en este sentido Díez-PICAZO que «no es posible la compensación de moras estrictamente entendida», pues «en las obligaciones recíprocas, por su especial naturaleza, no existe un retraso del deudor jurídicamente relevante si a pesar de haber vencido su obligación y ser exigible conforme a Derecho el acreedor no puede efectivamente exigirla porque no cumple con el requisito previo que es su anterior cumplimiento» (74). La compensación no es, pues, de la mora recíproca, sino de las consecuencias

---

(72) CRISTÓBAL MONTES, ANGEL, *op. cit.*, pág. 40.

(73) De ella se hace eco, entre otras, la *Sentencia de 21 octubre 1964* (Ar. 4487) cuando declara que «incurriendo el comisionista en mora, ésta ha de estimarse compensada con arreglo al párrafo último del artículo 1.100 del Código Civil con la que incurrió a su vez el comitente al no efectuar el pago o consignación del importe de las comisiones...»

(74) Díez-PICAZO GIMÉNEZ, GEMA, *La mora y la responsabilidad contractual*, Madrid, 1996, págs. 560-561. Mantiene la citada autora que para que el retraso sea jurídicamente relevante es necesario que haya determinado un ilícito obligacional o incumplimiento en sentido estricto, y para ello es requisito indispensable que la obligación haya sido exigida y que a la exigencia efectiva no pueda serle opuesta una excepción, añadiendo en consonancia con su tesis de que es objetivamente el incumplimiento lo que origina la responsabilidad contractual y que la mora es otra consecuencia más de ésta, que es la imposibilidad de hablar de incumplimiento si una de las obligaciones no se ha ejecutado, lo que impide hablar de constitución en mora del deudor puesto que ambos son deudores y acreedores al mismo tiempo y en consecuencia ambos tendrán que ser incumplidores y morosos a la vez, todo lo cual carece de sentido desde el punto de vista práctico del Derecho», *op. cit.*, págs. 562-563.

derivadas de la tardanza en el cumplimiento de las correlativas prestaciones a cargo de ambas partes (75). Entre ellas la eventual constitución en mora. Así parece reconocerlo la *Sentencia de 11 diciembre 1980* (Ar. 4744) cuando declara que «el mutuo incumplimiento de obligaciones recíprocas impide que el demandante pueda acusar la mora de su contradictor»; y lo explica en expresivos términos LUIS DIEZ-PICAZO cuando señala que «como ambos obligados se encuentran retrasados en el cumplimiento de sus obligaciones, las dos situaciones se neutralizan recíprocamente» (76).

#### a) *Requisitos de la compensación*

Para que la neutralización del mutuo retardo y la compensación de sus recíprocas consecuencias sea apreciable han de concurrir los siguientes requisitos:

##### 1.º Que se trate de obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo

La reciprocidad constituye una expresa exigencia del citado precepto legal que refiere la especialidad de su último párrafo a esta clase de obligaciones. No basta aquí tampoco con que las prestaciones pendientes de ejecución se deriven de un contrato sinalagmático con prestaciones recíprocas, sino que es asimismo necesario, como recuerda CANO MARTÍNEZ, «que exista una relación de correspondencia específica entre la prestación que se estima no cumplida y aquella respecto de la que se pretende evitar el cumplimiento» (77), no siendo de apreciar en prestaciones que no guarden entre sí una mutua dependencia o condicionalidad, aun debidas entre sujetos recíprocamente obligados.

---

(75) Resulta en este sentido más preciso el razonamiento de la *Sentencia de 2 julio 1994* (Ar. 6422) al considerar que habiéndose declarado por la Sala de instancia «la existencia de un incumplimiento por ambas partes contratantes de sus recíprocas obligaciones, determinante de la compensación de los daños y perjuicios por unos y otros reclamados como consecuencia de esos incumplimientos, no se infringe por el Tribunal de apelación el precepto citado en el motivo, sino que se aplica rectamente el párrafo último del artículo 1100 del Código Civil al entender que el incumplimiento de cada parte compensa las consecuencias indemnizatorias del imputable a la otra».

Llama en este sentido la atención la declaración contenida en la *Sentencia de 2 enero 1980* (Ar. 77) cuando, tras advertir certeramente que «como el incumplimiento del contrato ha sido recíproco, no cabe hablar de mora ni del comprador ni del vendedor», concluye que «en tal supuesto tanto uno como otro han incurrido en mora, lo que había de producir la cesación de la misma en relación al contrato».

(76) DIEZ-PICAZO, LUIS. *Fundamentos* ., cit., t. II, pág. 640

(77) CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, JOSÉ IGNACIO, *La mora*, Jaén, 1978, pág. 55.

La norma que se analiza aparece además dictada en contemplación a las obligaciones de cumplimiento simultáneo, al punto de que sólo en ellas resulta de aplicación sin reserva ni matización alguna (78). Así lo recuerda la *Sentencia de 29 marzo 1985* (Ar. 1256) al declarar que el efecto establecido en el párrafo tercero del artículo 1.100 se produce «cuando se trata de negocios en los que las prestaciones de las partes han sido convenidas como de simultánea efectividad, sin referirlas a tiempos diversos», declaración que se reitera en la de *23 marzo 1992* (Ar. 2277).

En las obligaciones de cumplimiento temporalmente distanciado, la disposición es en sus propios términos aplicable únicamente al obligado a cumplir previamente que sin ejecutar su prestación pretenda acusar la mora de su contrario y al favorecido por el plazo que, vencido el término, intente hacer valer la mora del primero sin realizar u ofrecer su propia prestación. Es —como luego se verá—, por el contrario, pacífico que hasta el vencimiento del plazo el que goza de dicho beneficio puede constituir en mora al primer incumplidor con su sola interpelación, sin necesidad de realizar o poner a su disposición la prestación aplazada que él mismo adeuda (79). Si vencido el término no la cumple ni la ofrece o pone a disposición del primero, se produce el cese de la mora constituida; pero sólo a partir de entonces puede hablarse de la neutralización (o compensación) que la repetida disposición establece.

Refiriéndose en concreto a la compraventa con precio aplazado, señala ALBALADEJO (80) que si requerido el vendedor para la entrega de la cosa no cumple incurre en mora, que acaba cuando llega el momento del pago del precio y el comprador tampoco paga; y añade que, concluida la mora, no da

---

(78) Así CASTÁN TOBEÑAS, para quien «el principio de compensación de la mora se deriva de la regla de simultaneidad indicada», en *Derecho Civil*, cit., t. III, págs. 146-147, y OGAYAR Y AYLLÓN cuando indica que la imposibilidad de incurrir en mora una parte mientras la otra no cumpla (*compensatio morae*) es una exigencia derivada del cumplimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas, en *Efectos que produce*, cit., págs. 16 y 21. En el mismo sentido se pronuncia JOSÉ PUIG BRUTAU, para quien «el párrafo final del artículo 1.100 sólo resulta de pertinente aplicación a las obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo», en «Mora», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, pág. 647

También GEMA DÍEZ-PICAZO apunta que, a su juicio, «el legislador del 51 como del 89 están pensando en la imposibilidad de hablar siquiera de mora en el caso de las obligaciones recíprocas y, por su propia estructura y naturaleza, de cumplimiento simultáneo», *La mora y la responsabilidad contractual*, cit., pág. 561

(79) Precisamente en consideración a este supuesto apunta SCAEVOLA que «para comprender el verdadero sentido del artículo es menester invertirlo, y donde se indica que ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple, entender que ninguno de los contratantes tendrá derecho a reclamar indemnización por razón de mora cuando él mismo esté colocado en esta situación respecto a la parte de obligación que le incumbe», en *Código Civil comentado*, «Comentario al artículo 1.100», t. XIX, Madrid, 1902, pág. 465.

(80) ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, «Comentario al artículo 1.100», t. XV, vol. 1.º, Madrid, 1989, pág. 374.

lugar a nuevos efectos, pero que, independientemente de ello, el deudor que quedó constituido en mora sigue obligado a indemnizar los que ésta había producido antes de su cesación.

La conclusión aplicada a las obligaciones recíprocas no parece, en cambio, segura ni generalizable. La reciprocidad de las prestaciones permite apuntar otras soluciones, acaso más equitativas, a este supuesto, como el condicionamiento de los efectos de la mora inicialmente constituida mediante la interpelación al cumplimiento u ofrecimiento en su día de la prestación aplazada por parte del interpelante.

- 2.º Que ninguna de las partes haya cumplido, ofrecido formalmente o puesto a disposición de la otra la prestación exacta que correlativamente le incumbe

Expresamente establece la disposición comentada que «ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe».

Al igual que para la excepción del contrato no cumplido, para la exclusión de la *mora debitoris* no es necesario que el acreedor se halle incurso en un incumplimiento culpable de trascendencia resolutoria. Es bastante al efecto que no haya dado cumplimiento a la prestación que recíprocamente le corresponde, habiéndose repetido asimismo por la jurisprudencia que en las obligaciones bilaterales no hay mora del deudor cuando el acreedor no cumple (SS. 1 marzo 1993/Ar. 2030 y 21 octubre 1994/Ar. 8146) o, pese a la intimación dirigida a la otra parte, no está en condiciones de cumplir lo que le incumbe (S. 23 marzo 1992/Ar. 2277).

En definitiva, para que se produzca la *compensatio morae* es preciso que la falta de cumplimiento sea predicable de ambas partes, no incurriendo ninguna de ellas en mora mientras la otra no cumpla por su parte lo que le corresponde, pues —como dice OGAYAR Y AYLLÓN— «si ambas tienen en cuenta la obligación asumida por la contraria sería opuesto a la equidad que cualquiera de ellas tuviera que anticipar su prestación, lo que no puede exigirse salvo pacto expreso de cumplimiento anticipado a cargo de una de las partes» (81).

Al obligado «que no cumple» asimila el texto legal de constante mención: el que «no se allana a cumplir debidamente» su prestación. A tenor de este precepto debe, por consiguiente, afirmarse que no cumple ni puede, por ende, constituir en mora a su deudor quien realiza su prestación de manera inexacta, parcial o defectuosamente, en términos que no satisfacen objetivamente el interés de su destinatario; siendo de reiterar aquí que la ejecución «ha de

---

(81) OGAYAR Y AYLLÓN, TOMÁS, *Efectos que produce ..*, cit., pág. 23.

sujetarse al programa de prestación previsto al constituirse la obligación para tener por cumplida ésta» (82) en cuanto «cumplir una obligación es satisfacer el interés del acreedor de una manera exacta, íntegra y puntual» (83).

En consideración al cumplimiento inexacto de la prestación a su cargo por parte del acreedor, la jurisprudencia ha denegado la constitución en mora de su contradictor al vendedor que no llegó a poner a disposición del comprador la totalidad de la finca objeto del contrato al retener un tercero la posesión de una parte de ella, a virtud de una previa relación jurídica concertada con el transmitente (*S. 14 marzo 1986/C.L.*, núm. 171) (84); al que no entregó al comprador más que una parte de las vacas contratadas (*S. 4 marzo 1985/Ar. 1106*); al contratista que incumplió parcialmente su obligación de realizar la obra libre de vicios o defectos (*S. 6 julio 1984/Ar. 1146 de 1986*) (85); al también contratista que intentó la entrega de su prestación defectuosamente, con variaciones respecto al proyecto convenido rehusadas por el comitente (*S. 2 noviembre 1994/Ar. 8364*); al dueño de la obra que incumplió las condiciones de pago pactadas en el contrato, absteniéndose de realizar las entregas parciales a medida que la obra avanzaba (*S. 22 febrero 1979/Ar. 523*) (86), o al arrendador concedente de una opción de compra que reclamaba del arrendatario optante ciertas cantidades, olvidando las que a su vez le debía e incumpliendo por su parte la obligación de entrega de la documentación que precisaba para la obtención del préstamo hipotecario con que había de hacer frente al pago reclamado (*S. 30 septiembre 1991/Ar. 6073*) (87).

La mención al allanamiento que se contiene en la disposición legal no puede entenderse referida a la institución procesal del mismo nombre, que en rigor

---

(82) Así lo establece la *Sentencia de 2 noviembre 1994* (Ar. 8364) tras señalar que si el acreedor no está obligado a recibir cosa distinta de la pactada ni un cumplimiento parcial, tampoco lo estará a conformarse con una prestación que no se ajuste a lo con-

venido.

(83) *Sentencia de 3 marzo 1979* (Ar. 1184).

(84) En la expresada sentencia se añade que «en manera alguna puede entenderse producida mora por parte del referido comprador desde la interpelación judicial, sino desde la fecha posterior de 28 de enero de 1982 en que quedó a disposición del meritado comprador, en su integridad, la finca en cuestión».

(85) La sentencia de instancia cuya impugnación casacional se desestima absuelve al comitente del pago de los intereses reclamados desde el requerimiento practicado en acto de conciliación al entender que en la hipótesis de incumplimiento parcial falta el presupuesto de hecho establecido para la mora en las obligaciones recíprocas por el artículo 1.100 del Código Civil

(86) En la sentencia de instancia se rechaza la pretensión de resarcimiento por mora en la entrega de los ascensores en idónea disposición para su entrada en actividad, razonando la de casación para mantener dicho pronunciamiento que, con arreglo al último párrafo del artículo 1.100, sin el cumplimiento del reclamante no puede ser pretendida indemnización alguna de daños y perjuicios.

(87) La sentencia recuerda que se trata de un incumplimiento en obligaciones recíprocas que, «conforme al párrafo final del artículo 1.100 del Código, impide la constitución en mora en que los recurrentes pretenden incurrió el optante por falta de pago».

supondría la existencia de una previa acción judicial de cumplimiento deducida de adverso (88), ni al simple aquietamiento frente a una intimación extrajudicial de idéntica finalidad. La alternativa cumplimiento-allanamiento resulta difícilmente explicable tanto en su formulación negativa como en su traducción positiva. La postura de quien no se allana a cumplir nada añade a la de quien lisa y llanamente no cumple; pero, en su formulación positiva, allanamiento y cumplimiento tampoco son términos equiparables. El sometimiento o la avenencia a cumplir, si no van acompañadas de la efectiva realización o puesta a disposición de la prestación debida, no constituyen cumplimiento ni, en consecuencia, alcanzan a excluir la llamada compensación de la mora.

El allanamiento cobra sentido en el significado usual, no técnico-jurídico, de la expresión, refiriéndolo estrictamente al «cumplimiento debido» de la obligación. Y es que un cumplimiento aun inexacto de la prestación puede ser aceptado por su destinatario con efectos solutorios o satisfactorios de la obligación; pero también puede ser rehusado con la consiguiente interpelación para su exacta realización. El interpelado que se resiste —o no se allana— a ella no ha de tenerse ni ser tenido como «cumplidor» ni, por ende, está en condiciones de constituir mora a su deudor.

La referencia al allanamiento puede también entenderse expresiva de la suficiencia de la disposición al cumplimiento cuando ésta es seria y va acompañada del formal ofrecimiento de la prestación. La *Sentencia de 9 junio 1986* (Ar. 3298), en consonancia con esta interpretación, rechaza la mora del vendedor en la entrega de la vivienda argumentando que el requerimiento del comprador no contenía el pago por el comprador del resto del precio pactado todavía pendiente «ni la manifestación de que se allanaba a entregarlo al tiempo de recibir la cosa, actitud indispensable para el efecto de la mora según el párrafo último del ya citado artículo 1.100». En la misma línea, la *Sentencia de 2 noviembre 1994* (Ar. 8364) declara incurso en mora al contratista que se negó a ejecutar correctamente su obligación al estimar que «el acreedor siempre estuvo dispuesto a recibir la prestación que se ajustase a lo pactado... y cumplir las que le incumbían», indicando que tal circunstancia era sobradamente conocida por el primero «a través de los requerimientos cruzados entre las partes».

Debe en este sentido recordarse que el ofrecimiento o puesta a disposición de la prestación, aun no seguidos de su consignación (89), liberan al oferente,

---

(88) Precisamente por ello, como advierte la *Sentencia de 7 junio 1994* (Ar. 4897), lo que ha de tenerse en cuenta «no son las conductas procesales, sino los incumplimientos jurídico-materiales en función de la reciprocidad de prestaciones».

(89) En relación a la compraventa, declara la *Sentencia de 22 marzo 1985* (Ar. 1196) que «el comprador que ofrece cumplir, según la previsión contractual, mediante la entrega del precio a la firma de la escritura, no está obligado a consignar judicialmente frente a la actitud de la otra parte que se resiste a cumplir»; y la *Sentencia de 9 febrero 1985* (Ar.

si no de la obligación de cumplir, sí de la posible tacha de incumplimiento y de su eventual *mora solvendi* (SS. 5 julio 1944/Ar. 905 y 31 octubre 1968/Ar. 4960). Pero, además, producen, como dice la *Sentencia de 15 junio 1987* (Ar. 4469) (90), «un efecto positivo, cual es el de la constitución al acreedor en mora», con las consecuencias que le son propias» (91), lo que sucederá en los casos en que el acreedor se niegue sin razón a recibir el pago u omita la conducta necesaria para que el deudor pueda liberarse de acuerdo con lo establecido en el programa prestacional (92). En definitiva y por lo que aquí interesa, quien ofrece formalmente su prestación y la pone a disposición del acreedor excluye la propia mora y, con ella, los efectos de la compensación, constituyendo en mora a su contradictor.

En todo caso, para que el ofrecimiento o puesta de la prestación a disposición del otro contratante produzca tales efectos ha de cumplir las siguientes exigencias:

— Que sea serio y expresivo de una efectiva voluntad de cumplir, requisito que no es de apreciar cuando, como dice la *Sentencia de 26 junio 1978* (Ar.

---

541) que «ni del contenido del contrato ni de las normas generales del contrato de compraventa de inmuebles puede desprenderse que le sea exigible al comprador aumentar sus deberes de contratante cumplidor con un plus de garantía para el vendedor que se resiste al cumplimiento de modo injustificado, tal como imponerle la consignación judicial del precio».

(90) La resolución cita en el mismo sentido las *Sentencias de 9 julio 1941* (Ar. 905) y *5 junio 1944* (Ar. 698), a las que cabría añadir en idéntico sentido las de *21 junio 1947* (Ar. 778) y *27 noviembre 1950* (Ar. 1833). La *Sentencia de 1987* que se cita en el texto declara a la compradora incurso en *mora creditoris* por no haber prestado su necesaria colaboración al vendedor en la implementación de los programas informáticos que requerían la cooperación de la compradora en la facilitación de los datos comerciales y contables que habrían de ser objeto de análisis.

(91) Consecuencias que, como indica la *Sentencia de 30 mayo 1986* (Ar. 2835), llevan aparejada «no sólo la exclusión de la mora del deudor, sino la atribución al acreedor del riesgo de la pérdida de la cosa»

Cfr RUBIO TORRANO, ENRIQUE, «Comentario a la Sentencia de 30 de mayo de 1986», en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 11, 1986, n. 292, págs. 3697-3705, y SABATER BAYLE, ELSA, «Contribución al estudio de la mora del acreedor», en *Actualidad Civil*, núm. 26, 1989, en que se contiene un pormenorizado análisis de los presupuestos, requisitos y efectos de la mora del acreedor.

(92) Advierte en este sentido ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ que «esta conducta necesaria constituye una auténtica carga legal (art. 1.176 CC) en cuanto que sólo si el acreedor facilita la liberación del deudor podrá hacer efectiva la responsabilidad en que ha incurrido éste por mora. Sólo aceptando el pago regular ofrecido por el deudor el acreedor evitará las consecuencias desfavorables que para él derivan de la mora *accipienda*», en «La mora del acreedor», *Anuario de Derecho Civil*, 1987, págs. 1374-1375.

Debe, no obstante, recordarse, con PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, que la mora del acreedor se produce no sólo por la negativa sin razón a recibir el pago, sino por otras faltas de cooperación indispensables para el cumplimiento, por ejemplo, no presentarse oportunamente a recibir la prestación, en *Notas al Derecho de Obligaciones de Enneccerus y Lehmann*, vol. 1.º, Barcelona, 1954, pág. 296

2452), «el comportamiento posterior de dicho deudor no ponga claramente en evidencia que esa su aparente voluntad de cumplimiento no era real» (93).

— Que sea incondicional, esto es, sin condiciones ni reservas; aunque no cabe estimar producido condicionamiento alguno impeditivo de tal efecto cuando la realización de la prestación ofrecida se subordina o supedita a la ejecución simultánea de la correlativa o recíproca contraprestación (94).

— Que la prestación ofrecida se ajuste exactamente a la convenida en lo relativo al objeto y circunstancias de su realización, siendo de reiterar cuanto con anterioridad se dijo acerca del cumplimiento inexacto, parcial o defectuoso de la prestación debida. En lo que al cumplimiento intempestivo se refiere, el ofrecimiento tardío de una prestación que por no hallarse sujeta a término esencial y ser todavía útil al acreedor no pueda ser legítimamente rehusada por éste (95) excluye la mora del oferente —y con ella la *compensatio morae*—, siendo el retraso mutuo, o determina la cesación de efectos, siendo exclusivo suyo.

(93) La sentencia, tras recordar que «la oferta no seguida de consignación puede llegar a producir el efecto... de constituir al acreedor en *mora accipiendi*», establece que ello es así sobre la base de que la voluntad de cumplimiento sea real, negando tal voluntad en el caso de autos a la entidad compradora, que «olvidando y desconociendo que el ofrecer cuando el destinatario reclama no es pagar», dejó transcurrir el tiempo sin abonar el descubierto pese al requerimiento que se le cursó al efecto.

Abundando en esta exigencia, advierte asimismo la *Sentencia de 7 junio 1995* (Ar. 4632) que «en unas obligaciones sinalagmáticas de cumplimiento simultáneo, demostrado que una de las partes quería cumplir, estaba dispuesta a cumplir seriamente, la otra ha de hacer lo mismo para no caer en incumplimiento».

(94) Para JOSÉ M.<sup>a</sup> CABALLERO LOZANO la incondicionalidad del ofrecimiento «no quita que el deudor pueda subordinar la entrega de la cosa al pago de la contraprestación, la entrega de recibo o carta de pago o la elevación del contrato a escritura pública si es que coinciden los demás requisitos necesarios para ello, ya que no es justo que el deudor dispuesto a cumplir resulte desamparado en sus legítimos derechos derivados del correcto cumplimiento», *La mora del acreedor*, Barcelona, 1992, pág. 237.

En el Derecho alemán, «si el deudor sólo está obligado a cumplir la prestación contra una prestación del acreedor, incurre éste en mora si está efectivamente dispuesto a aceptar la prestación ofrecida y no ofrece sin embargo la contraprestación exigida» (BGB, § 298).

(95) Díez-PICAZO distingue bien que, a efectos del ejercicio de la acción resolutoria, tres casos de retraso en el cumplimiento de la obligación: 1.º El deudor que ha cumplido enteramente la prestación aunque lo ha hecho con retraso. 2.º El deudor que está cumpliendo la prestación pero lo hace de forma retrasada. 3.º El deudor que no ha cumplido en absoluto la prestación y el plazo para realizarla ha vencido, en «El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos», *Anuario de Derecho Civil*, 1969, págs 394-404. Cfr. también *Fundamentos...* cit., t. II, págs. 622-625.

La jurisprudencia ha declarado reiteradamente que el simple retraso en el cumplimiento no impida el fin normal del negocio ni frustre las legítimas expectativas del otro contratante no constituye incumplimiento resolutorio, sino cumplimiento defectuoso y tardío que da lugar a indemnización de daños y perjuicios. Así, entre otras, las *Sentencias de 25 enero 1991* (Ar. 319), *27 noviembre 1992* (Ar. 9447), *16 noviembre 1993* (Ar. 9099), *14 octubre 1994* (Ar. 7553) y *7 marzo 1995* (Ar. 2149).

— Que el ofrecimiento se dirija al acreedor o a persona por él autorizada para recibir la prestación. Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 1.176, párrafo primero, del Código Civil («el acreedor a quien se hiciere el ofrecimiento de pago»), en relación con lo prevenido para el pago en el artículo 1.162 del mismo cuerpo legal («el pago deberá hacerse a la persona en cuyo favor estuviese constituida la obligación o a otra autorizada para recibirlo en su nombre»); pues si la entrega de lo adeudado hecha a un tercero no autorizado por el titular para su recepción, aun realizada de buena fe, no libera al deudor de su obligación ni perjudica al acreedor en su derecho (96), menos aún podrá producir tal efecto el solo ofrecimiento o puesta a su disposición.

El cumplimiento de las obligaciones, excepción hecha de las constituidas con carácter personalísimo, puede hacerse, sin embargo, «por cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor» (art. 1.158, párrafo 1.º, CC) (97), produciendo el mismo efecto satisfactorio del crédito que el cumplimiento directamente realizado por él. Otro tanto ha de afirmarse del ofrecimiento de la prestación, pues —señala Díez-Picazo— parece claro que si el tercero ofrece la prestación debida y ésta es exacta, el acreedor no puede negarse a recibirla, incidiendo en *mora creditoris* si lo hace (98).

#### b) *Efectos de la compensación*

Como antes se ha adelantado, la recíproca falta de cumplimiento o, lo que es igual, la tardanza en el cumplimiento de las prestaciones correlativas a cargo de ambas partes, más que compensar la mora respectiva de los sujetos obligados impide que ésta se produzca, pues al ser presupuesto de su constitución el cumplimiento de una de las partes, cuando menos en las obligaciones de ejecución simultánea en que rige la norma con plenitud, el incumplimiento o retraso mutuo excluye la respectiva constitución e incursión en mora. En términos más o menos coincidentes así lo viene declarando la ju-

---

(96) En aplicación del artículo 1.162 del Código Civil así lo han declarado, entre otras, las *Sentencias de 2 junio 1981* (Ar. 2491), *3 diciembre 1982* (Ar. 7457) y *16 noviembre 1983* (Ar. 6116).

(97) «El fundamento de esta legitimación de cualquier tercero para realizar el pago, concebida en términos tan amplios, reside —en palabras de LALAGUNA— en la idea de obligación considerada fundamentalmente como deber ordenado a satisfacer el interés del acreedor, desde cuyo punto de vista es indiferente la persona que paga», en «Sujetos del pago», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1391, 5 agosto 1985, pág. 10.

(98) Díez-Picazo, LUIS, *Fundamentos*. . cit , t. II, pág. 485

risprudencia, siendo de citar, entre otras, las *Sentencias de 18 noviembre 1971* (Ar. 4901), *22 febrero 1979* (Ar. 523), *2 enero 1980* (Ar. 77), *11 diciembre 1980* (Ar. 4744), *30 septiembre 1991* (Ar. 6073), *1 marzo 1993* (Ar. 2030) y *10 noviembre 1993* (Ar. 8958).

Mantiene CARDENAL FERNÁNDEZ que el retraso culpable que, con arreglo a lo prevenido en el artículo 1.100 del Código Civil, no haya derivado en mora no es, sin embargo, jurídicamente irrelevante, siendo incardinable en la «morsidad» que, como concepto —a su juicio— independiente del de «mora», sanciona el artículo 1.101 con la indemnización de daños y perjuicios (99).

La exclusión de la mora —su «compensación»— por el mutuo retardo en el cumplimiento excluye, sin embargo, también las consecuencias indemnizatorias legalmente vinculadas al retraso; y ello no tanto porque la «morsidad» contemplada en el artículo 1.101 haya de identificarse necesariamente con la situación de «mora» definida en el artículo 1.100 (100) cuanto porque la reciprocidad de la tardanza en cumplir las prestaciones a cargo de uno y otro obligado neutraliza sus efectos. Así lo ha entendido también la jurisprudencia, que en *Sentencia de 2 julio 1994* (Ar. 6422) declara que «el incumplimiento de cada parte compensa las consecuencias indemnizatorias del imputable a la otra»; y en *Sentencia de 20 diciembre 1993* (Ar. 10086), que «el incumplimiento por ambas partes de sus respectivas obligaciones impide acceder a la concesión de dichas indemnizaciones», manteniendo similar doctrina en las *Sentencias de 25 noviembre 1983* (Ar. 6500), *27 mayo 1988* (Ar. 4344), *24 abril 1992* (Ar. 3412) y *21 octubre 1994* (Ar. 8146).

La exclusión recíproca de la mora impide también que en estos supuestos se produzca la denominada *perpetuatio obligationis* que sitúa a cargo del deudor constituido en mora el riesgo de la imposibilidad sobrevenida de la prestación por pérdida o destrucción fortuita de la cosa debida, que sancionan los artículos 1.196, párrafo tercero, y 1.182 del Código Civil (101). La in-

(99) CARDENAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1979, págs 309 y sigs, para quien «cuando el legislador ha querido que sea a la mora propiamente dicha a la que han de atribuirse los efectos del retraso, así lo ha empleado expresando ese término y no, en cambio, el de morsidad», pág. 319

(100) La cuestión, como se ha visto, no es pacífica. Para FÉLIX HERNÁNDEZ GIL la tardanza sin mora no produce indemnización de daños y perjuicios, citando en apoyo de esta tesis la *Sentencia de 21 mayo 1904*, que declaró que el precepto del artículo 1.101 está subordinado a la existencia real de la mora y no procede, por tanto, indemnización de no existir ésta; y el artículo 1.108, que fija la indemnización de daños y perjuicios si el deudor incurriere en mora y sólo se incide en mora con la concurrencia de los requisitos que impone el artículo 1.100, *La intimación del acreedor...*, cit., pág. 332, n. 1.

(101) La *Sentencia de 21 junio 1980* (Ar. 2726) explica la razón de tal disposición, argumentando que al existir morsidad «mal podrá sostenerse que la situación dañosa se ha desencadenado sin culpa y que el deudor no resulta responsable de la imposibilidad cuando de haber observado las pautas contractuales haciendo la entrega a su tiempo no habría perecido en su poder»

equivoca referencia de este último precepto a la constitución en mora del deudor despeja las incógnitas que la dicción del artículo 1.101 suscitaba al respecto (102), siendo, pues, pacífico que la imposibilidad de la prestación acaecida antes de que cualquiera de los obligados incurra en mora libera al deudor de su cumplimiento al no haberse producido aquélla por su culpa; lo que por imperativo del artículo 1.183 habría de presumirse *iuris tantum* cuando la cosa debida se hubiera perdido en su poder.

El mutuo retardo no extingue la obligación ni libera a ninguno de los obligados del deber de cumplir su respectiva prestación. El simple retraso —se ha apuntado ya antes— no es causa de resolución del vínculo obligacional (SS. 16 noviembre 1993/Ar. 9099, 14 octubre 1994/Ar. 7553 y 7 marzo 1995/Ar. 2149, por todas); pero a ello ha de añadirse que la resolución tampoco requiere necesariamente su previa transformación en mora (S. 20 julio 1994/Ar. 6513). Y es que el presupuesto de la resolución es el verdadero y propio incumplimiento y en él puede desembocar el retraso en la ejecución de la prestación aun sin haber llegado a configurar una situación legal de mora:

— El retraso en el incumplimiento puede llegar a conformar un incumplimiento resolutorio sin la previa constitución en mora del deudor, no sólo en los casos en que la ejecución de la obligación se hallase sujeta a término esencial (103), sino también en aquellos otros en que la prestación hubiera devenido imposible por causa imputable al deudor (104) o su tardía realiza-

---

(102) Para FERRÁN BADOSA COLL «el concepto de *mora solvendi* con que opera el artículo 1.182 es el derivado del artículo 1.100», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, vol. 2.º: «Comentario al artículo 1.182», pág. 257. En el mismo sentido, CARDENAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *El tiempo..*, cit., pág. 319, y HERNÁNDEZ GIL, FÉLIX, *op cit y loc. cit.*

(103) Así lo advierte la *Sentencia de 22 marzo 1985* (Ar. 1196). En tales casos no tiene sentido la constitución en mora, pues la inexecución al vencimiento del término se transforma directamente en incumplimiento definitivo de la obligación. Cfr. ALVAREZ VIGARAY, RAFAEL, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, cit., págs. 125 y sigs.; CARDENAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, cit., págs. 74 y sigs., y Díez-PICAZO, LUIS, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, cit., t. II, págs. 338-340.

(104) La imposibilidad de la prestación imputable a dolo o culpa del deudor no libera de su obligación conforme al artículo 1.182 del Código Civil, pero sí constituye un hecho que definitivamente impide su cumplimiento, haciéndole incurrir en incumplimiento resolutorio. Cfr. ALVAREZ VIGARAY, RAFAEL, *La resolución de los contratos ..* cit., pág. 179.

Ahora bien, que la imposibilidad sobrevenida imputable constituya incumplimiento resolutorio no significa que sólo esa imposibilidad sea causa de resolución de los contratos bilaterales. La imposibilidad fortuita o imputable a ninguna de las partes faculta también para instar la resolución del vínculo obligacional, habiéndolo declarado así, entre otras, las *Sentencias de 24 febrero 1993* (Ar. 1249), *7 febrero 1994* (Ar. 917), *24 abril 1994* (Ar. 3216) y *6 septiembre 1994* (Ar. 7245). Cfr. en este mismo sentido Díez-PICAZO, *Fundamentos ..* cit., t. II, págs. 718 y sigs.; LACRUZ y DELGADO, *Elementos ..* cit., t. II, vol. 1.º, págs. 271-272, y CLEMENTE MEORO, *La resolución de los contratos ..* cit., págs. 163 y sigs.

ción hubiese llegado a impedir el fin normal del contrato, frustrando las legítimas expectativas del acreedor (105) o a evidenciar en el deudor una voluntad deliberada y manifiestamente obstativa al cumplimiento de la prestación debida (106). En estos casos, a la resolución puede acompañar la indemnización, pero no *ex* artículo 1.101, por efecto de la mora, sino *ex* artículo 1.124 por efecto del incumplimiento.

— Si la constitución en mora no es necesaria para la resolución, tampoco es suficiente para ella (107), pues cuando la prestación sigue siendo posible y útil al acreedor y la demora no es reveladora de una actitud del deudor obstativa al cumplimiento, la mora carece de trascendencia resolutoria aun cuando la tenga indemnizatoria de los daños y perjuicios causados. En cualquier caso, como la resolución requiere un verdadero incumplimiento, la intimación al cumplimiento del deudor retardado, en muchos casos determinante de su constitución en mora, representará comúnmente el medio más adecuado para justificar su existencia (108).

Oportuno parece recordar aquí que el carácter mutuo o recíproco del incumplimiento impide que pueda constituirse en causa de resolución (109). Pero también que, conforme a una reiterada jurisprudencia, puede legítima-

---

(105) Cfr. *Sentencias de 27 octubre 1986* (Ar. 5960), *29 enero 1991* (Ar. 347), *27 noviembre 1992* (Ar. 9447) y *15 junio 1995* (Ar. 4859), por todas. Señala la primera de las citadas sentencias que cuando el cumplimiento «por su extemporaneidad es ineficaz para satisfacer el fin previsto por los otorgantes tiene declarado la jurisprudencia que una vez desaparecida la legítima expectativa de la parte en cuanto al resultado previsto e insito en la causa, la prestación, aunque físicamente posible, ya no es satisfactoria para el acreedor, que se ve privado de alcanzar el logro económico perseguido por el vínculo negocial, cuya conservación no procede, y sí la resolución por incumplimiento a tenor del artículo 1.124 del Código Civil».

(106) Así, *Sentencias de 16 julio 1992* (Ar. 6620), *21 septiembre 1993* (Ar. 6648), *16 y 18 noviembre 1993* (Ar. 9099 y 9150) y *10 y 14 octubre 1994* (Ar. 7716 y 7553)

(107) Cfr. *Sentencias de 9 junio 1986* (Ar. 3298) y *18 marzo 1988* (Ar. 2216).

(108) En este sentido se manifiesta ANGEL CRISTÓBAL MONTES, para quien «el deudor que no cumple su débito, cuando sea demandado en resolución necesariamente deberá encontrarse en situación de mora, pero no porque su constitución en mora se contemple como un requisito o presupuesto previo para poder intentar la demanda resolutoria, sino porque su condición de incumplidor al no poder constatarse adecuadamente más que a través del requerimiento de pago fallido habrá derivado hacia el estado de deudor moroso». Aunque partidario como se verá de la mora por el cumplimiento en las obligaciones recíprocas, señala que si bien en ellas el cumplimiento por una de las partes determina la mora de la otra, para ejercitar la acción resolutoria es necesaria la previa reclamación del cumplimiento, porque «sólo de esta manera existe constancia de que se ha producido el incumplimiento obligacional que el artículo 1.124 reclama inexcusablemente para poder demandar la resolución del contrato», *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, cit., págs. 174 y 178. En parecidos términos CLEMENTE MEORO, MARIO, *La resolución* .., cit., pág. 191

(109) Así, *Sentencias de 23 enero 1986* (Ar. 111), *20 diciembre 1993* (Ar. 10086) y *10 enero 1994* (Ar. 436), entre otras muchas.

mente demandarla quien incumple a consecuencia del incumplimiento previo del otro obligado por ser la conducta de éste la que motiva el derecho de resolución de su adversario y le libera de su compromiso (110), no debiendo olvidarse que, como dice la *Sentencia de 9 julio 1993* (Ar. 6330), en cuestiones de recíproco incumplimiento, «además del momento inicial del mismo respecto de una y otra parte..., es de tener también en cuenta el relieve, importancia o trascendencia de los actos, conductas o hechos que integran ese cumplir, ya que si recaen sobre aspectos accesorios o complementarios no son de tener en cuenta».

De reseñar es finalmente que, a diferencia de la *exceptio non adimpleti contractus*, que ha de ser alegada por el demandado para su apreciación judicial, la denominada *compensatio morae* es el único efecto de las obligaciones recíprocas que opera *ipso iure* al no incurrir *ministerio legis* ninguno de los obligados en mora «si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe», peculiaridad resaltable, en palabras de CRISTÓBAL MONTES, porque «revela la trascendencia y valor que el legislador atribuye al incumplimiento en tema de mora, evidentemente mayores que los que asigna al incumplimiento cuando contempla la ejecución o la resolución contractuales» (111).

## B) LA CONSTITUCIÓN EN MORA

La norma contenida en el inciso final del último párrafo del artículo 1.100 establece que «desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro».

La citada disposición, a diferencia de la que encabeza el párrafo, carece de precedentes en el Proyecto de Código Civil de 1851 y de referentes en los Códigos Civiles de nuestro entorno jurídico, hallando su origen en el artículo 1.117 del Proyecto de 24 de abril 1882, del que el artículo 1.100 del vigente Código es reproducción casi literal.

Pese a la aparente claridad de la norma, su inserción en el único precepto del Código Civil regulador de la constitución en mora ha dado lugar a una viva polémica en la doctrina y a una jurisprudencia vacilante acerca de la necesidad de la interpelación en las obligaciones recíprocas, en particular sobre si es precisa en esta clase de obligaciones la intimación al deudor o es bastante a efectos de su constitución en mora el cumplimiento por el acreedor de la prestación que le corresponde.

(110) Cfr., entre otras, las *Sentencias de 15 junio 1989* (Ar. 4688), *3 junio 1993* (Ar. 4382) y las que cita: *20 diciembre 1993* (Ar. 10086) y *10 enero 1994* (Ar. 436).

(111) CRISTÓBAL MONTES, ANGEL, *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, cit., págs. 81-82.

a) *La interpretación de la norma en la doctrina*

Con algunas excepciones (112), la generalidad de los autores vino dando por supuesta, durante decenios, sin más justificaciones argumentales que la meramente literalista, la innecesidad de la intimación en las obligaciones recíprocas, en las que venía a reconocerse una tercera excepción a la regla de la mora interpellatoria proclamada en el primer párrafo del artículo 1.100 (113). Con arreglo a dicha doctrina, el cumplimiento de la prestación por uno de los obligados basta para constituir en mora al otro. La revisión crítica de esta clásica concepción tuvo su fundamental punto de arranque en la publicación en 1968 de un detallado estudio del profesor ALBALADEJO (114) en defensa de la necesidad del requerimiento para la mora también en las obligaciones recíprocas, a cuya tesis se han sumado con posterioridad otros civilistas.

1.ª Tesis de la mora por medio de la intimación añadida al cumplimiento

La tesis de ALBALADEJO, posteriormente desarrollada y matizada en otros trabajos (115), mantiene que la disposición interpretada no constituye una excepción a la regla general de que la mora se produce mediante requerimiento, sino una regla especial para las obligaciones bilaterales que añade a los requisitos de la mora (bien normal, bien automática) en las obligaciones unilaterales otro nuevo para las bilaterales: el cumplimiento o allanamiento

---

(112) Como DÍAZ PAIRÓ, *Introducción al Derecho de Obligaciones*, La Habana, 1942, t. I, pág. 148, para quien el Código sólo ha querido advertir que, en ciertas obligaciones, a pesar de la reclamación de pago o de concurrir las circunstancias que producen la *mora ex re*, no surgirá la mora sino que será necesario algo más, esto es, el cumplimiento por parte del que interpela o de la otra parte de la obligación que le incumbe y que se ha establecido en relación de reciprocidad a favor del interpelado o aparente moroso *ex re*. En el mismo sentido, también RODRÍGUEZ-ARIAS, *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1965, pág. 205.

Otros autores, como FÉLIX HERNÁNDEZ GIL, manifestaron sus dudas sobre la exigencia de la intimación para la constitución en las obligaciones recíprocas, en «La intimación del acreedor en la mora ex persona», en *Anuario de Derecho Civil*, 1962, págs. 361-362.

(113) Así CASTAN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, Común y Foral*, t. III, Madrid, 1967, pág. 164; ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho Civil español*, vol. 3.º, Madrid, 1961, pág. 243; PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho Civil*, t. III, vol. 1.º, Barcelona, 1966, págs. 174-175, por citar sólo algunos de ellos.

(114) ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, «La mora en las obligaciones recíprocas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1968, págs. 9-31.

(115) «De nuevo sobre la mora en las obligaciones recíprocas», en *Estudios homenaje a J. B. Vallet de Goytsolo*, vol. 1.º, Madrid, 1988, págs. 29 y sigs., y *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, «Comentario al artículo 1 100», Madrid, 1991, págs. 353 y sigs.

del otro obligado. Para el citado autor, el texto legal expresa con poca fortuna la idea de que la mora comienza cuando uno cumple, presupuestos los requisitos (y así el requerimiento) para que se dé. Los argumentos expuestos en defensa de su opinión pueden sintetizarse así:

- La distribución del artículo 1.100 en tres partes (una para la mora normal o mediante requerimiento, otra para la automática y una tercera para las obligaciones bilaterales) impide considerar a la última como una excepción más de las incluidas en su segunda parte a la regla general contenida en la primera.
- La especial contextura de las obligaciones recíprocas justifica la exigencia del cumplimiento, pero no la derogación de la regla general del requerimiento para la mora.
- Con el solo cumplimiento, sin interpelación, podría incurrir en mora quien no tuviese conocimiento del cumplimiento de la otra parte.
- El comentario de GARCÍA GOYENA al artículo 1.007 del Proyecto de 1851, antecedente del vigente artículo 1.100 en el sentido de que «el que no cumple mal puede reclamar del otro el cumplimiento y de consiguiente constituirle en mora», parece revelador de la sobrentendida necesidad de la reclamación.
- La adecuada correlación entre los artículos 1.101 y 1.501 del Código Civil así lo exige, pues partiendo del segundo de que la cosa ha sido ya entregada por el vendedor con la constitución en mora por el solo cumplimiento, los dos primeros números del artículo 1.501 o resultarían inútiles o habrían de entenderse referidos únicamente a supuestos en que la entrega no constituye por sí al comprador en mora.
- En caso de duda debería prevalecer la regla general (la necesidad del requerimiento) frente a la excepción.

A estos argumentos se añaden otras consideraciones de orden histórico y sociológico, a saber:

- La inexistencia en los antecedentes históricos y en los Códigos de nuestra área de un tratamiento especial y diferenciado de la mora en las obligaciones recíprocas.
- La progresiva práctica forense de solicitar y conceder intereses moratorios no desde el cumplimiento, sino desde la reclamación.

La tesis de ALBALADEJO es seguida sustancialmente por OGAYAR Y AYLLÓN, quien agrupa sus razonamientos fundamentales en cuatro apartados, que titula así: *razón histórica* (la del comentario al Proyecto de 1851), *razón legal* (la sistemática del art. 1.100), *la esencia de las obligaciones recíprocas* (la exigencia de su especial contextura) y *la relación entre los artículos 1.100 y 1.501*; para concluir que si estos argumentos no son decisivos por sí mismos,

al menos ponen en duda la veracidad de la tesis contraria (116). También es aceptada sin reservas por BADOSA COLL (117), O'CALLAGHAN MUÑOZ (118) y BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS (119), habiéndose pronunciado asimismo en contra de la mora automática en las obligaciones recíprocas CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, para quien la automaticidad significaría desconocer la importancia de la culpabilidad de la parte que retrasa el cumplimiento de su prestación (120).

## 2.<sup>a</sup> Tesis de la mora mediante el cumplimiento

La posición que excluye la necesidad del requerimiento para la mora en las obligaciones bilaterales de cumplimiento simultáneo cuenta, desde luego, en su apoyo con la clara dicción del texto legal, según la cual «desde que uno de los obligados cumple su obligación empieza la mora para el otro». De ahí que los esfuerzos argumentativos de los partidarios de esta tesis hayan sido encaminados, más que a la interpretación de esta norma, a la justificación de su efectiva correspondencia con la estructura y configuración de aquella clase de obligaciones.

Superada ya en estos últimos años la consideración de la mora en las obligaciones recíprocas como un tercer supuesto de mora *ex re* excepcional de la regla contenida en el párrafo primero del artículo 1.100, se ha defendido la innecesariedad del requisito interpelatorio para la mora en ellas apelando a la autonomía de las disposiciones legales que, aun comprendidas en un mismo precepto —el comentado art. 1.100—, establecen una regulación diferenciada para las obligaciones de vínculo sencillo y de doble vínculo desde la consideración de que en las primeras la constitución en mora del deudor precisa de la intimación, mientras que en las segundas dicha situación se produce con el solo cumplimiento de la contraparte. Ha sido CRISTÓBAL MONTES quien de manera más extensamente argumentada ha sostenido esta tesis (121).

(116) OGAYAR Y AYLLÓN. TOMÁS, *Efectos que produce.*, cit., págs 28-32.

(117) BADOSA COLL, FERRÁN, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II. *Comentario al artículo 1 100*, Madrid, 1991, quien apunta también en favor de esta tesis la dicción del artículo 1.124.II en cuanto contempla la exigencia del acreedor que ya ha cumplido su obligación, pág. 33

(118) O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER, *Compendio de Derecho Civil*, t II, vol. 1.º, Madrid, 1987, págs. 149-150

(119) BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, PABLO, *El incumplimiento de las obligaciones*, cit., págs 83-88.

(120) CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, JOSÉ IGNACIO, *La mora*, pág. 83.

(121) CRISTÓBAL MONTES, ANGEL, *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, Madrid, 1984, págs. 13 y sigs., especialmente págs. 61-89, en las que desarrolla la que califica como «nuestra posición»

Para el citado autor el artículo 1.100 formula, en su párrafo primero, la regla de la mora mediante reclamación para las obligaciones unilaterales y establece a continuación dos supuestos de excepción a dicha regla, para concluir con un párrafo dedicado a las obligaciones recíprocas, sin dependencia o conexión con lo establecido en la primera parte, que constituye una norma independiente, autónoma, del mismo rango y categoría que la antecedente. Si el requerimiento de pago sólo viene exigido por estricto mandato de la norma positiva respecto a las obligaciones unilaterales, ha de concluirse que desde el momento en que nos situamos en el campo de las obligaciones recíprocas la ausencia del requisito interpelatorio no dará lugar a la configuración de un supuesto excepcional más. En nuestro sistema no existe una auténtica regla general en materia de mora del deudor que pueda predicarse como operativa en todo tipo de obligaciones, sino dos: una aplicable a las obligaciones unilaterales (*mora mediante reclamación*) y otra a las recíprocas (*mora mediante cumplimiento*). La interpelación no hace falta porque la esencia de la obligación bilateral no reclama semejante conducta del acreedor para que el deudor quede incurso en mora. El deudor bilateral que cumple su obligación manifiesta de la manera más patente y contundente posible que está interesado en el contrato que le vincula y que aspira a obtener la contrapartida de la prestación de la otra parte. Exigir además del cumplimiento la interpelación, es por ello reiterativo e innecesario.

Aun sin hacer tanto hincapié en la autonomía de los dos regímenes jurídicos, la automaticidad de la mora por el cumplimiento en las obligaciones recíprocas de simultánea ejecución es asimismo defendida por LUIS DíEZ-PICAZO, para quien en esta clase de obligaciones puede decirse con una frase expresiva que «es el sinalagma funcional el que *interpellat pro homine* y el que excluye la necesidad de una especial intimación» (122), y por LACRUZ y DELGADO, para los que «puede decirse que el cumplimiento hace las veces de interpelación, en el sentido no de que la contenga conceptualmente —lo que es fácilmente contingente—, sino de que el ordenamiento hace derivar de aquel en las obligaciones recíprocas las mismas consecuencias que de ésta en las simples» (123). De la misma opinión se muestra CARDENAL FERNÁNDEZ, para el que en las obligaciones recíprocas «el cumplimiento de uno de los

---

(122) DíEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos. .*, cit., t II, pág. 643, quien sin embargo considera que si ninguno de los contratantes ha cumplido y ambas obligaciones son exigibles, para constituir en mora una de las partes a la otra precisa la interpelación, además de poner la prestación a disposición del interpelado cuando ésta por sí sola no valga como intimación de la mora, lo que es cuestión de interpretación de la comunicación, *op. cit.* y *loc. cit.*

(123) LACRUZ y DELGADO, *Elementos. .*, cit., t. II, pág. 250 Para los citados autores, «en las obligaciones recíprocas basta el cumplimiento de una de las partes para que la otra caiga en mora (dados los demás requisitos de ésta, excluido el de estimación)», *op. cit.*, págs. 249-250.

obligados o la simple oferta de cumplir tienen el significado y el valor de una declaración de voluntad dirigida al otro obligado para que verifique la prestación que le incumbe» (124). En parecidos términos se ha pronunciado recientemente DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ cuando apunta que «si por definición este tipo de obligaciones han de cumplirse al tiempo, al unísono por ambas partes, no es necesario el requisito de la exigencia de la prestación porque basta que una cumpla para que esté exigiendo la correspondiente» (125). También CLEMENTE MEORO parece inclinarse por esta tesis al examinar la mora en la resolución de los contratos sinalagmáticos (126).

Por su parte, los defensores de la automaticidad de la mora por el cumplimiento, y con particular detenimiento y profundidad CRISTÓBAL MONTES (127), han analizado y rebatido las objeciones planteadas por ALBALADEJO a la formulación tradicional de esta tesis con las consideraciones que resumidamente se expresan a continuación:

- La distribución formal del precepto no permite sustentar que la norma relativa a las obligaciones recíprocas constituya un caso más de *mora ex re*, pero tampoco que represente una disposición especial subordinada a la regla contenida en su párrafo primero, permitiendo asimismo concluir que este último, desde el punto de vista de su contenido institucional, se sale del marco de las obligaciones unilaterales en que hasta él se movía la norma para regular con independencia las obligaciones recíprocas.
- No existe, pues, una regla o principio general en materia de mora aplicable por igual a las obligaciones unilaterales y recíprocas, sino dos reglas correspondientes a dos diferenciados regímenes jurídicos.
- La posible ignorancia del cumplimiento del otro no obsta para la incursión en mora, pues lo que la Ley toma en cuenta es el desequilibrio patrimonial producido y su adecuado restablecimiento, sin perjuicio de poder tomar en consideración el posible error como causa de exoneración de la responsabilidad.

---

(124) CARDENAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, cit., pág. 200.

(125) DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, GEMA, *La mora y la responsabilidad contractual*, cit., pág. 574. En su opinión, «el legislador no toma como criterio para la constitución en mora automática de las obligaciones recíprocas su carácter sinalagmático, sino que únicamente está determinando el momento desde el que empezará a sufrir efectos la traslación de los riesgos fortuitos (cuando no se haya previsto algo distinto) y no el modo en que ésta ha de hacerse», *op. cit. y loc. cit.*

(126) CLEMENTE MEORO, MARIO, *La resolución ...*, cit., págs. 193-194, apuntando que precisamente por la constitución en mora mediante el cumplimiento, sin necesidad de reclamación judicial o extrajudicial, «en la mayoría de los supuestos el deudor ya se encontrará en mora cuando el acreedor inste la resolución».

(127) CRISTÓBAL MONTES, ANGEL, *La mora del deudor ...*, cit., págs. 33-59.

- La observación de GARCÍA GOYENA, amén de referirse al antecedente del primer inciso de este párrafo, no puede entenderse en el sentido de que si no hay reclamación no hay mora, sino en el más propio de que si no cabe reclamar el cumplimiento tampoco es posible constituir al deudor en mora.
- El artículo 1.501 contempla como hipótesis natural la del aplazamiento del pago del precio, que queda fuera del supuesto normal del artículo 1.100, atinente a las obligaciones recíprocas del cumplimiento simultáneo, aparte de que los dos primeros casos del artículo 1.501, por sus propias características y punto de partida, excluyen el juego de la mora.
- El tratamiento restrictivo del supuesto como excepción incurre en la petición de principio de dar por sentado la existencia de un principio general en materia de mora para todo tipo de obligaciones.
- La inexistencia de antecedentes sobre la mora en las obligaciones recíprocas en el Derecho Romano es explicable por la peculiar formación histórica de esta figura, siendo por lo demás constatable en los ordenamientos jurídicos actuales una tendencia favorable hacia la mora automática. Evidenciada por lo demás la vacilación de la jurisprudencia sobre la materia, la pretendida frecuencia de la demanda de intereses desde la reclamación tampoco corroboraría su conformidad con la recta interpretación de la normativa aplicable al caso.

b) *La interpretación de la norma por la jurisprudencia*

La jurisprudencia se ha mostrado vacilante en la interpretación del último inciso del artículo 1.100 del Código Civil, inclinándose en algunas sentencias por la necesidad de la interpelación y en otras por la suficiencia del cumplimiento por cualquiera de los obligados para la constitución en mora del otro.

1.ª La exigencia judicial del requerimiento para la mora

La *Sentencia de 17 octubre 1924* (C.L., n.º 30, T. 164) establece que «se incurre en mora desde la interpelación judicial cuando no se cumplen las obligaciones contraídas por una parte a pesar de cumplir el otro las recíprocas, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.100 y 1.101 del Código Civil». La claridad de sus términos dispensa de cualquier comentario.

La *Sentencia de 13 de abril 1931* (C.L., n.º 94, T. 199) niega que, pese al cumplimiento del vendedor, el comprador incurra en mora por la parte del precio pendiente de pago, porque, dice, «ésta no le ha sido reclamada expresamente». La declaración tiene sin embargo en el contexto de la sentencia un carácter

meramente incidental, pues el rechazo de la mora fue también y fundamentalmente debido a la reclamación al deudor de una cantidad (3.618 pesetas) muy superior a la realmente debida (9 pesetas) y ofrecida en pago al acreedor.

La *Sentencia de 15 marzo 1934* (Ar. 462) recaída en un supuesto de compraventa con precio aplazado en el que el vendedor, tras prorrogar el término concedido, siguió percibiendo intereses y pagos parciales, declara que «el comprador no incurrió en mora por no haber existido el requerimiento exigido por el artículo 1.100 del Código Civil». De reseñar es que se trataba de un contrato con prestaciones de cumplimiento no simultáneo en los que —sabido es— la especialidad de la mora en las obligaciones recíprocas no rige en plenitud.

La *Sentencia de 20 de febrero 1950* (Ar. 550), pese a reconocer que «en las obligaciones recíprocas el cumplimiento de la obligación por uno de los contratantes determina la mora para el otro», añade que no es «precisa la intimación del acreedor cuando la obligación, como ocurre en el supuesto de autos, así lo declare expresamente». Aunque el inciso parece indicar *a contrario* que de no excluirse la interpelación es necesaria (128), cabe dudar si con él no trata de reforzarse para el caso concreto enjuiciando la cuestionada innesariedad general del requisito interpelatorio en esta clase de obligaciones.

La *Sentencia de 26 mayo 1966* (Ar. 2744) declara, en relación a la parte del precio no pagada al entregarse las fincas vendidas, que «como no se fijó plazo para su abono la obligación resultó exigible desde que el vendedor lo reclamó», y que «al no atender este requerimiento el comprador incurrió en mora» (129). Del texto de la sentencia parece deducirse que las obligaciones contractuales no eran de cumplimiento simultáneo, hallándose diferido, aun sin señalamiento de término, el pago del precio por el comprador.

La *Sentencia de 26 febrero 1970* (Ar. 1013) señala que el artículo 1.100 «sólo hace nacer la mora sin necesidad de intimación en los casos determinados que cita», añadiendo que «según la interpretación que se respeta de la sentencia, el Convenio de 6 marzo 1967 requería para la producción de la mora intimación de la parte acreedora». En el caso de que se trata, pues, la interpelación venía exigida por el propio contrato, no pudiéndose descartar que en la mente del Tribunal estuviera la clásica concepción de la mora en las obligaciones recíprocas como uno de los casos de mora automática del artículo 1.100, derogada en este supuesto por el Convenio.

---

(128) Tal es la opinión de ALBALADEJO, *La mora en las obligaciones recíprocas*, cit., pág. 20, y de OGAYAR Y AYLLÓN, *Efectos*, cit., pág. 27.

(129) La sentencia, sin embargo, añade que «en atención a que disfrutando el comprador de los frutos de la cosa es justo que abone al vendedor el interés del precio no satisfecho, es aplicable el artículo 1.501», justificación que produce alguna perplejidad por cuanto los intereses a que se refiere el artículo 1.501.2.º son compensatorios y se deben desde la entrega misma de la cosa vendida, y los moratorios del número 3.º del mismo artículo se devengan con independencia de que la cosa vendida y entregada produzca frutos o rentas

La *Sentencia de 22 octubre 1971* (Ar. 4724) rechaza la mora imputada al proveedor demandante, porque «el demandado no apremió ni intimó al demandante», pero también porque «no consta que efectuara objeción alguna a la recepción de los suministros que recibió y aceptó sin protesta, y así se montaron en la obra que estaba construyendo», refiriendo a este conjunto de circunstancias la falta de «los elementos que requiere el artículo 1.100 del Código Civil para la existencia de la mora». La sentencia parece poner el acento más que en la falta de una necesaria interpelación en la aquiescencia o tolerancia del acreedor con el cumplimiento retardado de su deudor (130).

La *Sentencia de 28 noviembre 1978* (Ar. 4296), que la doctrina suele citar entre las que exigen el requerimiento (131), no contiene una declaración significativa al respecto, aunque sí concluye que «la compradora recurrente ha incurrido en mora a tenor de los presupuestos que el artículo 1.100 establece».

La *Sentencia de 2 enero 1980* (Ar. 77), en un supuesto de compraventa de ganado, considera inaplicable «la mora del artículo 1.100 del Código Civil, dado que nunca se requirió de pago al comprador»; pero también porque «en su actitud nunca se apreció *animus* de mora cuando siempre estuvo dispuesto a pagar» y porque habiéndose declarado el incumplimiento del contrato «recíproco no cabe hablar de mora ni del comprador ni del vendedor». La falta de intimación no es, por tanto, la única ni la fundamental razón para el rechazo de la mora.

La *Sentencia de 9 junio 1986* (Ar. 3298), a propósito de un contrato de compraventa de vivienda en construcción, declara que podría afirmarse la mora del deudor, «pues aparte haberse pactado una fecha para la entrega, el acreedor demandante (comprador) interpeló al deudor demandado (vendedor) a través de las actas notariales de que se deja hecho mérito..., con cuya interpelación e intimación se dio satisfacción a lo dispuesto en el artículo 1.100 del Código». La resolución, sin embargo, termina rechazando la mora en cuestión: de una parte, porque mediaron dificultades significativas de fuerza mayor para el remate de la obra, y de otra, porque el requerimiento moratorio no contenía el pago u ofrecimiento del resto del precio pactado, «actitud indispensable para el efecto de la mora según el párrafo último del ya citado artículo 1.100».

La *Sentencia de 15 julio 1991* (Ar. 5388), relativa a una compraventa con precio fraccionado en plazos sucesivos, establece que incumplida una obliga-

---

(130) Para CRISTÓBAL MONTES la resolución deja, sin embargo, «bien patente cómo la intimación de pago se configura para el Tribunal con las características de un auténtico elemento esencial o requisito para la situación misma de *mora insolviendo*, en *La mora del deudor*.. , cit , pág. 31

(131) Así LACRUZ y DELGADO, *Elementos*.. , cit., t II, pág. 251, ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil*, cit.. «Comentario al artículo 1.100», pág. 369, y CRISTÓBAL MONTES, *La mora del deudor*.. , cit.., pág. 31.

ción a su vencimiento el comprador incurre en mora y viene obligado al abono de intereses; pero advierte que «la constitución en mora del deudor presupone la intimación judicial o extrajudicial del acreedor (art. 1.100), y en este caso no hay constancia de que la misma se produjera hasta el día 22 de febrero de 1983 por lo que se refiere al plazo vencido en 11 de junio de 1982, y el día 18 de febrero de 1986 respecto a todos los restantes». De reseñar es, una vez más, que las obligaciones recíprocas contraídas no eran tampoco en este caso de cumplimiento simultáneo, sino sucesivo.

La *Sentencia de 21 noviembre 1994* (Ar. 9324) desestima el recurso por el que los vendedores de un piso entregado en 1977 reclamaban los intereses moratorios devengados desde el 1 de mayo de 1978 en que los compradores debían haber abonado el resto del precio pactado al haberseles reconocido su devengo en la sentencia de instancia tan sólo desde el 7 de septiembre de 1983 en que efectuaron su reclamación. La sentencia, que mantiene el pronunciamiento recurrido, declara que el artículo 1.100 «sólo distingue en realidad dos tipos de mora, la que exige requerimiento y la automática, comprendiendo esta segunda dos supuestos (1.º y 2.º), de manera que no hay un tercero, pues el segundo (*sic*) párrafo debe interpretarse en relación con los anteriores del artículo en el sentido de acumular a los generales un requisito más de la mora propio de las obligaciones recíprocas». Dos circunstancias vale la pena reseñar: una, que estamos de nuevo ante un contrato con prestaciones de cumplimiento no simultáneo, y otro, que al vencimiento del término para el pago del resto del precio siguió una aparente pasividad o tolerancia de los vendedores en la exigencia del importe que se les adeudaba.

El examen de las sentencias hasta aquí analizadas evidencia que en muy pocas ha sido sólo la exigencia de la interpelación para la mora en las obligaciones recíprocas causa determinante del fallo pronunciado, y en la mayor parte de las que lo han sido se ha referido a obligaciones bilaterales de cumplimiento no simultáneo, en las que incluso para quienes defienden la tesis de la «mora automática» o «mediante el cumplimiento» la del sujeto favorecido por el plazo precisa de la intimación (132). Si bien hasta en las sentencias más recientes la necesidad del requerimiento moratorio aparece afirmada cuando lo es, incidentalmente y sin mayores desarrollos argumentativos por parte del Tribunal, no puede desconocerse que la tesis de la «mora mediante la reclamación» va abriéndose camino especialmente en la denominada jurisprudencia menor o doctrina de las Audiencias Provinciales (133).

---

(132) Así Díez-PICAZO, LUIS, *Fundamentos...*, cit., t. II, pág. 644. LACRUZ y DELGADO, *Elementos...*, cit., t. II, vol. 1.º, pág. 250; PUIG BRUTAU, JOSÉ, *Mora*, Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, cit., pág. 647, y Díez-PICAZO, GEMA, *La mora*, cit., págs. 576-578.

(133) La *Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 10 mayo 1993* declara que «la exigencia o intimación del acreedor, que normalmente constituye un requisito esencial para que pueda constatarse el incumplimiento obligacional del deudor y su cons-

## 2.<sup>a</sup> La innecesidad del requerimiento para la constitución en mora

La *Sentencia de 15 febrero 1905* (C.L., n.º 60, T. 100) establece que «si bien es doctrina legal..., que en términos generales sólo existe mora después del requerimiento que produce la responsabilidad de los daños y perjuicios, es asimismo principio admitido por la jurisprudencia derivado de la Ley 5.<sup>a</sup>, título 4.º, libro 5.º del Fuero Juzgo, que no es justo que una de las partes se aproveche de la cosa recibida y de la que, a su vez, está obligado a entregar, razón por la cual el comprador que no satisface el precio después de recibir la cosa debe pagar intereses por mora según aquella Ley; y que aplicado al caso del presente recurso por tratarse de obligaciones recíprocas de las que es tipo el contrato de compraventa, aquel principio de justicia en que también se funda el último párrafo del artículo 1.100 del Código Civil según el cual el mero incumplimiento de la obligación por parte de uno de los obligados en las recíprocas determina la mora para el otro, es obvio que no habiendo el demandado pagado la cantidad líquida en dinero efectivo, que por sí se obligó a satisfacer en cambio de lo que obtuvo, debe intereses por mora». De esta doctrina se hace asimismo eco con posterioridad la *Sentencia de 17 enero 1967* (Ar. 77).

La *Sentencia de 31 mayo 1916* (C.L., n.º 97, T. 136) declara rectamente aplicado el artículo 1.501, en relación con el artículo 1.100, al establecer la sentencia de instancia que «comprador se constituyó en mora desde que le fueron entregados los toros, y a partir de este acto debe intereses a la vendedora».

La *Sentencia de 24 octubre 1941* (Ar. 1091) señala que «el artículo 1.100 del Código Civil en su último párrafo hace innecesaria la intimación del acreedor en las obligaciones recíprocas..., lo que aplicado al caso (suministro de

---

titución en mora, sufre una transformación cuando de obligaciones recíprocas se trata, ya que además del requerimiento previo del acreedor a que se refiere el artículo 1.100 del Código Civil y que algún sector doctrinal y una reiterada jurisprudencia viene considerando innecesario en estos casos. , la *mora solvendi* exige que el acreedor se haya anticipado a cumplir su prestación o se manifieste dispuesto a cumplirla» (Ar. Civ. 952/1993).

La *Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 22 noviembre 1993*, relativa como la anterior a un contrato de compraventa, establece que «al no producirse la mora de forma automática de carácter legal, haría falta un requerimiento a la otra parte, ya que de lo contrario sería lo mismo que constituir en mora a quien no se ha enterado de que la otra parte ha cumplido» (Ar. Civ. 2298/1993).

También las *Sentencias de la Audiencia Provincial de Oviedo de 4 mayo 1993* (RGD, núm. 594/1994, págs. 2637 y sigs.) y de la *Audiencia Provincial de Madrid de 10 octubre 1995* (RGD, núm. 615/1995, págs. 13838 y sigs.) optan por declarar necesaria la interposición en sendos contratos sinalagmáticos —de arrendamiento y garantía bancaria a primera demanda respectivamente—, bien que advirtiendo, tras exponer las tesis sobre el particular, que las obligaciones contraídas en ellos no eran de cumplimiento simultáneo.

leche) significa que desde el momento en que vencían los términos señalados en el contrato de autos para pagar el precio de las entregas de leche la obligación recíproca se convertía en pura y quedaba incurso en mora el comprador». En el caso enjuiciado no se trataba tanto de obligaciones de cumplimiento no simultáneo (134) cuanto de obligaciones de tracto sucesivo. Aplicando el mismo razonamiento, establece la *Sentencia de 1 mayo 1950* (Ar. 728), a propósito de un contrato de arrendamiento, que «desde el momento en que vencía cada uno de los términos señalados en el contrato para el pago de la renta la obligación recíproca de satisfacerla se convertía en pura, incurriendo en mora el arrendatario al no abonar su importe en las fechas señaladas».

La *Sentencia de 9 noviembre 1944* (Ar. 1183), cuya doctrina reproducen las de *29 noviembre 1982* (Ar. 6938), *26 febrero 1985* (Ar. 775) y *27 mayo 1985* (Ar. 2814), mantuvo en relación con el último párrafo del artículo 1.100 la interpretación «de no ser necesario el requerimiento previo al deudor cuando una de las partes ha cumplido lo que le incumbe». La declaración, sin embargo, tiene en el contexto de estas sentencias carácter incidental, pues el razonamiento se dirige en todas ellas a justificar la necesidad del requerimiento prevenido en el artículo 1.504, de aplicación preferente sobre aquél.

La *Sentencia de 22 marzo 1950* (Ar. 710) razona que «incumplido el compromiso (de suministro) por el actor, no tenía el recurrente precisión de requerirle para situarle en mora porque, a tenor de lo estatuido en el artículo 1.100, en las obligaciones recíprocas es innecesaria toda interpelación, por lo mismo que desde que uno de los obligados cumple su obligación comienza la mora para el otro».

La *Sentencia de 17 marzo 1956* (Ar. 1168), si bien recuerda que en las obligaciones recíprocas «la mora... comienza para uno cuando el otro cumple su obligación», lo hace a mayor abundamiento, pues reconoce que desde el año 1920 en que el acreedor cumplió su obligación —trabajos de albañilería contratados a tanto la unidad de medida— viene reclamando el pago de su importe en la parte que dejó de satisfacerlo el deudor demandado.

La *Sentencia de 27 enero 1978* (Ar. 16) declara que el último párrafo del artículo 1.100 establece sin el menor género de dudas que «en las obligaciones recíprocas... la mora empieza para el incumplidor desde que el otro contratante cumplió su obligación, sin necesidad, como dice la *Sentencia de 22 marzo 1950*, de previa interpelación del acreedor».

La *Sentencia de 29 marzo 1985* (Ar. 1256) señala que «precisamente el juego propio de las obligaciones bilaterales provoca la constitución en mora de uno de los obligados cuando el otro sujeto del contrato cumplió las suyas, efecto que se produce de modo automático cuando se trata de negocios en los

---

(134) En contra, ANGEL CRISTÓBAL MONTES califica estas obligaciones como de cumplimiento no simultáneo en *La mora...*, cit., pág. 20.

que las prestaciones de las partes han sido convenidas como de simultánea efectividad sin referirlas a tiempos diversos; y en el caso debatido es incuestionable que la morosidad de la empresa comitente surgió sin más una vez que la sociedad contratista dio fin a las obras contratadas de carpintería y acristalamiento, haciendo entrega a Z., S.A.». De reseñar es que en la sentencia se hace hincapié en la innecesidad de requerimiento cuando las obligaciones recíprocas son de simultáneo cumplimiento. Su doctrina viene a reproducirse en la más reciente *Sentencia de 23 marzo 1992* (Ar. 2277).

La *Sentencia de 13 marzo 1987* (Ar. 1478) razona en relación con el último párrafo del artículo 1.100, en un arrendamiento de obra con término esencial para la entrega, que «no cabe argumentar la necesidad de interpelación o intimación de la mora».

La *Sentencia de 21 abril 1987* (Ar. 2719), tras recordar el tenor del último inciso del artículo 1.100, señala que «habiendo cumplido el demandante las obligaciones que le incumbían, no es de aplicación lo dispuesto en el párrafo 1» de dicho precepto y sí lo establecido en aquel inciso final.

La *Sentencia de 23 marzo 1992* (Ar. 2277) niega al vendedor la posibilidad de «intimar de mora al comprador al no estar él en condiciones de cumplir lo que le incumbía», argumentando que «la mora en las obligaciones recíprocas no nace hasta que los otros obligados no han cumplido su obligación».

La *Sentencia de 7 junio 1995* (Ar. 4632) finalmente, aun sin abordar directamente la mora, parece inspirarse en esta doctrina cuando afirma que «en una de las obligaciones sinalagmáticas de cumplimiento simultáneo, demostrado que una de las partes quería cumplir, estaba dispuesta a cumplir seriamente, la otra ha de hacer lo mismo para no caer en incumplimiento».

En suma, las sentencias examinadas rechazan en términos concluyentes la necesidad de la intimación para la mora en las obligaciones recíprocas, si bien las más recientes vienen a matizar esta doctrina, limitándola a las de cumplimiento simultáneo. Aun sin extensos desarrollos argumentales, este criterio es, en la mayor parte de ellas, determinante del fallo. Asentado principalmente en la clara dicción del último párrafo del artículo 1.100, no faltan en su justificación alusiones a la equidad y a la reciprocidad funcional de las obligaciones constituidas. De reseñar es, en cambio, el escaso eco que en esta jurisprudencia ha tenido la superada construcción doctrinal de la mora en las obligaciones recíprocas como un tercer supuesto de mora *ex re* excepcionalmente de la regla que encabeza el citado precepto legal.

### c) *La interpelación y la regla de la simultaneidad en el cumplimiento*

El Código Civil, separándose de la tradición romanista que el Derecho intermedio acuñó con la expresión *dies interpellat pro homine*, conforme a la

cual el simple vencimiento del plazo da lugar a la *mora debitoris* sin necesidad de acto alguno de reclamación por parte del acreedor, ha establecido como regla, cuando menos para las obligaciones unilaterales o de vínculo sencillo, la exigencia de la interpelación para la constitución en mora del deudor, sujeto o no a plazo, sin más excepciones que las enumeradas en el párrafo segundo del repetido artículo 1.100.

Como ha puesto de relieve CARDENAL FERNÁNDEZ (135), las funciones que la doctrina científica asigna a la interpelación del acreedor son distintas según se trate de obligaciones sin plazo o sujetas a él. En las primeras la intimación constituye un instrumento necesario para la fijación del término del vencimiento, sin el cual el deudor no puede ser considerado en retardo. En la segundas, producido el vencimiento del plazo, la reclamación cumple una triple finalidad: hacer cesar la presunción de tolerancia comunicando al deudor el interés del acreedor en el cumplimiento inmediato y sin dilación alguna de la obligación, constatar formalmente el retraso en el cumplimiento debido y poner en marcha los efectos jurídicos vinculados a él.

La exigencia de requerimiento en las obligaciones a plazo ha sido ampliamente cuestionada en la consideración de que tal trato de favor, concesión proteccionista a los intereses del deudor, responde a realidades superadas desde el punto de vista social y económico (136) y carece de una lógica justificación en cuanto el señalamiento de un término para la prestación evidencia el deseo del acreedor de obtener en él su realización (137).

Resulta sin embargo evidente, a tenor del párrafo primero del artículo 1.100, que el vencimiento de la obligación y su consiguiente exigibilidad no constituyen, por lo general, al deudor en inmediata situación de mora. Por el contrario, para que éste tenga lugar ha de sumarse a la exigibilidad de la

(135) CARDENAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, cit., págs. 198 y sigs.

(136) Ha señalado sobre el particular BENATTI que esta doctrina tradicional fue elaborada cuando sólo se recurría al crédito para satisfacer las necesidades más apremiantes de la existencia, por lo que era natural dispensar un trato de favor al deudor; pero que la vida moderna no justifica el mantenimiento de la misma regla, sobre todo teniendo en cuenta que muchas veces los deudores son empresas más poderosas que los acreedores, en *La costituzione in mora del debitore*, Milán, 1968, págs. 185, 187 y 217 y sigs., cit. por PUIG BRUTAU, *Mora*, Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, pág. 646, y por CARDENAL FERNÁNDEZ, *El tiempo...* cit., págs. 220 y sigs.

Para DIEZ-PICAZO, LUIS, el apartamiento de la regla *dies interpellat pro homine* «debe considerarse como un presente realizado a la idea de favor del deudor», en *Fundamentos* .., cit., pág. 633.

(137) Como dice MUCIUS SCAEVOLA, «si se fijó un término para el cumplimiento y no hay acto ninguno del acreedor que contradiga su deseo de obtener en el día señalado la cosa o servicio que se convino, ¿por qué ha de aplazarse ese término sin consentimiento del acreedor poniendo a su cargo riesgos que no es presumible que trate de correr?», *Comentarios al Código Civil*, t. XIX, Madrid, 1902, pág. 455.

prestación la efectiva exigencia de su cumplimiento. En las obligaciones unilaterales, por el propio sentido unidireccional del vínculo obligatorio que ninguna contraprestación requiere del acreedor, esta exigencia se materializa en la necesidad de la formal interpelación al deudor, que con la intimación recibida deviene compelido al inmediato cumplimiento de la obligación, quedando desde ese momento incurso en mora. Por el contrario, en las obligaciones bilaterales de simultánea efectividad, puras o aplazadas, la ejecución de cualquiera de ellas comporta la exigencia de la correlativa como una natural consecuencia de la regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las prestaciones recíprocas; una exigencia que al deudor no le es dable desconocer no sólo porque aparece sancionada por la propia Ley (art. 1.100, último párrafo) de ignorancia inexcusable (art. 6, párrafo 1.º, CC), sino porque es de esencia a la simultaneidad la realización de las prestaciones a un mismo tiempo y, a todas luces, acorde a la reciprocidad la simultaneidad que como regla se predica. La necesidad o no de la interpelación para la mora no deriva, pues, sólo de la naturaleza unilateral o bilateral de las obligaciones, sino del modo simultáneo o sucesivo en que estas últimas han de cumplirse (138).

La normal simultaneidad en el cumplimiento de las prestaciones recíprocas es —como antes se ha dicho— susceptible de derogación convencional mediante un acuerdo de voluntades dirigido a la ejecución anticipada o aplazada de una de ellas. Este acuerdo puede producirse, expresa o tácitamente, al tiempo de constituirse la relación obligatoria o en el curso de su desarrollo. Incluso cumplida por una de las partes la prestación que le incumbe, los actos posteriores del contratante cumplidor pueden evidenciar la voluntaria concesión al otro de un aplazamiento de la suya para su posterior realización en un solo acto o fraccionadamente. Constatada esa positiva voluntad más allá de la paciente espera o de la resignada tolerancia, la mora del deudor queda sujeta al régimen de las obligaciones recíprocas de cumplimiento no simultáneo.

Conforme a la opinión dominante (139) en esta clase de obligaciones, para que el contratante cumplidor constituya en mora al favorecido por un aplazamiento determinado o indefinido de su prestación ha de dirigirle la oportuna interpelación, requisito éste que también habrá de observarse para la constitución en mora del obligado a cumplir en primer lugar que no realiza su prestación, aunque en este caso el contratante beneficiado por el plazo tan

---

(138) Así lo reconocen explícitamente las precitadas *Sentencias de 20 marzo 1985* (Ar. 1256) y *23 marzo 1992* (Ar. 2277).

(139) Así Díez-PICAZO, LUIS, *Fundamentos*..., cit., t. II, pág. 644, quien explícitamente reconoce compartir en este punto la opinión de ALBALADEJO; LACRUZ y DELGADO, *Elementos*..., cit., t. II, pág. 250, y Díez-PICAZO, GEMA, *La mora*..., cit., págs. 576-578. A estas opiniones habrían de sumarse, obviamente, la de quienes para todos los supuestos consideran precisa la intimación del deudor.

sólo haya de cumplir u ofrecer la suya tras el vencimiento del término con que deviene exigible.

La jurisprudencia parece confirmar la opinión expuesta. Baste recordar la exigencia del requerimiento interpelatorio para constituir en mora:

- a) Al comprador con precio aplazado que habiendo recibido la cosa vendida deja de satisfacer el importe adeudado al vencimiento del término establecido (*SS. 15 marzo 1934/Ar. 462 y 21 noviembre 1994/Ar. 9324*).
- b) Al comprador a quien a la entrega de la cosa vendida se le permitió posponer el pago del precio sin señalamiento de término para hacerlo efectivo (*S. 26 mayo 1966/Ar. 2744*).
- c) Al comprador con precio fraccionado en sucesivos plazos por cada uno de los vencimientos en que se haya producido el impago (*S. 15 julio 1991/Ar. 5388*).

Tratamiento distinto del de las prestaciones diferidas o aplazadas parece asignar la jurisprudencia a las continuadas o de tracto sucesivo en que las prestaciones de una y otra parte van sucediéndose en el tiempo de forma ininterrumpida y regular. Tal sucede en el arrendamiento con la cesión del uso y el pago periódico de rentas por él, o en el suministro regular con las entregas sucesivas y el abono de sus respectivos importes en los términos establecidos al efecto. Así, el Tribunal Supremo ha declarado innecesaria la interpelación para la constitución en mora:

- a) del arrendatario por el impago de las rentas en las fechas señaladas (*S. 1 mayo 1950/Ar. 728*) (140), y
- b) del adquirente por suministro de leche por el impago del precio establecido al vencimiento de los términos señalados en el contrato de autos (*S. 24 octubre 1941/Ar. 1091*).

De reseñar es que el retardo en alguno de estos pagos periódicos no supone el de los demás si se han satisfecho a sus respectivos vencimientos. Ello, como apunta CANO (141), significará «que cada prestación parcial está

---

(140) Sin embargo, alguna sentencia, como la de la Audiencia Provincial de Oviedo de 4 mayo 1993 (*RGD*, núm. 594/1994, págs. 2637 y sigs.), aplica a las rentas de un arrendamiento de vivienda el régimen propio de las obligaciones recíprocas de cumplimiento no simultáneo, exigiendo para constituir en mora al arrendatario el oportuno requerimiento.

(141) CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, IGNACIO, *La mora...* cit., pág. 38, aunque —como se ha dicho— defiende la mora interpelatoria. Señala así el citado autor que en las obligaciones recíprocas de tracto sucesivo, entre las que cita el pago de rentas de alquiler, «el acreedor de estas prestaciones deberá en cada caso y respecto de cada deuda vencida

o debe estar sujeta a una situación moratoria diferente, incomunicada e in-comunicable con todas las demás».

d) *Los requisitos de la mora mediante el cumplimiento*

La suficiencia del cumplimiento para constituir en mora al deudor en las obligaciones bilaterales de cumplimiento simultáneo determina la innecesariedad en ellas del requerimiento preciso en las demás obligaciones, pero no la exclusión de los demás requisitos propios de la mora; pudiendo afirmarse, con CARDENAL FERNÁNDEZ, que «existe una innegable coincidencia sustancial entre la mora interpelatoria y la que nace de forma automática en las obligaciones recíprocas» (142).

Conjugando las características propias de este tipo de obligaciones con las exigencias generales o comunes a la constitución de la mora en cualesquiera de ellas, puede afirmarse, recapitulando cuanto hasta aquí ha quedado expuesto, que la apreciación de la denominada «mora mediante el cumplimiento» exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

1.º Que se trate de obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo

El último párrafo del artículo 1.100 del Código Civil sólo es aplicable, tal como en el mismo se advierte, a las obligaciones recíprocas y, según ha quedado dicho, únicamente lo es en plenitud o con automatismo excluyente de la interpelación a las de cumplimiento simultáneo. Tal simultaneidad ha de constituir una exigencia natural y por ello mismo evidente del contrato y no haber sido objeto de derogación por la voluntad expresa o tácita de las partes, que en cualquier tiempo pueden válidamente convenir el aplazamiento o la ejecución diferida de cualquiera de las prestaciones correlativas, con o sin señalamiento de término para su cumplimiento.

2.º Que las obligaciones sean susceptibles de causar la mora de los obligados

Para que cualquiera de los deudores recíprocos pueda reputarse incurso en mora es necesario que la obligación a su cargo sea:

---

(por ejemplo, renta mensual) hacer la interpelación que sitúe en mora al deudor, ya que tales pagos tienen una estructura autónoma e independiente de los demás», *op. cit.*, pág. 84.

(142) CARDENAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *El tiempo en el cumplimiento...*, *cit.*, pág. 200.

— *Positiva*, esto es, de dar o hacer. Las negativas —se dice— (143) se cumplen o se incumplen, pero no se cumplen tarde. Ello es así cuando el comportamiento negativo preexistía a la constitución de la obligación y tan sólo se persigue asegurar su continuidad, pero no cuando su observancia ha de iniciarse con posterioridad. En tal caso, señala CANO, «más que de no hacer se trata de dejar de hacer lo que ya se venía haciendo» y «resulta incuestionable que en este tipo de obligaciones es posible la mora» (144).

— *Exigible*, por ser de carácter civil y no hallarse sujeta a término inicial o condición suspensiva de vencimiento o cumplimiento pendientes. La pendencia del término o de la condición excluye la mora, siendo asimismo de recordar que cuando afecta a una sola de las prestaciones se produce la quiebra de la simultaneidad en el cumplimiento.

— *De objeto cierto y determinado, líquido* si fuera de naturaleza pecuniaria. Faltando dicha certidumbre resulta asimismo cuestionable tanto la exigibilidad de la obligación como la imputabilidad del retraso al deudor. Tratándose de deudas dinerarias, la jurisprudencia, en aplicación de la máxima *in illiquidis non fit mora*, ha venido declarando con reiteración que la iliquidez de la cantidad adeudada es incompatible con la declaración de mora en el deudor (145) y que es ilíquida la deuda cuando la determinación de su cuantía precisa la sustanciación de un proceso (146) o resulta debida cantidad inferior a la reclamada (147).

Esta doctrina ha sido sin embargo matizada a partir de la *Sentencia de 5 marzo 1992* (Ar. 2389) (148), que iniciando una corriente más atenta a la tutela de los derechos del acreedor considera más justo que en los supuestos en que pueda colegirse en la litis la existencia de una deuda en favor del actor y en contra del demandado se entienda que «la completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se le abonen los intereses de tal suma aun cuando fuese menor de la por él reclamada», evitando de este modo que los

(143) Así LACRUZ y DELGADO, *Elementos...*, cit., t. II, pág. 246.

(144) CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, IGNACIO, *La mora...*, cit., pág. 18.

Las obligaciones de dejar de hacer, como señala MOISSET DE ESPANES, suelen en la práctica forense producirse en los casos de prohibiciones estipuladas para impedir la continuación de actividades negociables competitivas. «Incumplimiento y mora en las obligaciones de no hacer», *RGLJ*, núm. 4, 1975, págs. 345-359.

Cfr. también sobre el particular DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos...*, cit., t. II, pág. 627.

(145) Así, por todas, *Sentencias de 4 abril 1986* (Ar. 1793), *12 julio 1988* (Ar. 5687) y *5 marzo 1990* (Ar. 1896).

(146) Cfr. *Sentencias de 30 noviembre 1982* (Ar. 6940), *20 mayo 1987* (Ar. 3539), *4 noviembre 1991* (Ar. 8139), *29 febrero 1992* (Ar. 1405), *7 abril 1995* (Ar. 2989) y *19 junio 1995* (Ar. 5322), entre otras muchas que asimismo se citan en ellas.

(147) Cfr. *Sentencias de 4 abril 1986* (Ar. 1793), *12 julio 1988* (Ar. 5687) y *28 octubre 1988* (Ar. 7776), entre otras muchas.

(148) Continúan sus doctrinas, entre otras, las *Sentencias de 17 febrero 1994* (Ar. 1619), *18 febrero 1994* (Ar. 1098), *21 marzo 1994* (Ar. 2561), *19 junio 1995* (Ar. 5324) y *21 julio 1995* (Ar. 6195).

frutos de las cosas debidas —léase frutos civiles o intereses— se «produzcan en favor de quien debió entregarlas ya con anterioridad a su verdadero dueño, es decir, el acreedor» (149). Con esta doctrina trata de evitarse —como señala la *Sentencia de 21 marzo 1994* (Ar. 2561)— que la determinación del saldo en supuestos en que no constituya un obstáculo dificultoso por encima de la voluntad de las partes sea utilizada como un recurso dilatorio por el deudor renuente al pago en una litigiosidad meramente artificial.

En los supuestos de liquidez parcial la doctrina se ha mostrado contraria al rechazo global de la mora. Como dice LUIS DíEZ-PICAZO, «el que debe *algo* y no paga *nada* no obra bien ni su conducta es ajustada a Derecho. Una impugnación por excesividad de la pretensión del acreedor supone, por hipótesis, un allanamiento a una parte de la misma, y por lo menos en esta parte el deudor está en mora» (150).

— *De posible cumplimiento*, tanto desde el plano objetivo de la realizabilidad de la prestación como desde el subjetivo del interés del acreedor. Siendo la obligación de imposible cumplimiento o habiendo frustrado el retardo en su ejecución el fin normal del contrato o las legítimas expectativas del acreedor, no se estaría en un caso de mora sino de ejecución total y, en definitiva, de incumplimiento resolutorio del contrato.

### 3.º Que el acreedor cumpla, ofrezca seriamente o ponga a disposición del deudor la prestación exacta que correlativamente le incumbe

El requisito se ha examinado ya en profundidad al comentar el segundo de los presupuestos de la denominada *compensatio morae* y la interpretación doctrinal y jurisprudencial del último inciso del artículo 1.100 del Código Civil, siendo procedente la remisión a lo allí expuesto en evitación de inútiles repeticiones.

Oportuno parece, sin embargo, apuntar aquí que del mismo modo que la intimación, en cuanto declaración recepticia, ha de ir dirigida al deudor y

---

(149) De reseñar es que este mismo argumento es el que en las *Sentencias de 15 febrero 1905* (C.L., n.º 60, T. 100) y *17 enero 1967* (Ar. 77) se esgrimía para justificar la mora automática o sin necesidad de interpelación en las obligaciones recíprocas.

(150) Véase *Estudios sobre jurisprudencia civil*, vol. 1.º, Madrid, 1966, pág. 505.

Afirma en esta línea DíEZ-PICAZO, GEMA, que «admitiendo la posibilidad de una liquidez parcial o relativa de la obligación, hay que afirmar que si el deudor incumple absolutamente el pago quedará automáticamente constituido en mora en la parte que conoce y que no se discute... En la parte discutida se deberá analizar no la imputabilidad del incumplimiento al deudor, sino más bien su inimputabilidad... Así, será el deudor inculpor en esa parte discutida quien deba probar... la efectiva y razonable liquidez y no la aparente indeterminación de la misma», *La mora y la responsabilidad contractual*, cit., págs. 533-534.

conforme a la opinión dominante (151) no provoca la constitución en mora del destinatario sino desde su recepción en términos que le permitan tomar conocimiento efectivo de ella y adoptar las medidas conducentes al cumplimiento que le es debido, el ofrecimiento o la puesta de la prestación a disposición de la otra parte han de ser conocidos por ella para que pueda considerársele morosa en la realización de la que correlativa y simultáneamente le correspondía ejecutar. No parece, pues, atendible la objeción opuesta por ALBALADEJO (152) a la mora mediante el cumplimiento de que su automaticidad permitiría que una de las partes incurriese en mora aun antes de conocer que la otra había cumplido.

#### 4.º Que el deudor retarde culpablemente el cumplimiento de su prestación

Aunque el Código Civil no exige expresamente este requisito, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en la necesidad de su concurso para la apreciación de la mora, de suerte que el retraso en el cumplimiento resulte en definitiva imputable al dolo o la negligencia del deudor. Siendo la imputabilidad un presupuesto de la responsabilidad por incumplimiento, ha de serlo también de la mora, de suerte que su exclusión en los supuestos del artículo 1.105 es asimismo predicable de ésta.

La culpabilidad del retraso supone su conocimiento y, por ende, en las obligaciones recíprocas de simultánea ejecución, el del cumplimiento de la

---

(151) Para FÉLIX HERNÁNDEZ GIL, «en principio, pues, el giro desde la intimación del artículo 1.100 quiere decir desde que la intimación es conocida por la persona a quien se dirige: mas tampoco es suficiente, porque el que se disponga a cumplir una vez conocida la intimación no debe incurrir en mora desde el instante del conocimiento de su contenido. Luego además de que la intimación llegue a conocimiento del deudor, es preciso que rehuse el cumplimiento», *La intimación del acreedor en la mora ex persona*, cit., pág. 359.

De la misma opinión se manifiestan DÍAZ PAIRÓ, *Introducción al Derecho de Obligaciones*, cit., pág. 142; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho Civil*, cit., pág. 227; LACRUZ y DELGADO, *Elementos*, cit., t. II, pág. 247. y ALBALADEJO GARCÍA, *Comentarios al Código Civil*, cit., t. XV, vol. 1.º, «Comentario al artículo 1.100», págs. 361-362.

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO distingue entre la interpelación y la intimación, refiriendo el primer vocablo a la llamada de atención al deudor y el segundo al conocimiento por éste de la advertencia, lamentando las consecuencias que se derivan de su confusión en la práctica, en *La mora*, cit., págs. 32-34.

La *jurisprudencia*, sin embargo, tratándose de interpelaciones judiciales ha venido refiriendo el momento de la constitución en mora a la interposición de la demanda en que comúnmente entiende producida la reclamación (SS. 29 diciembre 1951/Ar. 258 y 21 noviembre 1988/Ar. 9039, por todas); aunque no falten sentencias, como la de 27 abril 1950 (Ar. 572), que lo sitúan en la fecha del emplazamiento.

(152) ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, *La mora en las obligaciones recíprocas*, cit., pág. 23, y *Comentarios al Código Civil*, cit., t. XV, vol. 1.º, «Comentarios al artículo 1.100», pág. 365

obligación correlativa generador de la mora (153); pero además requiere que la imposibilidad de cumplir puntualmente no sea debida a caso fortuito o fuerza mayor salvo que tales riesgos hayan sido asumidos por el deudor.

La jurisprudencia se ha hecho eco del requisito de la culpabilidad en la mora, exigiéndolo, entre otras, en *Sentencias de 18 junio 1964* (Ar. 3930), *8 junio 1966* (Ar. 3024), *16 diciembre 1968* (Ar. 111 de 1969) y *12 febrero 1986* (Ar. 549). Así ha podido declarar que no incurre en mora quien procuró cumplir la obligación contraída removiendo los obstáculos que a ello se oponían cuando el retraso se deriva de un estado de hecho conocido y aceptado por igual por los dos contratantes (*S. 23 octubre 1957/Ar. 3391*) o es consecuencia de dificultades significativas de fuerza mayor (*S. 9 junio 1986/Ar. 3298*).

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI  
Magistrado

---

(153) Para CANO, «la culpabilidad que existe en la mora y que es necesario que se dé en ésta es una culpabilidad cualificada» Tras señalar que para que ésta sea apreciable ha de concurrir el requisito de la interpelación, añade que «no basta que ésta se haga, es necesario además que llegue a conocimiento del deudor y que éste se oponga a satisfacer la prestación en tiempo», lo que —a su juicio— «añade a la posible culpabilidad determinante del retraso una matización que supone la potenciación de tal elemento culpabilista», en *La mora*, cit., pág. 28

# La agonía del testamento y de las formas testamentarias en el Derecho catalán actual (1)

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION.—II. TESTAMENTO *VERSUS* CODICILO: 1. UN PREÁMBULO OBLIGADO: LOS PRINCIPIOS SUCESORIOS DEL DERECHO CATALÁN. 2. LA LÓGICA DE UN SISTEMA. EL DIFERENTE SISTEMA NORMATIVO REVOCATORIO DE TESTAMENTOS Y CODICILOS. 3. EL VALOR ANFIBOLÓGICO DEL TESTAMENTO: A) *Las excepciones locales a la necesidad de la institución de heredero* B) *Las excepciones generales a la necesidad de la institución de heredero* C) *El término «testamento» en la nueva legislación catalana.* D) *Las indeterminaciones del derecho histórico* 4. EL PRINCIPIO DEL FIN: LA DESAPARICIÓN DE LA CLÁUSULA CODICILAR: A) *La memoria de Durán i Bas.* B) *El apéndice de 1930.* C) *El proyecto de 1955.* D) *La Compilación de 1960.* E) *Las modificaciones posteriores de la Compilación.* F) *El Codi de Successions.* 5. LA DEMOLICIÓN DEL SISTEMA: A) *En cuanto a lo que dice el artículo 125 IV del Codi, la nulidad o ineficacia por falta de institución de heredero (no por otras causas).* B) *Por último, en cuanto a lo que omite la actual cláusula legal codicilar (a saber, que no tendrá lugar la conversión del testamento nulo por falta de institución de heredero en codicilo, cuando haya preterición errónea de legitimarios).*—III. ALGUNOS TIPOS DE ÚLTIMAS VOLUNTADES: 1. LA PROTECCIÓN DE LAS ÚLTIMAS VOLUNTADES: LAS CLÁSICAS CLÁUSULAS «AD CAUTELAM»: A) *La regulación en la Compilación.* B) *Los antecedentes legislativos* C) *La posición de la jurisprudencia.* D) *La posición de la doctrina.* E) *La situación actual* 2. ¿HA MUERTO EL TESTAMENTO MANCOMU-

---

(1) El texto que sigue corresponde en esencia a la conferencia que bajo el título «**Código Civil y Código de Sucesiones: dos regímenes sucesorios diferentes**», pronuncié en la sede del Colegio de Notarios de Barcelona el jueves, día 16 de noviembre de 1995, dentro del Ciclo de Conferencias de Derecho Catalán organizado por la Comisión de Cultura de dicho Colegio. La sustitución del título, así como diversas modificaciones del texto, se han realizado siguiendo las indicaciones del actual decano, JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO, a quien me gustaría agradecer públicamente las muestras de afecto y de apoyo que siempre he recibido de su parte

El término «agonía» se toma, al igual que en la obra de MIGUEL DE UNAMUNO, «La agonía del cristianismo», en su sentido grego.

NADO Y LA INSTITUCIÓN RECÍPROCA Y CORRESPECTIVA ENTRE CÓNYUGES?: A) *La posición actual.* B) *Los antecedentes.* C) *Una explicación histórica.* D) *¿La admisión del instrumento plural?* E) *¿La admisión de la disposición correspondiente?*

3. LA ADMISIÓN DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO: A) *La regulación en la Compilación.* B) *Los antecedentes legislativos.* C) *La posición de la doctrina.*

4. LA INADMISIÓN DEL TESTAMENTO ANTE TESTIGOS LA SUPRESIÓN DEL TESTAMENTO SACRAMENTAL Y LA PERVIVENCIA DEL TESTAMENTO ANTE RECTOR: A) *La pervivencia del testamento ante el rector y la supresión del testamento sacramental.* B) *La prohibición del testamento ante testigos.*

5. EL TESTAMENTO CERRADO: A) *Las reformas del Codi.* B) *Los antecedentes legislativos.* C) *Una explicación histórica.* D) *Una propuesta de futuro* —IV. FINAL.

## I. INTRODUCCION

Sean mis primeras palabras de agradecimiento a nuestro Decano, ROBERTO FOLLÍA CAMPS (2), y a toda la Junta Directiva en un doble sentido: por una parte, en el personal y humano, y por otra, en el profesional, por el enorme acierto de celebrar unas Conferencias de Derecho Catalán. Sean las siguientes, y no por ello menos importantes, de agradecimiento a todos los compañeros, que me acompañan en este trance, así como a los demás invitados. Sean las últimas, de fraternal crítica al coordinador de estas sesiones, también en un doble sentido: primero, porque me ha elegido a mí para tratar sobre derecho de sucesiones en la propia sede del Colegio Notarial de Barcelona que, afortunadamente, cuenta con numerosos Notarios, desde luego mucho más prestigiosos que mi persona para disertar sobre estas cuestiones; y segundo, porque me ha impuesto un tema de debate tan amplio y genérico, que todo y nada cabe en él: **«Código Civil y Código de Sucesiones: dos sistemas sucesorios diferentes»**. Sólo me queda reconocer, ya de antemano, el fracaso más absoluto: ¡Qué puedo decir que vosotros no conozcáis! ¡Qué poco puedo decir para lo que vosotros sabéis!

Sé que el coordinador quiere que hable de los principios sucesorios del Derecho catalán comparándolos con los del Derecho castellano. Pero, en mi opinión, de los principios y de las señoras nunca debe hablarse, ni siquiera con los amigos. Así que voy a evadirme de su pretensión, aunque no de su finalidad, que no es otra que poner de manifiesto los aspectos diferenciales del Derecho catalán, si bien centrándome exclusivamente en el estudio de las «formas documentales de última voluntad».

---

(2) En las elecciones de diciembre de 1995 cesó por haber cumplido el período máximo de permanencia en el cargo, siendo, por lo tanto, este ciclo de conferencias una de sus últimas actividades. Me consta el empeño que tuvo en su organización, así como toda la ayuda que me ha prestado durante su mandato.

Finalmente me gustaría poner de manifiesto, previamente a cualquier otra consideración, que a finales del siglo xx el «papel» como soporte documental vive posiblemente sus últimos momentos. El ordenador y sobre todo la comunicación de ordenadores entre sí en tiempo real (la famosa red INTERNET) va a suponer una transformación tan radical en los venideros años, que, sin ninguna duda, estamos entrando en una nueva Edad. Se producirán cambios en las relaciones humanas y laborales, en los asentamientos poblacionales, en la configuración de las clases sociales y en el poder en general, y por supuesto también, en la formalización de los actos y de los negocios jurídicos. En las transformaciones sustanciales que nos esperan, muchas profesiones desaparecerán para siempre y otras muchas experimentarán cambios cualitativos. El fenómeno afectará, como es lógico, también a nuestra histórica profesión, que deberá necesariamente desligarse del «papel» como forma, si quiere mínimamente sobrevivir.

Y sin más dilación entro en el desarrollo del tema que se me ha encomendado.

## II. TESTAMENTO *VERSUS* CODICILO

### 1. UN PREÁMBULO OBLIGADO: LOS PRINCIPIOS SUCESORIOS DEL DERECHO CATALÁN

El juriconsulto catalán MARTI I MIRALLES en aquellas memorables Conferencias dictadas durante los meses de mayo y junio de 1923 en este mismo salón de actos sobre los *Principis del Dret Successori aplicats a fórmules d'usdefruit vidual i d'herència vitalícia*, (3) nos decía:

«La necessitat de la institució, junt amb el concepte de la universalitat de la successió de l'hereu, són, podriem dirne, els conceptes bàsics de tota la estructura successòria romana; són els elements, quina existència caracteritza dita successió, i quina cancelació de les legislacions innovadores de la de Roma, ha trencat tota l'armònica reglamentació del sistema successori clàssic.

Tots el demás principis del Dret successori que examinarem després, no són més que corolaris d'aquests dos; tots les normes que venen després, no són més que llògiques conseqüències dels mateixos.

Les discussions més aferrissades i més fondes entre els juristes de les diverses èpoques i nacions, en matèria testamentària, no han fet més que girar el voltant d'aquestes dos grans problemes: ¿hi ha d'haver institució d'hereu?, ¿el hereu o hereus han d'ésser o no els successoris universals del difunt?»

---

(3) MARTI I MIRALLES, JOAN, *Principis del Dret successori aplicats a fórmules d'usdefruit vidual i d'herència vitalícia*, Barcelona, Imprenta la Renaixença, 1925, págs. 13 y 14.

El Codi (4), en su Exposición de Motivos, nos explica, por su parte, que no se han modificado los grandes principios propios del Derecho romano. Y añade:

*«Aquests principis, arrelats a la tradició i vius en l'aplicació del Dret a Catalunya, es mantenen íntegrament, atesa la inexistència de justificacions d'ordre jurídic, social o pràctic suficients que facin aconsellable la seva modificació, ni que sigui parcial.»*

¿Cuáles son estos principios? El **principio de la necesidad de heredero en la sucesión, en general, y de la necesidad de la institución de heredero en el testamento**, se reconoce, básicamente, en los artículos 1, 3, 67, 102, 125, 136 y 323 (5).

El de la **universalidad del título de heredero** resulta de los artículos 1 y 34 (6), entre otros.

El **principio de la incompatibilidad de los títulos sucesorios** se proclama, en esencia, en los artículos 3 (relativos a los diferentes títulos sucesorios), en el 41 (Derecho romano de no decrecer) y también en el 322 (que sólo permite la sucesión intestada en defecto de heredero instituido), complementados por los artículos 138 (heredero instituido en cosa cierta), 139 (heredero instituido vitaliciamente) y 140 (heredero instituido en usufructo) (7).

---

(4) Me refiero, claro está, a la Ley número 40, de 30 de diciembre de 1991 (publicada en el Diario Oficial de la Generalitat el 21 de enero de 1992).

(5) Fundamentalmente el artículo 102 CS que nos dice: *«En testament, el causant ordena la seva successió mitjançant la institució d'un o més hereus i amb la possibilitat d'establir llegats i altres disposicions per després de la seva mort»*, el artículo 125 III y IV CS: *«També són nuls els testaments que no contenen institució d'hereu, llevat que continguin nomenament de marmessor universal o siguin atorgats per persona subjecte al Dret de Tortosa»*, *«El testament que és nul o ineficax per manca d'institució d'hereu val como a codicil si compleix les condicions de tal»*, artículo 136 CS: *«El testament ha de contenir necessàriament institució d'hereu, llevat de l'atorgat per persona subjecta al dret de Tortosa, y, finalmente, el artículo 323 I CS: «en la successió intestada, la llei crida com a hereus del difunt...»*

(6) Artículo 1 I CS: *«L'hereu succeix en tot el dret del se causant. .»*, artículo 34 I CS: *«per l'acceptació de l'herència pura i simple l'hereu respon de les obligacions del causant i de les càrregues hereditàries, no solamente amb els béns relectes, sinó també amb els seus hereditaris propis, indistintament.»*

(7) Artículo 3 CS: *«la successió es defereix per heretament, per testament o pel que disposa la llei. La successió intestada només pot tenir lloc en defecte d'hereu instituit i és incompatible amb l'heretament i amb la successió testada universal. La successió testada universal només pot tenir lloc en defecte d'heretament.»* Artículo 41 CS: *«Si el dret d'acreixer no pot tenir lloc entre els hereus instituïts, la quota o la porció hereditària vacant incrementa necessàriament i proporcionalment les quotes dels altres hereus, en la forma que és establerta en el primer paràgraf de l'article precedent S'aplica la mateixa norma respecte a la quota hereditària de la qual el testador no ha disposat.»* Y, finalmente, el artículo 322 CS: *«La successió intestada s'obre quan mor una persona sense deixar hereu testamentari o en heretament, o quan el nomenat o els nomenats no arriben a ésser-ho.»*

**El principio de prevalencia del título voluntario**, reflejo del de libertad de disponer, se establece en los artículos 367 y 322, que gradúan, además, esta prevalencia respetando el **principio de prelación de la sucesión paccionada sobre la testamentaria**.

Y, finalmente, el **principio de perdurabilidad del título sucesorio**, en su doble faceta de **irrevocabilidad e indivisibilidad de la aceptación y de prohibición de la institución de heredero sometida a condición resolutoria o a término suspensivo y resolutorio**, se fija en los artículos 25, 26, 76 y 154 del Codi (8).

No es necesario aclarar en esta sala que el **Derecho derivado del Código Civil resulta dogmáticamente contrapuesto al Derecho catalán**: no hay necesidad de institución de heredero en el testamento (y ni siquiera en la sucesión), es compatible el título voluntario con el llamamiento legal, no rige el principio *Semel heres, semper heres* (que proclama que el heredero lo es siempre, y que, en consecuencia, se tengan por no formulados en la institución de heredero la condición resolutoria y los términos suspensivo y resolutorio). De aquí se derivan soluciones diversas al Derecho catalán en el tratamiento de la institución de heredero en cosa cierta, en derecho de usufructo o vitaliciamente, tal como expuso magistralmente MARTI I MIRALLES.

No podemos ni siquiera someramente entrar en el análisis comparativo de los principios sucesorios, aunque sí conviene señalar que **la posición adoptada por el legislador catalán ha sido objeto de una profunda crítica doctrinal**, que ha llevado a un autor tan cercano a nosotros, como es el ex-decano JUAN JOSÉ LÓPEZ BURNIOL, a decir que ha llegado la hora de que el Derecho civil catalán

«deje de ser un arma y se convierta en un instrumento al servicio de la colectividad y de la sociedad catalana» (9).

---

(8) Artículo 25 I CS: «*L'acceptació i la repudiació de l'herència no poden ésser fetes parcialment, ni sota termini o condició. Les condicions i les restriccions s'han de tenir per no formulades*»; Artículo 26 I CS: «*L'acceptació i la repudiació de l'herència fetes vàlidament són irrevocables*», Artículo 76: «*Mort l'heretament, el contraent a favor del qual hagi estat atorgat l'heretament és hereu i no pot repudiar l'herència, però pot fer us del benefici d'inventari en el temps i en la forma previstos en aquesta llei, benefici que compta des de la mort de l'heretament*». Y, finalmente, el fundamental artículo 154 CS: «*El qui és hereu ho és sempre i, en conseqüència, es tenen per no formulats en la institució d'hereu la condició resolutòria i els terminis suspensiu i resolutori. L'instituit hereu sota condició suspensiva que, complerta aquesta, accepta l'herència, l'adquireix amb efecte retroactiu al temps de la mort del testador. L'hereu instituit sota condició suspensiva, mentre aquesta estigui pendent de compliment, pot demanar la possessió provisional de l'herència*».

(9) Conferencia pronunciada en la Consejería de Justicia de la Generalidad de Cataluña sobre los Principios del Derecho sucesorio catalán.

## 2. LA LÓGICA DE UN SISTEMA: EL DIFERENTE SISTEMA NORMATIVO REVOCATORIO DE TESTAMENTOS Y CODICILOS

El artículo 130 del Codi **nos establece el principio de que el otorgamiento de un testamento válido revoca de pleno derecho el testamento anterior.** Pues bien, el mismo efecto de revocación tácita del testamento anterior por el simple otorgamiento de un testamento posterior lo encontramos en el **artículo 739 del vigente Código Civil (10).** Por otra parte, en el Derecho catalán, el otorgamiento de un testamento revoca los codicilos y las memorias testamentarias anteriores, salvo que el testador disponga lo contrario (art. 133 II CS).

El Codi, no obstante, nos sigue diciendo:

*«Això no obstant, si el testador ordena de forma expressa en el testament posterior que el testament anterior subsisteixi totalment o parcialment, val l'anterior en tot el que no sigui revocat per l'atorgat posteriorment, o en les parts a què aquest no s'oposi o que no contradigui».*

### **Criterio diametralmente opuesto se produce en materia de codicilos.**

El otorgamiento de un codicilo va a implicar siempre la revocación no de todo el testamento anterior (o, en su caso, del codicilo anterior), sino sólo de aquella parte que aparezca modificada o que resulte incompatible (art. 133-I y III CS).

**El sistema catalán obedece al más puro criterio romanista que establece como fundamento de la revocación tácita el dogma de la unicidad testamentaria,** por virtud del cual el testamento, que ha de contener necesariamente institución de heredero, contempla la totalidad del patrimonio del testador, y, en consecuencia, se va a entender que resulta revocado implícitamente en su totalidad por un testamento otorgado posteriormente.

Pero además, como nos pone de manifiesto LUIS ROCA SASTRE MUNCUNILL este sistema tenía perfectamente su lógica en el hecho de que para adicionar, complementar o reformar un testamento anterior, en algo que no afectase a la institución de heredero, el Derecho romano contaba con un instrumento, que eran los codicilos, de tal modo que cuando el testador no acudía a esta forma de disposición de última voluntad, sino que otorgaba un nuevo testamento, había que interpretar que su voluntad era prescindir del negocio testamentario anterior y sustituirlo por uno nuevo. Por la misma razón se justificaba que

---

(10) Artículo 739 I CC: «El testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte».

frente al dogma de la unicidad testamentaria se contrapusiera el de la multiplicidad codicilar (11). En definitiva, la existencia de dos tipos documentales (testamento/codicilo), junto al principio de la universalidad del testamento derivado de la necesidad de la institución de heredero, venía a justificar todo el sistema revocatorio.

**En el Derecho castellano se produjo la destrucción de la dualidad tipológica testamento/codicilo, por razones de fondo (desaparición de la necesidad de la institución de heredero) y de forma (igualdad de solemnidades externas entre ambos). Ello supuso la victoria del codicilo frente al testamento, aunque pueda aparentemente parecer al revés, al haber desaparecido el término «codicilo». Esto debería haber llevado, necesariamente, a la aplicación del sistema revocatorio propio de los codicilos y a la postergación del juego de la revocación testamentaria tácita.**

Desgraciadamente el artículo 739 del Código Civil, que tendría que haber sido consecuente con lo dispuesto en el Ordenamiento de Alcalá, establece la revocación testamentaria tácita, paralelamente al sistema catalán, aunque su justificación no se puede encontrar como en éste, en el principio de la universalidad del testamento, decaída en Castilla en el tránsito a la Edad Moderna, sino, a decir de SANCHO REBULLIDA, «en una arbitraria presunción de revocación total» (12).

Esta posición, lógicamente absurda, del derecho derivado del Código Civil ha sido objeto de una profunda crítica doctrinal, prácticamente unánime (ROCA SASTRE MUNCUNILL, Díez PICAZO, PASTOR RIDRUEJO, SANCHO REBULLIDA, etc.), que ha intentado aplicar diversos correctivos interpretativos para evitar las consecuencias duras del sistema del artículo 739 del Código Civil (13).

---

(11) ROCA SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho de Sucesiones*, tomo I, Barcelona, Bosch, pág. 251.

(12) SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS, en *Comentario del Código Civil*, tomo I, Obra dirigida por CÁNDIDO PAZ-ARES RODRÍGUEZ, LUIS Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN; RODRIGO BERCOVITZ y PABLO SALVADOR CODERCH, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1991, págs. 1838 a 1840

(13) ASÍ SANCHO REBULLIDA, en *Comentario, ob cit.*, pág. 1840, haciendo suyas las opiniones de LACRUZ en su *Derecho de sucesiones*, nos dice que valdrán ambos testamentos, el anterior y el posterior, manteniéndose lo dispuesto en aquél en todo lo que no sea contradictorio con éste en los siguientes casos: 1.º Cuando el testamento anterior sea meramente interpretativo, aclaratorio, o se contraiga a efectuar la partición con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.056. 2.º Cuando el testamento posterior no tiene contenido patrimonial. 3.º Cuando del testamento posterior se desprende inequívocamente la voluntad del testador, que no ha de presumirse, pero que tampoco ha de ser expresa, de mantener la vigencia del anterior. Y 4.º Cuando se limite a establecer uno o varios legados, en el caso de la *institutio hereditatio ex parte* o de disposición de bienes distinto del que es objeto de disposición en el testamento anterior.

El criterio es seguido, con ciertas variaciones que no afectan al fondo, por los otros comentaristas que se han acercado a la institución

También se ha puesto de manifiesto como la última jurisprudencia se está acercando en la dirección de la doctrina científica, rectificando posiciones anteriores (14).

Pues bien, **el Derecho catalán a diferencia como hemos visto del Derecho derivado del Código Civil, es, en principio, coherente con su sistema: mantiene la dualidad clásica testamento/codicilo, basada ahora únicamente en solemnidades internas** (15) (la necesidad de que el testamento contenga institución de heredero y la prohibición de que en el codicilo resulte afectada formalmente la institución de heredero) (16); y **como lógica consecuencia de ello, el sistema revocatorio a que anteriormente hemos hecho referencia.**

Sin embargo, la cuestión de fondo va a encontrarse, no en la coherencia interna del sistema catalán, indudablemente mucho más perfeccionado que el del Código Civil, sino en la coherencia del sistema con la sociedad actual en general, y con la catalana en particular. Por otra parte, el sistema, como veremos, no resulta tampoco tan coherente como a primera vista parece.

### 3. EL VALOR ANFIBOLÓGICO DEL TESTAMENTO

El esquema anteriormente predicado del ordenamiento jurídico catalán, que gira formalmente en torno a la dualidad tipológica testamento/codicilo, presenta numerosas fisuras.

#### A) *Las excepciones locales a la necesidad de la institución de heredero*

En primer lugar, la necesidad de que el testamento contenga institución de heredero no se predica con criterios de generalidad de todo el ámbito de aplicación del Derecho catalán. Quedan exceptuados actualmente de esta re-

---

(14) Nos dice SANCHO REBULLIDA, en *Comentario, ob. cit.*, pág. 1839, que aunque sea por vía de *obiter dicta* se observa un cambio de actitud en la STS de 29 de noviembre de 1986, y sobre todo en la de 1 de febrero de 1988, que nos dice: «...posición más acorde con la moderna doctrina científica, al entender que la voluntad que se exige en el artículo 739 I del Código Civil para dejar subsistente un testamento anterior, puede ser no sólo la expresa allí mencionada, sino también la deducida que acoge el artículo 675».

(15) Testamentos y codicilos vienen a asimilarse en cuanto a las solemnidades externas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 122 III CS: «*Els codicils han d'ésser atorgats amb les mateixes solemnitats externes que els testaments*». Esta asimilación ha sido fruto de una larga evolución, que se inició con la menor rigurosidad formal del codicilo.

(16) Artículo 122 II CS: «*En codicil no es pot instituir hereu, revocar la institució anteriorment atorgada, desheretar ni excloure cap hereu Tampoc es poden establir substitucions de cap tipus, ni imposar condicions llevat de les establertes o imposades als legataris*»

gla, de conformidad con el Derecho histórico, **las personas sujetas a derecho tortosí** (art. 125, III y 136 CS).

B) *Las excepciones generales a la necesidad de la institución de heredero*

En segundo lugar, el propio ordenamiento general catalán presenta casos en que **valida el documento de última voluntad como verdadero testamento aunque no contenga una institución de heredero**. Es el caso de aquél que contiene únicamente el nombramiento de albacea universal (art. 125 III y 315 II CS) o del que no contiene institución de heredero pero confirma la institución de uno, al menos, de los herederos instituidos en un testamento anterior (art. 130 III CS), pero hay otros muchos más.

C) *El término «testamento» en la nueva legislación catalana*

En tercer lugar, el propio legislador catalán de finales del siglo xx no llega a entender o, al menos, a darse cuenta de las profundas diferencias estructurales que existen en las raíces del ordenamiento jurídico de Cataluña entre el testamento y el codicilo, viniendo a subsumir bajo el ámbito de la fórmula testamentaria la codicilar, lo que supone, como hemos podido indicar anteriormente, la demolición sustancial del concepto de testamento, que viene a sobrevivir exclusivamente como nomenclatura pero no como realidad normativa.

Pongamos dos ejemplos: La ley 7/1991, de 27 de abril, reguladora del derecho de filiación en Cataluña, establece como medio de determinación de la filiación no matrimonial el reconocimiento formalizado en testamento, olvidando, como he tenido ocasión de señalar en otro lugar (17), que podrá también efectuarse en codicilo (18). Igual ocurre en la Ley 39/91, de 30 de diciembre,

---

(17) GARRIDO MELERO, MARTÍN, «Reflexiones sobre el Derecho de filiación en Cataluña y sus relaciones con el Código Civil (comentarios a la Ley de 27 de abril de 1991)», en *RJN*, 1993, III, pág. 228.

(18) Ley del Parlamento de Cataluña 39/91, artículo 4, número 1: «*La filiació no matrimonial es pot establir: a) Per reconeixement en testament, en document públic davant l'encarregat del Registre Civil...*» Se trata de una «exportación» de lo dispuesto en el artículo 120, número 1 del Código Civil, con la mejora técnica de suprimir la alternativa que en este texto legal se plantea entre «testamento o en otro documento público» por la cumulativa «en testament, en document públic», pero que olvida que el reconocimiento puede hacerse también en codicilo. Es cierto que la validez del codicilo notarial para el reconocimiento podrá subsumirse dentro del campo del documento público, pero quedarán fuera el codicilo rectoral y el ológrafo. Sin embargo, no hay ninguna duda que el codicilo, sea documento público o no, es medio hábil para el reconocimiento, pero todo ello pasa por admitir que el concepto de testamento del artículo 4 no es el del artículo 102 del Codt

sobre instituciones tutelares en Cataluña, en donde viene a establecerse la delación testamentaria de la tutela, olvidando que ésta también podrá realizarse en codicilo (19), tal como se ha señalado igualmente en otro lugar (20).

Sin embargo, conviene destacar el hecho de que, si el legislador catalán no llega a distinguir entre el concepto de testamento y codicilo, es indudablemente por desconocimiento, pero también **porque dicha dualidad no está presente en la sociedad jurídica civil actual.**

#### D) *Las indeterminaciones del Derecho histórico*

En cuarto lugar, la colisión de concepciones contrapuestas en el interior del ordenamiento jurídico catalán, no es un fenómeno exclusivo de finales de este siglo. **El conocido privilegio que concedió el rey Pere III a la Ciudad de Barcelona el día 14 de las calendas de noviembre de 1339**, y que comienza con las palabras, ciertamente un tanto críticas para la práctica notarial de la época,

*«Debita meditatione pensantes, qualiter ex insufficientia, seu ignorantia aliquorum Notariorum plura testamenta rationibus infrascriptis possent de facili vitari, ac etiam annullari, quod nedum in testum..»* (21),

fue objeto de una dura controversia en la doctrina catalana, que sólo desaparece bien entrado el siglo xx, como consecuencia de la posición jurisprudencial (22).

(19) Artículo 5.3: *«El pare i la mare que tinguin la pàtria potestat poden ordenar, en el testament, l'exclusió d'una persona o més d'una del càrrec de tutor de llurs fills menors o incapacitats. En cas de contradicció, preval la voluntat del pare que ha exercit darrerament la pàtria potestat»* El olvido del codicilo se remedia en el último Anteproyecto de Llei de modificació de la LLei 239/1991, de 30 de diciembre, de la tutela i instituciones tutelares, sobre nomenament de tutor i curador.

(20) GARRIDO MELERO, MARTÍN, en «La guardaduría en Cataluña y sus relaciones con el Código Civil (Derecho familiar catalán, 3.ª parte)», Separata del *Boletín de Información* del Colegio Notarial de Granada, Febrero, 1995, pág. 46.

(21) Ley única, tit. 1, lib. 6, del 2.º volumen: «Reflexionando debidamente que por la insuficiencia o ignorancia de algunos notarios, pueden fácilmente viciarse e incluso anularse muchos testamentos...»

El texto controvertido nos decía: «Establecemos también y ordenamos que aún cuando el heredero escrito no admita la herencia, o aceptada la rechace, o bien que por cualquier otro modo y manera falte la institución de heredero universal del mismo difunto, desde el principio o después, o en un intervalo; no obstante, siempre que el testador u otro que disponga de otra última voluntad pueda hacer testamento, valgan los legados y los fideicomisos y las demás cosas dispuestas en testamento o en cualquier última voluntad por un testador apto para disponer, mientras que los legados y fideicomisos u otra cualquiera disposición sean hechos a sujetos capaces de ellos».

(22) BORRELL I SOLER, ANTONIO M., *Derecho civil vigente en Cataluña*, Tomo V, Barcelona, Bosch, 1944, pág. 57, núm. 7, nos dice que la STS de 13 de noviembre de 1909, refiriéndose a Barcelona, sostuvo la necesidad de la institución de heredero.

Para un sector importante de la doctrina, desde el siglo XVIII hasta bien entrado el XX (GIBERT, FALGUERA, BROCA, MALUQUER I VILADOT, BORRELL I SOLER, etc.) el privilegio no suponía abandonar la necesidad de la institución de heredero para la validez del testamento.

Por el contrario, para el notario de Reus, ARTURO CORBELLA, que seguía en este punto a VIVES I CEBRIÀ y a ELÍAS y FERRATER, el privilegio suponía la reducción de las solemnidades internas y externas del testamento nuncupativo o abierto a la capacidad del testador y a la intervención de notario y dos testigos idóneos, de tal forma que en el Derecho barcelonés (y también en el leridano y tortosí), **las solemnidades jurídicas de los testamentos, codicilos y donaciones mortis causa**

«quedaron unificadas» «y reducidos hasta el último límite los requisitos esenciales, tanto de fondo como de forma, de las últimas voluntades» (23).

MARTI I MIRALLES, en las Conferencias dictadas en este Colegio, se hace eco de la polémica y no toma, al menos aparentemente, partido por ninguno de los dos bandos. En su opinión (24) **la discrepancia se encuentra en el sentido anfibológico de la palabra «testament» que aparece en el privilegio de Pere III**: en la primera parte, cuando se habla de testamento, se entiende en sentido clásico u ortodoxo, es decir, en el sentido de constituir título de transmisión de la universalidad de los derechos y obligaciones del otorgante, o sea, de su herencia; mientras que en la segunda parte, se atribuye

«el caràcter de tal testament a lo que no és més en sustància que un codicil»

Y nos termina diciendo:

«la diferència consistent en que, per Dret general de Catalunya, si no hi ha hereu que accepti l'herència, tot el testament caduca i deixa de tindre eficàcia, salvant la que resulti de la clàusula codicilar. Mentres que a Barcelona, tanto si els testaments contenen com si no la clàusula codicilar, els testaments valen, àdhuc quan no hi ha en ells institució d'hereu».

Es decir, en el fondo, **la diferencia entre el Derecho general de Cataluña y el Derecho barcelonés se encontraba en el juego o no de la cláusula codicilar**, de forma que si ésta existía se podían evitar los efectos de la caducidad del testamento por falta de institución de heredero. Y es aquí, precisamente, a mi entender, donde se barrena todo el complejo sistema sucesorio romano-catalán. Sigamos viendo.

(23) CORBELLA, ARTURO, *Manual de Derecho catalán*. Reus, Imprenta de la Viuda de Vidiella y Pablo Casas, 1906, pág. 757.

(24) MARTI I MIRALLES, *Op. cit.*, págs. 100 a 103.

#### 4. EL PRINCIPIO DEL FIN: LA DESAPARICIÓN DE LA CLÁUSULA CODICILAR

El escribano (25) de número de Barcelona, don VICENTE GIBERT en su *Teórica del Arte de Notaría* o *Manual de escribanos*, precioso libro escrito en latín en el siglo XVIII, y traducido en el siguiente al castellano, nos dice que el testamento puede comprender siete capítulos o artículos, siendo tres de ellos necesarios:

«la introducción, porque en ella se hace mención de la persona del testador, pues si no se supiese su nombre, se ignoraría todo el testamento. La institución de heredero, porque es la cabeza y el fundamento de toda la disposición testamentaria, y ninguna cosa puede existir sin cabeza, así como el cuerpo sin el alma. La cláusula final o codicilar, con que se declara que si no vale la disposición por derecho de testamento valga por derecho de codicilo».

Y nos añade en una nota:

«No es absolutamente necesaria la cláusula final, pues sin ella valdría el testamento; mas por la utilidad que puede seguirse es muy útil y casi necesaria» (26).

Vemos pues, a manera de ejemplo, cómo en este *Manual de Escribanos* dirigido por su autor a los «infelices» estudiantes del *Arte de la Notaría* (27), se considera en la práctica notarial como necesaria la cláusula codicilar.

Demos un rápido repaso a la evolución prelegislativa y legislativa en esta cuestión:

---

(25) Nos dice Eugenio Tapia, en 1828, cuando realiza la traducción de la *Teórica del Arte de Notario* de Gibert, que en Cataluña se llama notario a todo escribano, y notaría el oficio que ejerce; mientras que en Castilla se entiende por notario el que actúa sólo en los negocios eclesiásticos, a diferencia del escribano, que entiende en los seglares.

(26) GIBERT, VICENTE, *Teórica del Arte de Notaría Manual de Escribanos, escrito en latín por Vicente Gibert, escribano de número de Barcelona y traducido al castellano por don Eugenio de Tapia, abogado de los Reales Consejos y de la Real Audiencia de Cataluña, autor del «Manual de práctica forense» y de otras obras de jurisprudencia.* Barcelona, Imprenta de J. Mayol y c., 1828, págs. 193 y 194.

También nos dice que mediante la cláusula codicilar: «se precaban muchos riesgos futuros en caso de que el testamento se rompa o anule por algún defecto, a saber o por no haber sido instituido el póstumo que debía serlo, o por no haber intervenido como testigos el que no podía serlo, y por otros casos semejantes: pues entonces se deben los legados, y los herederos ab intestato, están obligados a tomar la herencia y restituirla al heredero nombrado, deducida por ellos la cuarta trebeliánica»

(27) En el Prólogo se nos dice que una de las razones de escribir el libro eran los estudiantes. «Compadecíame además de la triste suerte de los estudiantes, quienes después de haber trabajado ocho horas diariamente en la escribanía de sus maestros, para instruirse, tenían que ocuparse también en la tarea de copiar la *Teórica* manuscrita, en la cual apenas quedaba a los infelices un cortísimo espacio de tiempo para emplearle, no diré en el estudio privado del arte, sino en una honesta recreación. ¿Quién negará que con nuestra obra se ha remediado este inconveniente».

A) *La memoria de DURÁN I BAS* (28)

Viene a establecer la igualdad de solemnidades externas entre los codicilos y los testamentos (29), el juego de la cláusula codicilar, que no necesariamente ha de contenerse en el testamento (30); y, finalmente, los efectos de la preterición de legitimarios (31), **distinguiendo entre el derecho general de Cataluña y el especial de Barcelona (32), en donde el testamento va a ser considerado válido en todas sus partes, a pesar de la preterición de los descendientes**, sin perjuicio del derecho de éstos a percibir su legítima. Es cierto, no obstante, que en Barcelona se cuestionó esta solución para el caso de póstumos.

B) *El Apéndice de 1930* (33)

Además de proclamar la igualdad de las solemnidades externas entre ambas formas documentales, nos desvincula expresamente la suerte de los codicilos de la de los testamentos (34).

En cuanto a la cláusula codicilar (35), observamos que aparece ya regulada junto con la cuestión de la preterición de los legitimarios, que, si bien

---

(28) *Memoria acerca de las Instituciones del Derecho civil de Cataluña, escrita con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4º del Real Decreto de 2 de febrero de 1889, por el Excmo. Sr. don Manuel Durán y Bas.* Barcelona, Imprenta de la Casa Caridad, 1883.

(29) Artículo CCLVI: «Los codicilos se deberán otorgar con las mismas solemnidades externas que los testamentos»

(30) Artículo CCLIX: «Cuando un testamento tiene defectos que no sean de los que lo anulan, pero contiene la cláusula codicilar, valdrá como codicilo, y la institución de heredero subsistirá con fuerza de fideicomiso».

(31) Artículo CCLXXVII: «La preterición de los ascendientes deja subsistente el testamento, salvo el derecho de aquellos a la legítima». Artículo CCLXXVIII: «Si con posterioridad a la otorgación del testamento adquiere derecho a la legítima un descendiente de quién no se haya hecho mención su preterición sólo produce efecto en el caso que sobreviva al testador»

(32) Artículo CCLXXIX: «En Barcelona y poblaciones que gozan de sus privilegios es válido el testamento en todas sus partes a pesar de la preterición de los descendientes, quedando a éstos salvo su derecho a la legítima»

Obsérvese cómo en el Derecho especial de Barcelona tampoco era necesaria la cláusula codicilar para evitar los efectos de la nulidad del testamento por falta de heredero.

(33) *Apéndice de Derecho catalán al Código Civil. Proyecto formulado antes de la promulgación del Código, por el eminente jurisconsulto don Manuel Durán y Bas. Revisado y completado, después de información pública, por la Actual Comisión, constituida de acuerdo con el Real Decreto de 24 de abril de 1899.* Barcelona, 1930

(34) Artículo 255: «Los codicilos se deberán otorgar con las mismas solemnidades externas que los testamentos. Tendrán perfecta validez aunque no exista testamento o éste no sea válido, en cuales casos las disposiciones que contengan serán de cargo de los herederos legítimos»

(35) Artículo 259. «Cuando un testamento no pueda sostenerse como tal testamento,

como efecto más grave puede llegar a producir la nulidad de la institución de heredero, las sustituciones y los fideicomisos universales, admite ciertos correctivos. Ha desaparecido, sin embargo, toda especialidad derivada del derecho especial de Barcelona.

### C) *El Proyecto de 1955*

Presenta la importante novedad, que después ha pasado al texto compilado, de **distinguir expresamente entre preterición intencional y errónea** (36), con las lógicas diferencias en cuanto a sus efectos, que lleva a **declarar «la nulidad del testamento» en el caso de preterición errónea de algún legitimario que sea hijo o descendiente** (legítimo) del testador, aunque siempre que el preterido impugne la validez del testamento por esta causa (37).

Por otra parte, la conversión del testamento ineficaz en codicilo se produce únicamente por el juego de la cláusula codicilar, que queda prohibida

---

*pero reúna las condiciones de validez del codicilo, se sostendrá como tal codicilo si contuviere cláusula que así lo ordene. En el caso de ruptura del testamento por preterición de un descendiente o nacimiento de un póstumo, la cláusula codicilar sólo surtirá efecto si el testador hubiese previsto expresamente tal caso y si, además, el heredero instituido fuere otro descendiente del testador. En los demás casos la herencia se deferirá a los herederos legítimos, quienes deberán cumplir las demás disposiciones testamentarias».*

Artículo 285. *«La preterición de los ascendientes deja subsistente el testamento, salvo el derecho de aquéllos a la legítima.*

La de los descendientes legítimos, aunque sean póstumos, anula la institución de heredero, sustituciones y fideicomiso universales, dejando subsistentes las demás disposiciones del testamento; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 259 para el caso de que aquél contenga cláusula codicilar.

*Este precepto rige también en Barcelona y poblaciones que gozan de sus privilegios».*

(36) Artículo 299: *«La preterición será intencional cuando responda a la voluntad del testador de excluir de la legítima al legitimario preterido. La preterición será errónea en todo otro caso, y especialmente cuando por cualquier causa la existencia del preterido era desconocida del causante al tiempo de testar*

*En caso de duda la preterición se considerará intencional»*

(37) Artículo 300: *«La preterición errónea de algún legitimario que sea hijo o descendiente legítimo del testador, origina la nulidad del testamento si el preterido impugna su validez por esta causa.*

La acción de nulidad competirá únicamente al preterido y a sus herederos, y se extinguirá por su renuncia expresa o tácita y por prescripción. Se entenderá renunciada si el preterido otorga, junto con los otros partícipes en la sucesión, actos de manifestación, adjudicación o partición de bienes de la herencia, siempre que resulte que se tuvo en cuenta la existencia de la preterición y sin perjuicio de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 471.

*Este artículo será también aplicable a los testamentos sujetos al derecho especial de Barcelona».*

cuando la nulidad del testamento procede de la preterición errónea de los legitimarios (38).

#### D) *La Compilación de 1960*

Sigue los pasos del Proyecto en cuanto a la distinción y efectos de la preterición intencional y errónea, y la prohibición de conversión del testamento en codicilo en este último supuesto.

Pero el avance espectacular de la Compilación con respecto al Proyecto (no desde el punto de vista de la práctica notarial, como hemos visto en la Teórica, sino de la teoría general) se va a producir en torno a **la cláusula codicilar que pasa de ser una cláusula de estilo a convertirse en una disposición legal**, por lo que no va a ser necesario ya añadirla al testamento. La conversión no se va a producir en los casos de preterición errónea de los legitimarios (39).

#### E) *Las modificaciones posteriores de la Compilación*

**Después de la publicación de la Compilación** se producen varios cambios legislativos. Por una parte, **el viejo Código Civil** sufre una importante modificación en materia de preterición por la Ley 13 de mayo de 1981, con objeto de dar cabida legal a la distinción doctrinal entre preterición errónea e intencional (40).

---

(38) Artículo 238: «*El testamento ineficaz que contenga la denominada cláusula codicilar, se sostendrá como codicilo si puede valer como tal*

*Este precepto regirá incluso en Barcelona, pero no será de aplicación cuando el expresado testamento, a pesar de valer como codicilo, sea nulo por preterición errónea de legitimarios»*

(39) Artículo 106 Compilación: «*El testamento ineficaz valdrá como codicilo si reúne las condiciones de tal y no es nulo por preterición errónea de legitimarios».*

(40) Artículo 814 CC: «*La preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima. Se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias.*

Sin embargo, la preterición no intencional de hijos o descendientes producirá los siguientes efectos:

1.º Si resultan preteridos todos, se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial.

2.º En otro caso, se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. No obstante, la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas.

Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente y no se considerarán preteridos

Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, el testamento surtirá todos sus efectos.

*A salvo las legítimas, tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador»*

Por su parte, el Derecho catalán también resulta modificado en esta materia por las **Leyes 13/1984, de 24 de marzo, y 8/1990, de 9 de abril**, que modulan y matizan los casos en los que la preterición errónea de legitimarios que sean hijos y descendientes del testador no va a producir más efecto que el derecho a reclamar lo que por legítima les corresponda, y que tienen por finalidad evitar los efectos radicales que se predicán de la preterición errónea: *«la nul.litat del testament»* (41).

#### F) *El Codi de Successions*

Retiene, por un lado, íntegramente la regulación que se había efectuado por la Ley 8/1990, de 9 de abril, sobre la preterición y sus efectos; pero, por otro, muda el antiguo artículo 106, relativo a la conversión del testamento en codicilo, de la sección que dedica el Codi a la forma codicilar, al capítulo denominado de la nulidad, revocación y otras causas de ineficacia de los testamentos, codicilos y de las memorias testamentarias. Este cambio sistemático va acompañado de otros referentes al contenido, que queda redactado de la siguiente forma:

*«El testament que és nul o ineficaç per manca d'institució d'hereu val com a codicil si compleix les condicions de tal»*  
(art. 125 IV CS).

La mutación es importante por lo que dice y por lo que no dice: por una parte, no se habla de que el testamento sea ineficaz en general, sino nulo o

---

(41) Actual artículo 367 CS, que sigue lo dispuesto por la Ley de 1990:

*«Es preterit el legitimari no esmentat en el testament del seu causant, sense que abans o després aquest li hagi atorgat donació en concepte de l·legítima o imputable a ella. També ho és quan, malgrat ésser esmentat, el causant no li fa atribució en concepte de l·legítima o imputable a ella en el mateix testament, o no el deshereta, encara que sigui injustament.»*

La preterició del legitimari no dóna lloc a la nul litat del testament, però el preterit té dret a exigir allò que per l·legítima li correspon.

Nogensmenys, la preterició del legitimari que és fill o descendent del testador i ha nascut o ha arribat a ésser legitimari després d'atorgar-se el testament, o l'existència del qual el causant ignorava en testar, constitueix preterició errònia i confereix al legitimari preterit acció per a obtenir la nul litat del testament, excepte en els casos següents:

1.<sup>a</sup> Si l'instituit ho és en tota l'herència i es tracta del cònjuge o només d'un fill o només d'un descendent ulterior del testador, si, en atorgar-se el testament, aquest tenia més d'un fill o almenys un fill i una estirp de fill premort

2.<sup>a</sup> Si el preterit és una persona que és declarada descendent del causant després de la seva mort.

3.<sup>a</sup> Si el preterit és un descendent del causant que resulta ésser legitimari per dret de representació. En aquest cas, hom pot demanar la nul litat del testament si el representat ha sobreviscut al causant i no ha pogut exercitar l'acció»

ineficaz por falta de institución de heredero; y por otra, para nada se menciona el tema de la imposibilidad de conversión en el caso de preterición errónea de legitimarios.

Antes de empezar a deducir, si es posible, alguna consecuencia del nuevo texto legal, conviene destacar que el precepto inmediatamente siguiente empieza diciendo que:

*«Són nuls els testaments amb preterició errònia de legitimaris, en els supòsits previstos a l'article 367»* (42) (art. 126 I CS).

## 5. LA DEMOLICIÓN DEL SISTEMA

A) *En cuanto a lo que dice el artículo 125 IV del Codi, la nulidad o ineficacia por falta de institución de heredero (no por otras causas)*

Su explicación no puede ser otra que la de reconocer que la única diferencia actual que existe entre la forma testamentaria y la codicilar es la existencia o no de institución de heredero, por lo que las causas de ineficacia o nulidad del testamento (a salvo, por supuesto, la institución de heredero) serán las mismas que las del codicilo (43).

**Ahora bien, si se señala que el testamento ineficaz por falta de institución de heredero «val com a codicil» sin necesidad de ninguna cláusula, en el fondo, se está suprimiendo la diferencia entre uno y otro.** Se ha consumado todo un lento proceso evolutivo, que hace que tras la Compilación carezca de sentido la distinción que se realizaba por MARTI I MIRALLES entre el Derecho general de Cataluña y el especial derivado del Privilegio de Pere III.

Nos dice nuestro galordando Premio Pla ROCA I FERRER (44), que la única distinción actual entre testamento y codicilo se encuentra en el diferente sistema de revocación de uno y otro. Pero precisamente en este punto es donde se produce la explosión de toda la concepción romana-catalana: tiene razón ROCA I FERRER en que esa es la única diferencia normativa, pero es que esa diferencia no tiene sentido cuando hemos convertido el testamento en codicilo, de forma que podremos hablar de codicilos testamentarios o no

(42) Ha pasado íntegro del texto originario de la Compilación, a salvo la adaptación al nuevo articulado (art. 141 III Comp.).

(43) Aunque no al revés: *«la nul.litat del testament implica la de tots els codicils i les memòries testamentàries atorgats pel testador, llevat que siguin compatibles amb un testament anterior que hagi de subsistir per la nul.litat del posterior»* (art. 127 I CS)

(44) El notario de Barcelona, XAVIER ROCA I FERRER, obtuvo en 1994 el prestigioso Premio Pla de novela en catalán por un extraordinario libro «El Cap de Penteu», cuya traducción al castellano se encuentra anunciada.

testamentarios, pero nada más. Todo el sistema de revocación estaba pensado y creado para un mundo muy diferente al actual. **Carece de sentido que la utilización de una forma o tipo (el testamento), concebida actualmente bajo la órbita del codicilo, produzca *per se* la revocación de la anterior.** Por muy diferentes vías se ha llegado en Cataluña y en el Derecho derivado del Código Civil a una situación similar, que requiere soluciones similares.

Piensen, a manera de ejemplo, en el «testamento» del extranjero. Comparece en la notaría, testa «a la manera catalana», con la consiguiente institución de heredero, y lega sus bienes en España. ¿Debemos considerar que ha revocado su testamento anterior en otro país? ¿Debemos considerar que quedará revocado el realizado en España por otro posterior en el extranjero, donde no menciona los legados en España?

B) *Por último, en cuanto a lo que omite la actual cláusula legal codicilar (a saber, que no tendrá lugar la conversión del testamento nulo por falta de institución de heredero en codicilo, cuando haya preterición errónea de legitimarios)*

Tiene su razón de ser en que la conversión del testamento en codicilo sólo se va a producir cuando la nulidad de aquél sea por la falta de institución de heredero, por lo que no es necesario expresamente excepcionar de la conversión el supuesto de la nulidad del testamento por otra causa, cual es la preterición errónea de legitimarios: nulo el testamento por esta causa no cabe conversión.

**¿Pero qué ocurre en los casos en que una persona haya otorgado únicamente uno o varios codicilos, en los que haya dispuesto de todos los bienes, y nazca con posterioridad un hijo póstumo?** Si hacemos igual testamento a codicilo (concebidos ya como puras disposiciones patrimoniales) la lógica debe llevarnos a aplicar en ambas formas testamentarias un mismo sistema de efectos pretericionales. Sin embargo, esta postura choca frontalmente con el tenor de lo dispuesto en el artículo 126 I CS, que declara la nulidad de los testamentos, pero no de los codicilos, por preterición errónea de legitimarios, y con el artículo 367 CS que habla de la nulidad del testamento pero no de los codicilos *ab intestato*. Cierto es que siguiendo toda la argumentación anterior podemos deducir que bajo el término «testament» debe incluirse el «codicil», por lo que en el supuesto planteado se producirá también la nulidad de éste.

Pero, y siento sumergirles en una pura contradicción, es muy posible que haya también otra explicación: cuando el legislador habla de «*nul.litat del testament*» en sede de preterición errónea entiende el testamento en su sentido más clásico y ortodoxo y más que pretender la nulidad del testamento lo que quiere conseguir es la nulidad de la institución de heredero.

La solución sería más concorde con los antecedentes (45) y, sobre todo, con la concepción de la legítima en el Derecho actual catalán (puro derecho de crédito de escasa cuantía con relación al patrimonio del causante), que hace de difícil justificación teórica unos efectos tan duros como son la nulidad de las disposiciones patrimoniales. Además la solución se acercaría a lo dispuesto por el Privilegi y lo sancionado por el Código Civil, que sólo predica la nulidad de las disposiciones patrimoniales en casos excepcionales. Pero esto es otra cuestión que excede de nuestra disertación.

Me gustaría acabar esta parte de mi disertación con aquel famoso chiste que cuenta WOODY ALLEN. Un tipo va al psiquiatra y le dice: «Doctor, mi hermano está loco: se cree que es una gallina». «Pues intérmelo», le contesta el doctor. Y entonces el tipo responde: «Pero es que entonces no tendríamos los huevos». Pues así un poco son los ordenamientos jurídicos en general, y el catalán y el derivado del Código Civil en particular: absurdos, ilógicos, contradictorios, pero es lo único que tenemos.

KLAUS ADOMEIT, profesor de la Universidad Libre de Berlín, en su Introducción a la teoría del Derecho, después de analizar las posturas de KELSEN, LARENZ y la extraordinaria aportación de VIEHWEG en su libro «Topik und Jurisprudenz», termina diciendo:

«La elaboración de una teoría del método jurídico resulta prácticamente desesperanzadora. Pues la pregunta. ¿Cómo encuentro el punto de vista correcto?, carece casi de toda respuesta, a no ser que se diga. El punto de vista correcto se encuentra siendo, muy, muy inteligente»

Y cita a CICERÓN, en *De oratore* (II,147), que nos dice:

«tres cosas son importantes para encontrar argumentos, una inteligencia aguda, procedimiento metódico y aplicación, pero debo conceder que el ingenio es lo más importante» (46).

### III. ALGUNOS TIPOS DE ULTIMAS VOLUNTADES

El entrecruzamiento de las instituciones sucesorias catalanas y las derivadas del Código Civil, con la poderosa influencia de éstas sobre aquéllas, por una parte, y la defensa de un derecho autóctono, por otra, puede observarse con nitidez en la formulación de ciertos tipos testamentarios (47) en el Codi de Successions. La dialéctica entre «progreso»/ «conservadurismo», y «siste-

(45) Artículo 285 y 259 del Apéndice.

(46) ADOMEIT, KLAUS, *Introducción a la Teoría del Derecho, Lógica normativa, Teoría del método, Politología jurídica*, Traducción de ENRIQUE BACIGALUPO. Madrid, Civitas, 1984.

(47) Entendidos como comprensivos del testamento y del codicilo.

ma castellano/catalán» tiene uno de sus ejemplos más claros en la política legislativa que ha seguido en esta materia. Veamos:

1. LA PROTECCIÓN DE LAS ÚLTIMAS VOLUNTADES: LAS CLÁSICAS CLÁUSULAS «AD CAUTELAM»

En el mundo actual observamos cómo los datos contenidos en soportes informáticos pueden gozar de un cierto secreto gracias, por una parte, a la introducción de códigos secretos de acceso a la información, y por otra, a la existencia de sistemas mecánicos e informáticos de protección de los archivos. En principio, sólo la persona que ha creado el código puede acceder, modificar, sustituir o anular la información acumulada. Se trata, pues, de una autoprotección del autor del archivo frente a manipulaciones o influencias extrañas.

A un fundamento parecido, salvando las distancias, vienen a responder las llamadas cláusulas *ad cautelam*. El Codi de Successions no hace ninguna referencia a las mismas, pero sus primeros comentaristas, tanto de la Academia (ROCA I TRIAS) (48), como de la práctica notarial (TARRAGONA COROMINA) (49), con alguna excepción (50), no han tenido ninguna duda de que se consideran como no puestas en Cataluña, igual que en el derecho derivado del Código Civil, todas las modalidades de cláusulas *ad cautelam*. El tema requiere, a mi entender, sin embargo, alguna reflexión. Volvamos a los antecedentes históricos:

A) *La regulación en la Compilación*

La Compilación **no recoge expresamente, ni para admitirlas o para prohibirlas, las cláusulas *ad cautelam*.**

Sin embargo, de la Disposición Transitoria tercera (51) pueden obtenerse dos consecuencias importantes: por una parte, la ineficacia de dichas cláusulas

---

(48) ROCA I TRIAS, en *Instituciones del Dret Civil de Catalunya, Dret de Successions*, Obra colectiva de LLUÍS PUIG FERRIOL y ENCARNA ROCA I TRIAS. Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, pág. 159

(49) AA.VV., en *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña (Ley 40/1991, de 30 de diciembre)*, Barcelona, Bosch, 1994, pág. 496.

(50) Representada humildemente por mi persona GARRIDO MELERO, MARTÍN, en *Introducción al Derecho Nuevo Derecho sucesorio catalán*. Obra editada y patrocinada por el Colegio de Notarios de Barcelona para distribución interna entre todos los notarios de Cataluña (consta como fecha de publicación 1992 y 1993) Se está preparando una edición externa.

(51) Esta disposición nos dice: «Surtirá efecto la cláusula *ad cautelam* contenida en testamento abierto otorgado ante notario antes de la vigencia de esta compilación, en la que el testador disponga que solamente quedará revocado por otro posterior si en éste se emplean ciertas palabras o frases que consigna».

las en los testamentos abiertos otorgados ante notario después de la entrada en vigor de la Compilación; y por otra, su admisión en este mismo tipo de testamentos siempre que hubieran sido otorgados con anterioridad. Quedaba, sin embargo, planteada la cuestión de la eficacia de dichas cláusulas en los otros tipos de testamentos (52).

No obstante, la doctrina más autorizada se mostró contraria a su admisión (53). **El fundamento de la prohibición se encontraba en la aplicación a Cataluña del artículo 737 del Código Civil** (54), cuyo apartado segundo considera como no puestas las cláusulas derogatorias.

## B) *Los antecedentes legislativos*

La Memoria de DURÁN I BAS (55) y el Apéndice (56) admitieron como especialidad del Derecho catalán las cláusulas *ad cautelam*. Incluso el **artículo 474 del Proyecto de Compilación** (57) reguló con detalle no sólo el régimen de las mismas, sino también el de las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras, resolviendo determinadas dudas que se habían planteado en la doctrina. A saber:

---

(52) Que podía resolverse siguiendo los precedentes del Proyecto en contra de su admisión.

(53) PUIG FERRIOL y ROCA I TRIAS, *Op cit*, pág. 541; y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Op. cit.*, pág. 270.

(54) Artículo 737 CC: «*Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas*»

*Se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras, y aquéllas en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento si no la hiciere con ciertas palabras o señales»*

(55) Artículo CCLVIII. «*Cuando un testamento contenga cláusula derogatoria o ad cautelam no quedará revocado por otro posterior si no se hace expresa mención de ella, sea repitiendo sus propios términos, sea refiriéndose claramente a la misma»*

(56) Artículo 258: «*Cuando un testamento contenga cláusula derogatoria o ad cautelam, no quedará revocado por otro posterior si no se hace expresa mención de ella, sea repitiendo sus propios términos, sea refiriéndose concretamente a la misma».*

(57) Artículo 474: «*Surtirá efectos la cláusula de las denominadas derogatorias o ad cautelam contenida en testamento abierto otorgado ante notario, en la que el testador disponga que solamente quedará revocado por otro posterior si en éste se expresan ciertas palabras o frases que determinadamente consigna el testador. Dicho testamento anterior quedará revocado si el posterior repite las mismas palabras o frases de la cláusula, o se refiere concretamente al testamento anterior que la contenga, siempre que indique, al menos, la fecha aproximada del mismo. En otro caso, el testamento posterior se considerará como no otorgado.*

*Se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias ad cautelam no contenidas en testamento de la clase antes dicha, ni cualquiera otras en las que el testador ordene la ineficacia de todos los futuros testamentos o actos de última voluntad, o tan sólo de los que no adopten una forma determinada».*

- En primer lugar, se admite la cláusula *ad cautelam* siempre que se contenga en un testamento abierto otorgado ante notario. En consecuencia, expresamente se declara que se van a tener por no puestas las contenidas en cualquier otro tipo de testamento.
- En segundo lugar, se tienen por no puestas las cláusulas derogatorias de disposiciones futuras (58), bien lo sean con carácter general, refiriéndose a cualquier testamento o acto de última voluntad, o bien, a sólo los que no adopten una forma determinada.
- Y, finalmente, se establece el tipo de referencia, es decir, la clave que ha de utilizar el testador en el segundo o posterior testamento o acto de última voluntad para considerar revocado el primero o anterior (59): una *mentio singularis* o individual («si el posterior repite las mismas palabras o frases de la cláusula») o no *singularis* («se refiere concretamente al testamento anterior que la contenga, siempre que indique, al menos, la fecha aproximada del mismo») (60).

---

(58) PELLA Y FORGAS, JOSÉ, *Código Civil de Cataluña, Exposición del Derecho catalán comparado con el Código Civil español*, Barcelona, Librería de A. Bosch, págs. 143 y 144, consideró que no es aplicable en el Derecho catalán la doctrina proclamada por el artículo 737 en sus dos primeros puntos. la revocabilidad de todas las disposiciones testamentarias, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas; y la de que se tengan por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras. Admite, obligado por la jurisprudencia, la ineficacia de las cláusulas *ad cautelam*.

No obstante, los autores catalanes siguieron en este punto a la doctrina de los glosadores que no admitían las cláusulas derogatorias *potestatis* (autoprohibición de otorgar testamento en el futuro) y las derogatorias *solemnitatis* (autoprohibición de otorgar testamento posterior de una cláusula determinada). Ver, por ejemplo, BORRELL I SOLER, *Op. cit.*, pág. 341; o ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Op. cit.*, pág. 268, con referencias a MARTI MIRALLES y de éste a MENOCHIUS. En suma, las cláusulas derogatorias *voluntatis* son las verdaderas cláusulas *ad cautelam*.

(59) En la doctrina y en la jurisprudencia se había discutido qué tipo de mención debía realizarse. Así se hablaba de una *mentio singularis*, si debían reproducirse las mismas palabras o frases; una *mentio específica*, si sólo era necesario indicarlas; y una *mentio generalis*, si bastaba una referencia general. Nos dice ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Op. cit.*, págs. 268 a 269, que por regla general, la doctrina dominante admitió la *mentio specialis*, aunque algunas veces cabía la *mentio generalis*, basada en la interpretación de la voluntad del testador: por ejemplo, cuando hubiesen transcurrido diez años del primer testamento clausulado, cuando haya base para creer que el nuevo testamento corresponde a un cambio evidente de voluntad, etc.

(60) Así se evitaba lo que había puesto de manifiesto PELLA Y FORGAS, *Op. cit.*, pág. 145, relativo a que las cláusulas *ad cautelam* habían «perdido, por desgracia, su trascendencia en la práctica desde el momento que una revocación general y formularia que usan los notarios se tiene por bastante para eliminarlas».

No obstante, GIBERT, *Op. cit.*, págs. 196 a 197, nos dice que: «El escribano debe ser muy cauto en la expresión de las palabras derogatorias, pues hay mucha diferencia entre este modo de decir: *quero que éste, mi testamento, sea firme y valedero de tal suerte que en lo sucesivo no pueda yo mudarle ni arrepentirme de él* (en cuyo caso renuncia el testador a su voluntad, lo que no es conforme a derecho, pues nadie puede quitarse la

### C) *La posición de la jurisprudencia*

La **jurisprudencia inmediatamente posterior a la entrada en vigor del Código Civil** se había mostrado partidaria de la aplicación del artículo 737 II, segunda proposición, a Cataluña (61). No obstante, **el criterio jurisprudencial presentó ciertas fisuras en los momentos anteriores a la Compilación** (62).

### D) *La posición de la doctrina*

En cuanto a **la doctrina catalana de principios de siglo**, representada por BORRELL I SOLER y PELLA Y FORGAS, no tuvo más remedio que admitir la fuerza de las decisiones del Tribunal Supremo, aunque en 1906 el notario ARTURO CORBELLA no dudaba de la existencia de las cláusulas *ad cautelam* en Cataluña (63), y un año después la Academia de Jurisprudencia y Llegislació de Barcelona premiaba la obra de FRANCISCO MASPONS y ANGLASELL, «*Nostre Dret Familiar segons els autors clàssichs y les sentencies del Antich Suprem Tribunal de Catalunya*», recopilación de textos, entre otros, de CÁNCER y de FONTANELLA, quienes admitían expresamente la cláusula derogatoria (64).

Por su parte, la doctrina inmediatamente anterior a la entrada en vigor del Código Civil, se hacía eco de la práctica de las cláusulas *ad cautelam*, dis-  
cutiéndose únicamente sobre el alcance de las mismas (65).

---

facultad de testar) y este otro modo: *quero que éste, mi testameto, sea firme, de suerte que si después hiciere otro, no valga*; porque estas palabras sólo expresan la derogación de la voluntad y no la renuncia de la facultad de testar; en cuyo caso, si apareciese otro testamento posterior en que dijese especialmente el testador que se arrepiente del primero, debe estarse al segundo por cuando se atiende a su última voluntad» Parece, pues, que GIBERT exige una referencia especial del primer testamento para dejar inoperane la cláusula

(61) BORRELL I SOLER, *Op. cit.*, pág. 342, núm. 51, se hace eco de dos STS de 10 de mayo de 1898 y 27 de febrero de 1914. En esta última, que también es recogida por PELLA Y FORGAS, *Op. cit.*, pág. 144, núm. 1, se nos dice: «Considerando que tampoco pueden prosperar los restantes motivos del recurso, porque a no conculcar los términos generales en que se inspira el artículo 737 del Código Civil, hay que reputar como no escrita la cláusula derogatoria o *ad cautelam* establecida en Cataluña; más que con ventajas, con inconvenientes por el Derecho romano, las Partidas, y hasta la costumbre, de donde se infiere que, siendo como son hoy inaplicables en absoluto, por las razones que expone la sentencia, estos preceptos legales».

(62) STS de 11 de diciembre de 1953, admitió las cláusulas *ad cautelam*

(63) CORBELLA, *Op. cit.*, pág. 751. Por el contrario, MARTI I MIRALLES, *Les cláusules ad cautelam*, Barcelona, 1913, había cuestionado su admisión

(64) MASPONS Y ANGLASELL, FRANCISCO, *Nostre Dret Familiar segons els autors clàssichs y les sentencies del antich suprem Tribunal de Catalunya*, Barcelona, Librería de Alvar Verdaguer, 1907, págs. 130 y 131.

(65) BROCA Y MONTAGUT, GUILLERMO MARÍA, y AMELL Y LLOPIS, JUAN, *Instituciones*

E) *La situación actual*

Retomando la cuestión de la validez o no de la cláusula *ad cautelam* o derogatoria en el actual Derecho sucesorio catalán, es de advertir que el artículo 129 I del Codi nos indica que:

*«Els testaments, els codicils i les memòries testamentàries, i la institució, el llegat i les altres disposicions que continguin, perden l'eficàcia si el testador les revoca».*

Como pueden ustedes observar es muy diferente esta formulación de la señalada por el artículo 737 del Código Civil, que no ha sido, a mi entender, significativamente «exportado» al Derecho catalán. **En ningún lugar menciona el Codi la ineficacia de las cláusulas *ad cautelam*, ni tan siquiera de las cláusulas derogatorias de disposiciones futuras, ni tampoco se dicta una disposición genérica relativa a que las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables.** Sólo se dice que la revocación es una causa de ineficacia de los testamentos, codicilos y las memorias testamentarias. Y nada más. Queda, pues, en el Derecho catalán, a mi entender, abierta la puerta de conexión con toda la tradición jurídica catalana, de la que algunos ejemplos han sido traídos a colación anteriormente.

Sirva también este ejemplo de advertencia de que **el Codi de Successions no «deroga» propiamente al derecho anterior, sino que simplemente lo «sustituye».** Como ha sido puesto de manifiesto en otro lugar (66), no hay una disposición derogatoria de todo el derecho histórico-sucesorio catalán, por la sencilla razón de que la Compilación de 1960 no contenía ni pretendía una derogación de dicho derecho.

---

*del Derecho Civil catalán vigente o sea exposición metódica y razonada de las leyes, costumbres y jurisprudencia de los autores y de la antigua audiencia del principado, completada con las doctrinas del Tribunal Supremo y precedida de una Introducción histórica.* Barcelona, 1886, tomo II, págs. 400 a 402; y en el texto articulado de ELÍAS Y FERRATER, *Manual del Derecho Civil vigente en Cataluña o sea resumen ordenado de las disposiciones del Derecho Real posteriores al Decreto llamado de Nueva Planta y de las anteriores, así del Derecho municipal, como del canónigo y romano aplicables a nuestras costumbres.* Barcelona, Imprenta de don Ramón M. Indar, 1851, tomo II, pág. 28, se nos señala: «1539. El testamento válido queda revocado por otro posterior que no tenga ningún defecto. No obstante, si el primer testamento contiene la cláusula derogatoria de otra posterior voluntad, no será revocada por esta, a menos que se haga expresa revocación de dicha cláusula».

(66) GARRIDO MELERO, en AA VV., *Op cit Comentario a la Disposición Adicional primera*, págs 1315-1327.

## 2. ¿HA MUERTO EL TESTAMENTO MANCOMUNADO Y LA INSTITUCIÓN RECÍPROCA Y CORRESPECTIVA ENTRE CÓNYUGES?

El estudio del testamento mancomunado requiere una distinción previa, que sería innecesaria si no se hubiera producido en la práctica y hasta en la doctrina científica cierto confusionismo. Llamamos **testamento mancomunado** a aquél en que dos personas otorgan en un mismo acto, y tratándose de formas notariales, en un mismo instrumento público. Nada tiene que ver, en principio, con el llamado «**testamento recíproco**», que hace referencia a una institución recíproca de herederos; ni con el llamado «**testamento correspectivo**», que hace referencia a que la eficacia de lo dispuesto por uno de los testadores (o, en general, del disponente) depende de la condición de que el otro mantenga lo dispuesto por él. **Es decir, mientras el problema del testamento mancomunado es un problema de tipos o formas testamentarias, la problemática de los testamentos recíprocos y correspectivos se inserta dentro de la teoría de las disposiciones hereditarias.** El confusionismo ha provenido de que normalmente (por no decir en la totalidad de los casos) los «testamentos recíprocos y correspectivos utilizan el tipo mancomunado. Confusionismo que se acrecienta porque todas estas instituciones son reguladas conjuntamente por aquellos ordenamientos que contienen disposiciones específicas sobre las mismas.

Vamos a centrarnos, para observar las profundas contradicciones ontológicas en que viene a incurrir el ordenamiento catalán, **en el estudio de las posibilidades del testamento abierto realizado en un mismo instrumento público por un matrimonio (por lo tanto, testamento mancomunado) en el que se instituyen recíprocamente herederos (por lo tanto, disposición recíproca), queriendo además que lo dispuesto por uno sea condición de lo dispuesto por el otro (por lo tanto, disposición correspectiva).**

### A) *La posición actual*

Vaya por delante que **tras la publicación del Codi de Successions**, los primeros comentaristas de la doctrina científica (PUIG FERRIOL) (67) y de la práctica notarial (MEZQUITA DEL CACHO, TARRAGONA COROMINAS, entre otros) (68) han mantenido en bloque (69) la no admisión en Cataluña del testamento mancomunado. Siguiendo esta postura abrumadoramente mayo-

(67) *Op. cit.*, págs. 104 y 105.

(68) MEZQUITA DEL CACHO, en AA.VV., *Op. cit.*, pág. 230; TARRAGONA COROMINAS, en AA.VV., *Op. cit.*, pág. 477.

(69) Con una excepción representada humildemente por mi persona, GARRIDO MELEIRO, en *Introducción*, págs. 103 y 104.

ritaria, nos encontraríamos que tras la publicación del Codi de Successions sigue perviviendo la doctrina derivada del artículo 669 del Código Civil, prohibitiva de los testamentos mancomunados, precepto que significativamente no es retenido por el legislador catalán; y todo ello a pesar que en la propia Exposición de Motivos se formula la intención del legislador de crear una normativa autónoma, completa y global del derecho sucesorio catalán, con exclusión de la aplicación directa o supletoria del Código Civil en Cataluña. Pues bien, estas conclusiones vienen a demostrar que tampoco los comentaristas estamos libres de la dialéctica en que se mueve el legislador.

**Sin embargo, un análisis inductivo, no excesivamente profundo del ordenamiento jurídico catalán lleva, sin que tengamos que rompernos las vestiduras, a la admisión, en el ámbito de las sucesiones *mortis causa*, del instrumento plural.** Así observamos que los compiladores no tuvieron reparos en la introducción, por una parte del **heredamiento mutuo**, «*institució contractual recíproca d'hereu entre els esposos contraents a favor del que sobrevisqui*» (actual art. 99 CS); y por otra, **de las compras con pacto añadido de sobrevivencia**, por virtud del cual los cónyuges que en régimen económico de separación de bienes que compren bienes conjuntamente y por cuotas iguales pueden convenir en el mismo título de adquisición que, cuando se produzca la muerte de cualquiera de ellos, el sobreviviente hará suya la totalidad (actual art. 24, Ley 8/1993, de 30 de septiembre, que viene a extenderlo a los esposos casados en régimen de participación en las ganancias). **En ambas instituciones observamos un otorgamiento conjunto en el mismo instrumento y una vinculación recíproca entre los esposos, que no van a poder modificar unilateralmente su disposición *post-mortem* (70).**

#### B) *Los antecedentes*

**Pero vayamos a los antecedentes y veamos cómo soterradamente el Derecho castellano invade, en algunas ocasiones, las instituciones autóctonas (y en otras, al revés).**

Es verdad que no existe ni en la **Compilación**, ni en el **Proyecto**, ni en el **Apéndice**, ni **tampoco en las Memorias** una admisión del testamento mancomunado, bien sea meramente mancomunado o con disposiciones correspectivas.

---

(70) Esta vinculación recíproca desaparece en los heredamientos mutuos preventivos, introducidos por el Codi de Successions, pues se pacta el heredamiento, «*per al supòsit de morir l'heretant sense haver atorgat cap altra disposició a títol univeral*» (art. 99 III CS).

También es verdad que la doctrina más autorizada anterior al Codi de Successions y posterior a la Compilación (71) ha sostenido, por una parte, la prohibición del testamento mancomunado, en base al artículo 669 (vuelvo a repetir no retenido por el Codi), y de las disposiciones recíprocas, en base al artículo 794 (que tampoco encontramos en el Codi).

Pero no es menos cierto que no era éste el criterio mayoritario en la doctrina anterior (BROCA Y AMELL, MIERES, CÁNCER) (72) y aún posterior al Código Civil (BORRELL I SOLER, PELLA Y FORGAS, CORBELLA) (73), que venía a indicar la existencia de una práctica favorable al testamento mancomunado y correspectivo, al menos entre los esposos, con antecedentes en el propio Derecho romano (74).

### C) *Una explicación histórica*

¿Qué pudo ocurrir para que una tradición jurídica que, en mayor o menor grado, existía a finales del siglo XIX haya llegado a desaparecer sin que ni el legislador, ni la Academia, ni la práctica notarial hayan podido o querido

---

(71) PUIG FERRIOL Y ROCA I TRIAS, *Op. cit.*, págs. 501 y 502.

(72) BROCA Y AMELL, *Op. cit.*, pág. 316, nos dice que el testamento mancomunado es el mutuo y correspectivo establecido en Derecho romano, que aunque se ha pretendido que no podía considerarse lícito, esta forma de testar «la hemos visto usada como corriente en distintos lugares de Cataluña». Y MASPONS Y ANGLASELL, *Op. cit.*, pág. 138, cita a MIERES Y CÁNCER como defensores del testamento mancomunado y recíproco, aunque expresa sus dudas sobre la posición de este último con respecto al testamento correspectivo.

(73) BORRELL I SOLER, *Op. cit.*, pág. 51, nos indica que el testamento meramente mancomunado no lo prohíbe ninguna ley porque no ofrece los peligros del correspectivo ni del recíproco; y «los testamentos correspectivos y recíprocos son la primera manifestación de los pactos sucesorios, por lo cual en Cataluña, donde se admiten heredamientos puros a favor de los hijos, y mutuales entre consortes, lógicamente tendrían que admitirse dichos testamentos». Y PELLA Y FORGAS, *Op. cit.*, pág. 115, nos dice que «la razón de ser, me parece, del testamento mancomunado, hacerse una donación recíproca de todos sus bienes el marido y la mujer, teniendo en consideración que en la práctica en Cataluña, sólo entre esposos, suele usarse; es algo así como un pacto de sobrevivencia ampliado, el cual garantiza que la fortuna de un cónyuge pasará a la muerte del testador en poder del otro; y como esta mancomunidad se establece no sólo como consecuencia del afecto personal mutuo entre ellos, sino que cada cual tiene en cuenta la reciprocidad estable y segura que no puede quebrantarse sino por ambos a la vez, evita la mala fe y el engaño de una revocación a deshora y subrepticamente por uno de los testadores» Por el contrario, con un carácter más restrictivo, CORBELLA, *Op. cit.*, pág. 738, nos señala que el Derecho consuetudinario de Cataluña admite el testamento mancomunado de marido y mujer, si bien se trata de dos testamentos distintos hechos en un solo acto, y en consecuencia, esencialmente revocables.

(74) Nos dicen BROCA Y AMELL, *Op. cit.*, pág. 316, núm. 1, que se hallaba establecido a favor de los militares en la Ley 19, Cod., De pactis, II,3; siendo extendido a los esposos por una Novela de Valentiniano III, no inserta en el Código de Justiniano.

resucitarla? ¿Qué terrible acontecimiento tuvo que suceder para que desapareciera el testamento mancomunado de Cataluña, a pesar de que, precisamente, en este territorio existen instituciones que tienen una base común con el testamento mancomunado y las disposiciones correspondientes? Pues parece que simplemente **una Circular del Colegio de Notarios de Barcelona de 20 de diciembre de 1889 aconsejó a los notarios ejercientes en Cataluña que se abstuvieran del otorgamiento de testamentos mancomunados** (entendidos en un sentido amplio), ateniéndose a la prohibición impuesta por el artículo 669 del recientemente promulgado Código Civil (75).

Ya hemos visto que muy significativos comentaristas catalanes de principios del siglo xx siguen postulando la defensa del testamento mancomunado, aunque la introducción de la doctrina del Código Civil acaba con la institución e intenta pervivir aún después de la entrada en vigor del Codi de Successions que pretende expulsar del ordenamiento catalán en materia sucesoria al Código de 1888.

#### D) *¿La admisión del instrumento plural?*

Pero volvamos a la actualidad. **¿Cómo testan los esposos catalanes? ¿Qué pretenden cuando acuden a una notaría cualquiera?**

Por supuesto, cada caso es diferente, cada circunstancia ha de valorarse, cada situación requiere un asesoramiento específico notarial. Pero no puede negarse que existe una fórmula habitual en Cataluña, aprendida por los amanuenses del notario, por virtud de la cual en el testamento del esposo se instituye a la esposa y en el de ésta a aquél, a salvo las legítimas de los hijos o de los padres, si los hubiera, y con sustitución vulgar normalmente a favor de los hijos y descendientes. El juego de la legítima castellana frente a la catalana ha hecho que en las zonas reguladas por el Código Civil se haya impuesto, por el contrario, para el mismo caso, la fórmula, también muy bien aprendida por los amanuenses del notario, consistente en disponer en el testamento del esposo un legado de usufructo universal a favor de la esposa, con la correspondiente Cautela Socini, e instituyendo herederos a los hijos o descendientes (y lo mismo en el testamento de la esposa). Profunda diferencia práctica de ambos sistemas.

Pues bien, en la mayoría, por no decir en la casi totalidad de los casos, el matrimonio catalán no entiende por qué si vienen juntos al notario y quieren la misma disposición, no es posible otorgarla en el mismo documento. **Y ahora, yo les pregunto, tras la entrada en vigor del Codi de Successions, ¿qué razones pueden impedir el testamento de los cónyuges en el mismo instrumento público? Para mí, ninguna.**

---

(75) Véase una crítica a esta Circular en BORRELL I SOLER, *Op cit*, pág. 51, núm. 6.

### E) *¿La admisión de la disposición correspectiva?*

El problema, sin embargo, es más complejo de lo que parece. Si, a mi entender, no debe plantear excesivos miedos la introducción del testamento meramente mancomunado en Cataluña, realmente con eso muchas veces no estamos profundizando en la verdadera voluntad de los cónyuges: el matrimonio no sólo no le parece extraño que se documente su última voluntad en dos instrumentos, sino que no llega a entender, pero **se conforma**, que cada testamento, que es igual pero a la inversa, sea unilateralmente revocable. Es decir, uno espera que el otro no revoque su disposición y viceversa, «confía en el otro». **Quizá, vuelvo a repetir, en el fondo les gustaría una vinculación recíproca de sus disposiciones**, que podría conseguirse a través del heredamiento mutuo no preventivo, pero cuya fórmula no se utiliza, por regla general, en la práctica.

**Nos encontramos ya en el campo, no del testamento meramente mancomunado, sino de las disposiciones correspectivas, y en la espinosa cuestión de la irrevocabilidad de las mismas.** En este punto no voy a ser tan categórico como en el anterior, fundamentalmente por mi carácter de notario, que me pide y exige ser prudente.

Sólo apuntarles que la prohibición de los llamados «testamentos correspectivos» se fundamentaba bajo la vigencia de la Compilación/Código Civil en dos disposiciones de este último Cuerpo Legal: **el artículo 794**, que prohíbe las disposiciones captatorias, y **el artículo 737**, que declara esencialmente revocables las disposiciones testamentarias. **Ninguna de estas dos normas ha «pasado»**, entiendo que **significativamente, al Codi de Successions (76)**, que ni siquiera ha rescatado la prohibición de las disposiciones captatorias que se contenía en el artículo 267 del Proyecto (77).

Tras estas reflexiones les invito a ustedes a ser «imaginativamente imprudentes».

### 3. LA ADMISIÓN DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO

Los artículos 120 y 121 del Codi de Successions han venido a «importar», con variaciones de matiz, la regulación del Código Civil sobre el testamento ológrafo. Entiéndase que no se pretende decir que el Codi de Successions haya introducido en Cataluña el tipo ológrafo, sino que cuando se ha querido

---

(76) Con respecto a estos testamentos, nos decía BORRELL I SOLER, *Op. cit.*, pág. 52: «los testamentos recíprocos y correspectivos tendrían que respetarse en vida de los otorgantes; pero fallecido uno de ellos, si el otro resulta heredero del premuerto, queda libre de disponer de las dos herencias»

(77) Artículo 267 del Proyecto: «Son nulas las disposiciones de última voluntad captatorias No tendrán este carácter las instituciones de heredero y los legados dispuestos entre dos personas por mutuo afecto y sin forma de condición»

hacer una normativa autónoma, completa y global del derecho sucesorio catalán, **se ha retenido sin ningún miramiento el testamento ológrafo bajo pautas del derecho derivado del Código Civil**, con olvido (o, al menos, en mi opinión, no consideración) de la tradición jurídica catalana. Acudamos a los antecedentes:

A) *La regulación en la Compilación*

**El texto compilado reguló como especialidad del Derecho catalán el testamento *Parentum inter liberos***, verdadero testamento ológrafo que se diferenciaba del llamado ológrafo común, el regulado por el Código Civil, en que sólo podía ser otorgado por el padre o la madre a favor de sus hijos o descendientes, si bien se permitía que el cónyuge viudo fuese nombrado usufructuario (78).

La razón de ser recogida la institución por los compiladores fue, como es sabido, la de excepcionar este tipo testamentario del plazo de caducidad de cinco años a que estaba y está sometido el testamento ológrafo general. Se seguía así, en parte, lo dispuesto por el artículo 232 del Proyecto, y digo, en parte, porque precisamente el párrafo primero de dicha norma decía que: «*El testamento ológrafo se otorgará con arreglo a lo dispuesto en los artículos 688 al 693 del Código Civil*». Aunque a primera vista, esta supresión del párrafo primero del artículo 232 del Proyecto, pudiera llevarnos a la exclusión del testamento ológrafo común, lo cierto es que, por una parte, la amputación del texto compilado en el trámite parlamentario obedeció a razones de política legislativa, y por otra, **nadie puso en duda después de 1960 la validez de los testamentos ológrafos otorgados por catalanes o en Cataluña**.

B) *Los antecedentes legislativos*

Pero vayamos más atrás. El **Apéndice** reguló en tres artículos (79) el testamento *Parentum inter liberos* y dispuso que fuera de este tipo

«no será válido el testamento hecho en forma ológrafa».

(78) Y hasta heredero o heredera distribuidor (PUIG FERRIOL y ROCA I TRIAS, *Op. cit.*, pág. 526).

(79) El apéndice contenía además una especialidad relativa a la forma de revocación, que no pasó ni al Proyecto ni a la Compilación.

Artículo 252: «*El testamento inter liberos, o sea el que, prescindiendo de toda otra solemnidad externa, otorgue el ascendiente en favor de sus descendientes sin favorecer a ninguna otra persona que no sea el cónyuge para dejarle el usufructo, será válido mediante que el testador escriba de su propio puño la fecha del mismo, los nombres de los instituidos y las partes de herencia que señale a cada uno, expresándolas en letras y no en cifras o guarismos.*

Esta inadmisión del testamento ológrafo común o general no se encontraba en el texto de la Memoria de DURÁN I BAS (80), que era retenido en esta materia, y en líneas generales, por el Apéndice. Parece, pues, que **los redactores del Apéndice querían separarse de la doctrina emitida por la Audiencia de Barcelona y por la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1917**, que habían aplicado supletoriamente a Cataluña los artículos 688 y siguientes del Código Civil.

### C) *La posición de la doctrina*

**La posición de los comentaristas catalanes de principios del siglo xx se muestra muy crítica con las resoluciones judiciales en un doble sentido:** primero, consideran que en ningún modo es aplicable el testamento ológrafo derivado del Código Civil en Cataluña; y segundo, consideran que no es acertada la postura del Código Civil de generalizar la forma ológrafa (81).

---

*En este testamento no podrá desheredarse a los descendientes».*

Artículo 253: «*Si en el testamento de que habla el artículo anterior quiere el testador hacer algún otro legado a favor de su cónyuge o de otros parientes, o de extraños, deberá verificarlo concurriendo el mismo número de testigos que en los testamentos comunes y escribiendo el testador de su propia mano aquella disposición. El importe de estos legados no podrá exceder de una octava parte de la herencia».*

Artículo 254. «*El testamento de que tratan los dos artículos anteriores sólo podrá ser revocado por otro testamento perfecto en que se mencione el que se derogue. Aparte de los casos de los dos artículos anteriores, no será válido el testamento hecho en forma ológrafa».*

(80) No era exactamente igual la redacción de la Memoria.

Artículo CCL: «*El testamento que, prescindiendo de las solemnidades expresadas, otorgue el ascendiente en favor de sus descendientes sin favorecer a ninguna otra persona, será válido mediante que el testador escriba de su propio puño la fecha del mismo, los nombres de los instituidos y las partes de herencia que señale a cada uno, expresándolas en letras y no en cifras o guarismos.*

*En este testamento no puede desheredarse a los descendientes, ni nombrárseles tutor o curador».*

Artículo CCLI: «*Si en el testamento de que habla el artículo anterior, quiere el testador hacer algún legado a favor de su esposa, de otros parientes o de extraños, deberá verificarlo concurriendo el mismo número de testigos que en los testamentos comunes y escribiendo el testador de su propia mano aquella disposición».*

Artículo CCLII: «*El testamento de que tratan los dos artículos anteriores sólo puede ser revocado por otro testamento perfecto en que se mencione el que se deroga».*

(81) BORRELL I SOLER, *Op. cit.*, pág. 35, nos dice que no puede invocarse como supletorio el Código Civil, «porque siendo taxativas las formas testamentarias, aplicar otras no sería suplir, sino barrenar, el sistema de la legislación», pero acaba reconociendo la fuerza de la doctrina judicial. PELLA Y FORGAS, *Op. cit.*, págs. 129 a 131, critica igualmente la institución, señalando que el «testamento ológrafo catalán» es el *Parentum interliberos*, regulado en el Derecho Justiniano, por lo que el ológrafo común no es, como pretende la Audiencia de Barcelona, una institución nueva, que pueda aplicarse en Cataluña supletoriamente. Por su parte, CORBELLA, *Op. cit.*, pág. 744, también que no

Se trata, pues, de una crítica que no se limita a la defensa histórica de una institución jurídica sino a la viabilidad de una institución que se pretende introducir como nueva.

Sirvan de ejemplo las palabras de PELLA Y FORGAS, en 1918:

«La tendencia moderna es contraria a este testamento, y una reciente circular de la Dirección General de los Registros autorizando para hacer constar en acta notarial e inscribirse en el Registro de últimas voluntades la existencia del testamento ológrafo, es el primer paso dado en España para prevenir los escándalos que se han visto en estos últimos años sobre esa manera de testar».

O las no menos significativas de BORRELL I SOLER:

«el testamento ológrafo, a cambio de dar facilidades y reserva para testar, ofrece peligros de impremeditación, de falsificación, de ineptitud del testador, de ocultación y de destrucción del testamento»,

y sigue:

«el Derecho romano conocía el testamento ológrafo, puesto que lo permitió en un caso dado: si no lo extendió a otros casos es porque no creyó conveniente extenderlo más»

D. **El Codi de Successions**, sin embargo, ha ratificado en este punto la equiparación del Derecho catalán con el derivado del Código Civil, suprimiendo de raíz el testamento *Parentum inter liberos*.

#### 4. LA INADMISIÓN DEL TESTAMENTO ANTE TESTIGOS, LA SUPRESIÓN DEL TESTAMENTO SACRAMENTAL Y LA PERVIVENCIA DEL TESTAMENTO ANTE RECTOR

El Codi de Successions ha venido a establecer una trilogía tipológica testamentaria. Así el artículo 105 nos dice que las formas testamentarias son: la notarial (que admite una forma abierta y otra cerrada), la rectoral (que sólo admite la forma abierta) y la ológrafa, de la que hemos podido ocuparnos anteriormente.

##### A) *La pervivencia del testamento ante el rector y la supresión del testamento sacramental*

En los trabajos preparatorios del Codi se planteó la supresión o no del **testamento ante rector**, no conocido en el derecho derivado del Código

---

puede aplicarse el testamento ológrafo en Cataluña por la aplicación supletoria del Derecho romano, que sólo lo admitía para los padres y los militares.

Civil, aunque sí en otros ordenamientos jurídico-civiles del Estado español. Los redactores consideraron que no era conveniente suprimir esta forma testamentaria en atención al hecho de que era una institución de larga tradición aún utilizada en determinadas comarcas de Lleida y de Tarragona (añadiendo la Exposición de Motivos que entre los años 1972 a 1986 se habían otorgado 3.821 testamentos). Peor suerte corrió el **testamento sacramental**, que resulta suprimido por ser considerado como una forma testamentaria obsoleta.

## B) *La prohibición del testamento ante testigos*

Por otra parte, el Codi de Successions después de indicarnos cuáles son los tipos testamentarios, contiene una prohibición, que procede del texto compilado, y que diferenciaba (y diferencia) sustancialmente el ordenamiento catalán del derivado del Código Civil. **Se trata de la prohibición de que puedan otorgarse en Cataluña testamentos ante testigos:**

*«no son vàlids els testaments atorgats a Catalunya exclusivament davant de testimonis».*

En principio, la prohibición del artículo 105 evitaría la entrada en Cataluña de los testamentos abiertos excepcionales que el Código Civil permite, en atención a las circunstancias concurrentes, que sean otorgados sólo ante testigos, es decir, fundamentalmente el testamento en peligro inminente de muerte (art. 700 CC) y en tiempo de epidemia (art. 701 CC), y ya en menor medida, las formas extraordinarias de los testamentos militar (art. 720 CC) y marítimo (art. 731).

También en este punto, la dialéctica, por una parte, Código Civil/Código de Sucesiones (o si lo prefieren Derecho castellano/catalán) y, por otra, defensa/modernización de las instituciones, ha provocado, a mi manera de entender, consecuencias perversas. Veamos:

- a) Un sector de la doctrina, representado por la profesora ROCA I TRIAS, ha venido a interpretar el artículo 105 del Codi de Successions bajo **un criterio estrictamente territorial**, por virtud del cual no será posible el otorgamiento del testamento ante testigos en Cataluña, sea cual sea la vecindad civil del testador (82). No parece que esta posición pueda mínimamente mantenerse a la vista de los artículos 16.1 en relación con el artículo 11.1 del Código Civil, que marcan el ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles coexistentes

---

(82) ROCA I TRIAS, *Op cit.*, pág. 134. Ver comentario a esta posición en GARRIDO MELERO, *Introducción*, pág. 91.

en el territorio nacional, y que, por lo tanto, tienen una aplicación general en todo el Estado español. Pero, además, el mantenimiento de un criterio estrictamente territorial sería contrario al principio básico en Derecho Internacional e Interlocal del «favor testamenti». **A mi entender, por lo tanto, la norma está dirigida, como no podía ser menos, a las personas que tienen vecindad civil catalana.**

b) Ahora bien, el artículo 105 III del Codi tiene una interpretación contrapuesta a la sostenida en la doctrina por la profesora ROCA I TRIAS. A saber: **si será posible el otorgamiento por personas con vecindad civil catalana fuera de Cataluña de testamentos ante testigos (si así se admite en el lugar del otorgamiento).** Curiosamente este último criterio, que puede parecer a algún sector de la doctrina contrario a lo dispuesto por el Codi, no está en absoluto en contradicción con la más pura tradición jurídica catalana:

- **El Privilegio concedido por Ludovico Pío a la iglesia de los Santos Justo y Pastor de Barcelona**, extendido posteriormente a Gerona y Tortosa, que dio lugar al testamento sacramental, no se diferencia sustancialmente del testamento ante testigos.
- **El propio testamento ante testigos, aunque no vinculado a que el testador se encuentre en peligro de muerte, fue admitido expresamente por el artículo 235 del Proyecto (83) para los sujetos a derecho tortosí**, precepto que no pasó a la Compilación, casi con seguridad porque se pensaría que la finalidad que cumplía esta forma testamentaria podía perfectamente suplirse con el artículo 700 del Código Civil.
- Y, finalmente, **el testamento ante rector, que no exige que el testador esté enfermo ni que sea feligrés del autorizante, sin embargo, viene a cumplir muchas veces la finalidad de los testamentos otorgados en peligro de muerte ante testigos (sustituir al notario en caso de necesidad)**. El Codi, además, ha venido a situar al testamento rectoral en una posición de inferioridad al autorizado por notario: éste no exige, por regla general, la presencia de testigos; aquél exige siem-

---

(83) Artículo 235. Proyecto de 1955: *«Las personas con vecindad local en poblaciones sujetas al Derecho civil especial de Tortosa en las que no haya Notaría demarcada, o en que de haberla se halle el notario ausente o imposibilitado para actuar, aunque sea por medio de incompatibilidad, podrán otorgar testamento abierto, con tal que con intención de testar manifiesten su última voluntad, de palabra o por escrito, ante dos testigos idóneos, rogados, que conozcan al testador y aprecien su capacidad.»*

*Para la eficacia de este testamento se requerirá que dentro de los seis meses siguientes del día de la muerte del testador, los expresados testigos adveren la última voluntad por éste manifestada, previo juramento ante el Juez de Primera Instancia, procediéndose en lo demás de acuerdo con lo establecido en el artículo anterior»*

pre la presencia de dos testigos idóneos, que deberán firmar junto con el párroco.

C. Dejo a su consideración la valoración de todas estas reflexiones y en especial la de si **no hubiera sido oportuno sustituir el testamento sacramental, que en cuanto a la forma podía ser obsoleta pero no en cuanto al fondo, y el rectoral, que se diga lo que se diga, no deja de ser obsoleto** (84), **por un verdadero testamento ante testigos**, siguiendo si se quiere los antecedentes del derecho especial de Tortosa, reduciendo la forma a los casos de necesidad en que no pudiera testarse en otra forma ordinaria y exigiéndose a posteriori las solemnidades suficientes que garantizasen su autenticidad.

Para terminar este apartado de los tipos testamentarios y con objeto de que no se me tache de ser excesivamente crítico con la reforma efectuada en el Derecho sucesorio catalán, me voy a referir a las modificaciones introducidas en

## 5. EL TESTAMENTO CERRADO

### A) *Las reformas del Codi*

**El Codi de Successions se ha separado sustancialmente del Derecho derivado del Código Civil** en los aspectos relativos a la conservación y apertura del testamento cerrado.

Con respecto a la conservación, el artículo 113 CS nos establece que el notario autorizante protocolizará el sobre cerrado que contiene el testamento y que le entrega el testador, incorporándolo al acta, todo ello de conformidad con lo que dispone la legislación notarial y con indicación de la hora del otorgamiento. No se permite, por lo tanto, como ocurre en el Código Civil, que el testador pueda llevarse el testamento cerrado, con todos los riesgos que ello puede suponer.

Y, con respecto a la apertura, el artículo 114 CS nos dice que acreditada la muerte del testador, a instancia de parte interesada, se procederá por el notario a abrir el sobre que contiene el testamento ante dos testigos idóneos, y acto a continuación, a protocolizar dicho testamento en el acta que a tal fin ha de realizarse. No se sigue, por lo tanto, como ocurre en el Código Civil,

---

(84) Se ha cuestionado, además, si se podría tratar de un privilegio por razón de religión o iglesia, y en consecuencia inconstitucional. El Consejo Consultivo de la Generalitat consideró que no era así, sino que se trataba de un servicio público prestado por la Iglesia católica.

el criterio de remisión a lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino que se sustituye, con gran acierto, la intervención judicial por la notarial.

## B) *Los antecedentes legislativos*

Esta importante modificación del Derecho catalán frente al derivado del Código Civil es un ejemplo de «recuperación» de instituciones autóctonas, al servicio de la modernidad.

Por una parte, la apertura notarial del testamento cerrado la encontramos regulada expresamente en el artículo 228 del Proyecto (85).

Por otra, la conservación del testamento exclusivamente por el notario autorizante del acta parecía ser una consecuencia de lo que se señalaba sobre la revocación del testamento cerrado en el Apéndice, en las Memorias (86) («*para la revocación del testamento cerrado bastará que el testador lo retire de poder del notario*»), y con más detalle en el propio Proyecto (87). Esta posibilidad de que el testador retire el testamento cerrado del poder del notario no ha sido contemplada expresamente por el Codi.

---

(85) Artículo 228 Proyecto: « . *Acreditado el fallecimiento del testador, el notario, en cuyo poder obre un testamento cerrado, procederá a su apertura ante dos testigos y a su protocolización*» El Proyecto, sin embargo, no obligaba al notario a incorporar el testamento cerrado al protocolo.

(86) Artículo CCXLIX de las Memorias: «*Para la validez de los testamentos cerrados deberán observarse las solemnidades siguientes.*

1.<sup>a</sup> Que lo haya firmado el testador, esté o no escrito por él mismo

2.<sup>a</sup> Que el notario extienda sobre la carpeta el auto de entrega, y lo suscriba junto con el testador y dos testigos ante quienes aquél diga que el pliego contiene su última voluntad. Cuando el testador no sepa o no pueda firmar, deberá hacerlo un tercero expresando por diligencia el notario que aquél lo verifica en nombre y a ruego del testador.

*Para la revocación del testamento cerrado bastará que el testador lo retire de poder del notario, haciéndolo constar en acta que se extienda en la forma expresada en el párrafo que precede»*

Artículo 248 del Proyecto: « . *Para la validez de los testamentos cerrados deben observarse las solemnidades siguientes:*

1.<sup>a</sup> Que lo haya firmado el testador, esté o no escrito por él mismo.

2.<sup>a</sup> Que el notario extienda sobre la carpeta el acta de entrega y la suscriba junto con el testador y dos testigos ante quienes aquél diga que el pliego contiene su última voluntad. **Al mismo tiempo el notario debe hacer constar la entrega en acta que extienda en su protocolo, expresando retener en su poder el testamento.**

*Para la revocación del testamento cerrado bastará que el testador lo retire del poder del notario, haciéndolo éste constar en acta que se extienda en la forma expresada en el párrafo que precede»*

(87) Artículo 475 del Proyecto: «*El testamento cerrado notarial quedará revocado de pleno derecho cuando el testador lo retire del poder del notario que lo custodie, el cual lo consignará en acta, con expresión de su fecha y hora, sin perjuicio de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 468 El testamento cerrado no autorizado por notario del Colegio de Barcelona, se presumirá revocado en los casos previstos en el artículo 742 del Código Civil*»

### C) *Una explicación histórica*

**¿En qué momento se produjo la pérdida de la institución ahora felizmente recuperada?** La apertura y publicación extrajudicial de los testamentos cerrados en Cataluña era una práctica habitual hasta la primera mitad del siglo XIX. Con la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil se produjeron ciertas dudas acerca de su aplicabilidad o no en esta materia. **El Colegio de Notarios de Gerona planteó consulta ante el Ministerio de Gracia y Justicia que resolvió a favor de la Ley de Enjuiciamiento Civil mediante Real Orden de 17 de diciembre de 1856**, la cual fue objeto de profundas críticas por la doctrina catalana, aún en pleno siglo XX (88).

Inclusive el notario de Reus, ARTURO CORBELLÁ, nos pone de manifiesto el hecho de que en Cataluña fue desconocida la práctica, habitual en otros territorios, de recoger el testador su testamento cerrado, una vez otorgado ante notario, para entregarlo o depositarlo en manos de otra persona de su confianza.

Podemos ver en este caso un ejemplo clarísimo de instituciones históricas puestas al servicio de la modernidad. Ahora bien, estoy seguro que en este momento cualquier lector estará pensando en algo que resulta obvio en la práctica notarial actual: la casi desaparición del testamento cerrado que sólo es utilizado en casos muy excepcionales.

### D) *Una propuesta de futuro*

Me permito llamarles la atención sobre el importante riesgo de responsabilidad civil que supone para la Corporación notarial y para el notario autorizante el otorgamiento de testamentos abiertos, la indudable dificultad de muchos de ellos, y el escaso importe retributivo de los mismos (sólo explicable por razones derivadas de que la función notarial es un servicio público delegado del Estado). La sustracción de la apertura del testamento cerrado a la intervención judicial permite, como hemos dicho, que en Cataluña todo el «iter» testamentario se lleve extrajudicialmente. No es utópico, y si reflexionan muy aconsejable, a mi modo de ver, la transformación de la práctica de autorizar testamentos abiertos por la de «aconsejar» tipos cerrados, por supuesto, a ser posible, siendo redactados estos últimos por el notario, en su

---

(88) BROCA Y AMELL, *Op cit.*, págs. 304 y 305, y BORRELL I SOLER, *Op cit.*, pág. 32, se muestran totalmente críticos a esta aplicación, llegando a decir el primero que la práctica que se pretende imponer es «exótica y costosa, que pone en peligro la posibilidad de abrir un testamento si no pueden adverbarse las firmas de los testigos, y que merma el prestigio de los notarios». Por el contrario, PELLA Y FORGAS, *Op. cit.*, págs. 135 a 137, no menciona la cuestión.

calidad de profesional del Derecho. La utilización preferente de esta fórmula supondría un espectacular cambio cualitativo del Notariado catalán frente a los otros notarios del Estado español, cambio que se justificaría en la tradición jurídica catalana.

#### IV. FINAL

Las reglas comúnmente admitidas para cualquier exposición requieren que, después de la introducción y del desarrollo del tema, se ponga punto final con unas conclusiones. En este caso, sin embargo, la conferencia se dio por terminada o, si quieren, por «interrumpida», sin previo aviso, al acabar el último punto, a la manera de una novela barrojana. Esta postura no estaba exenta de una justificación: se quería que fueran los concurrentes los que con su discurso «creativo» continuasen la exposición. Y así fue.

También ahora quiero eximirme de esta obligación. Sólo una última consideración: El Código de Sucesiones de Cataluña supone, con todos las críticas que podamos realizar, una aportación jurídica de extraordinario valor. Corresponde, principalmente, a la Institución notarial, con su trabajo anónimo y constante, el perfeccionamiento y desarrollo del mismo, sin pérdida de la tradición jurídica catalana, pero sin ningún miedo a la búsqueda de soluciones que sirvan para conformar la sociedad del futuro.

MARTÍN GARRIDO MELERO  
Notario de Tarragona

# Derecho y ciencia

*SUMARIO.* I. INTRODUCCION: 1. PLANTEAMIENTO. 2. OBJETIVOS.—II. EL CONCEPTO DE CIENCIA JURIDICA: 1. CONCEPCIÓN ESTRICTA. 2. CONCEPCIÓN AMPLIA. 3. CONCEPCIÓN SINCRÉTICA.—III. LA NEGACION DEL CARACTER CIENTIFICO DE LA JURISPRUDENCIA: 1. NEGACIÓN DESDE LAS PROPIAS FILAS: JULIUS VON KIRCHMANN. 2. NEGACIÓN DESDE LAS CIENCIAS TRADICIONALES. 3. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN.—IV. EL TRASFONDO EMOCIONAL DEL DEBATE: 1. LAS RELACIONES ENTRE DERECHO Y PODER. 2. LAS RELACIONES ENTRE CIENCIA Y PODER. 3. HACIA UNA VALORACIÓN CRÍTICA DE LA CIENCIA. 4. LA RACIONALIDAD DEL DISCURSO JURÍDICO.—V. LOS CRITERIOS DE DEMARCACION: 1. KARL R. POPPER: «LO CIENTÍFICO» COMO CONVENCION. 2. THOMAS S. KUHN: DEMARCACIÓN Y «PARADIGMA». 3. NEWTON-SMITH Y HAROLD BROWN: LA RELATIVIZACIÓN DEL CONCEPTO. 4. LARRY LAUDAN: EL MODELO PRAGMÁTICO. «TÓPICA» Y JURISPRUDENCIA DE PROBLEMAS. 5. PAUL FEYERABEND: EL ANARQUISMO EPISTEMOLÓGICO.—VI. LA APORTACION DE LA «TEORIA CRITICA»: CONSIDERACIONES GENERALES: 1. CRÍTICA DE LA «TEORÍA TRADICIONAL». 2. CRÍTICA DE LA «RAZÓN INSTRUMENTAL».—VII. LA «TEORIA CRITICA» EN JÜRGEN HABERMAS: 1. CONOCIMIENTO E INTERÉS. 2. HERMENÉUTICA. 3. CONSENSO Y LEGITIMACIÓN. 4. «SISTEMA» Y «MUNDO DE LA VIDA».—VIII. DERECHO Y SOCIEDAD POSTMODERNA

## I. INTRODUCCION

### 1. PLANTEAMIENTO

El presente estudio retoma la cuestión del estatuto científico de la jurisprudencia. Es decir, el controvertido tema de si el saber jurídico puede o no ser considerado como ciencia.

Dos razones aconsejan reabrir el debate: la importancia que se concede al estatuto científico en las sociedades tecnológicas de nuestros días y los novedosos enfoques que las nuevas corrientes de la filosofía de la ciencia han introducido en torno al «problema de demarcación»

## 2. OBJETIVOS

- a) Contribuir a liberar al jurista de la sensación de inseguridad que le produce el rechazo de la comunidad científica.
- b) Intentar probar que «científicamente» no puede negarse a la jurisprudencia estatuto científico.
- c) Defender la posibilidad de un debate racional acerca de los valores jurídicos y las proposiciones normativas.
- d) Contribuir a la superación del positivismo jurídico sosteniendo la racionalidad de una ciencia del derecho orientada a la valoración crítica del «derecho dado» y a la creación de un sistema normativo «correcto».

## II. EL CONCEPTO DE CIENCIA JURIDICA

La ciencia jurídica, jurisprudencia o ciencia del derecho puede ser concebida desde una doble perspectiva: amplia o estricta.

1) En sentido estricto, la ciencia del derecho enlaza con la dogmática jurídica, preocupada esencialmente por lograr una descripción objetiva y neutra del ordenamiento jurídico. Como señala PECES BARBA (1), «la dogmática jurídica, como ciencia del derecho que arranca con SAVIGNY, que se perfecciona con la pandectística y con IHERING, y que alcanzará su máximo nivel teórico con KELSEN, se sitúa en el marco del normativismo positivista...»

Y, en efecto, KELSEN (2), partiendo de la distinción entre teoría estática y dinámica del derecho, norma y enunciado, ciencia causal y ciencia normativa, entiende la ciencia del derecho como una ciencia normativa limitada «al conocimiento y descripción de normas jurídicas y de la relaciones que ellas constituyen entre los hechos por ellas determinados». «Sólo en la medida —nos dice— en que el derecho es un orden normativo del comportamiento recíproco de los seres humanos puede diferenciarse como fenómeno social de la naturaleza y puede diferenciarse la ciencia del derecho como una ciencia social de la ciencia natural».

En la misma dirección, RADBRUCH (3) concibe la ciencia jurídica desde una perspectiva sistemática y dogmática, como «ciencia que se ocupa del sentido objetivo de una ordenación jurídica positiva». Es la ciencia del dere-

---

(1) PECES BARBA, G., *Introducción a la filosofía del derecho*, Ed. Debate, Madrid, 1983, pág. 170.

(2) Cfr KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1982, págs. 82-90.

(3) Cfr. RADBRUCH, C., *Filosofía del derecho*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, págs 145-147.

cho vigente, no del justo derecho, que trata de normas jurídicas y no de hechos, que estudia el significado objetivo y no subjetivo de las normas, y cuya tarea se agota en las fases de interpretación, construcción y sistematización.

También BOBBIO (4) se adhiere a la tradición cultural del positivismo lógico y considera como objeto de la jurisprudencia únicamente el estudio del contenido de la regla, del supuesto de hecho jurídico. No hay jurisprudencia fuera de la regla y de lo regulable. BOBBIO considera incauta, compleja y poco clara la imagen del jurista que se sitúa más allá de las reglas y atiende a su origen social y a su fundamentación ideal para establecer un juicio valorativo en relación con los ideales de justicia. La jurisprudencia no es una ciencia empírica ni una ciencia formal, sino una ciencia crítica que se ocupa de proposiciones normativas dadas y cuya tarea esencial es realizar un análisis del lenguaje jurídico. No hay ciencia del derecho fuera de la labor del jurista intérprete, que en cuanto tal efectúa un análisis lingüístico del que deriva la construcción de un lenguaje depurado y riguroso. Labor que se articularía en tres fases: purificación, integración y ordenación del lenguaje jurídico.

Igualmente, ELÍAS DÍAZ (5) adopta una posición estricta al distinguir nítidamente la ciencia jurídica de la sociología o la filosofía del derecho. La jurisprudencia se ocupa del derecho válido, de la legitimidad legalizada, y se centra en la investigación, análisis, construcción y realización del derecho positivo.

Su núcleo primario estaría constituido por la dogmática jurídica, entendida como investigación y reconstrucción del sistema normativo. Y a partir de este nivel inicial se elevaría hasta la elaboración de una teoría general del derecho, es decir, la formación de un cuerpo de elementos, conceptos y estructuras comunes a los diferentes sectores de un ordenamiento jurídico y a los diferentes sistemas normativos de las distintas áreas culturales.

2) Por el contrario, y desde una perspectiva amplia, la ciencia jurídica va más allá del modelo dogmático y conceptual.

Así, para LEGAZ (6), la ciencia jurídica no se agota en la lógica del derecho y los conceptos fundamentales. Es algo más que la interpretación, construcción y sistema. Debe responder también «a la finalidad práctica de contribuir al imperio de la justicia», recuperando para el jurista la función creadora de un derecho justo. No se trata sólo de describir y sistematizar el ordenamiento positivo, sino también de valorarlo, reformarlo e incluso crearlo.

---

(4) Cfr. BOBBIO, N., *Contribución a la teoría del derecho*, Fernando Torres (editor), Valencia, 1980, págs. 182-196.

(5) Cfr. ELÍAS DÍAZ, *Sociología y filosofía del derecho*, Taurus Ediciones, Madrid, 1974, págs. 63-83

(6) Cfr. LEGAZ LACAMBRA, L., *Filosofía del derecho*, Ed. Bosch, Barcelona, 1979, págs. 86-94.

Para NINO (7), la actividad intelectual y teórica del jurista no sólo ha de ocuparse de la descripción y sistematización del material normativo, sino que debe comprometerse asimismo en la reformulación del orden jurídico y en proveer a los Jueces de un esquema completo, coherente y preciso que posibilite soluciones axiológicamente satisfactorias. Lo que implica —y así se reconoce— que la teoría jurídica debe usar «un discurso moral especializado».

En la posición de PECES BARBA (8) el tratamiento científico del derecho no implica sólo una tarea de ordenación y racionalización de los conjuntos normativos, sino que debe abarcar también el análisis lingüístico, el estudio del poder como fundamento último de la validez del ordenamiento y el conocimiento de la realidad social en cuanto contenido material del derecho.

En esta dirección amplia se debe incluir igualmente a DWORKIN (9), el cual niega que exista una distinción tajante entre derecho y moral y señala la íntima conexión entre el razonamiento moral y el razonamiento jurídico. El material jurídico no sólo está integrado por normas, sino también por directrices ligadas a la consecución de determinados objetivos sociales y por principios referidos a criterios de equidad y justicia.

El objetivo de la teoría jurídica es reducir la incerteza del derecho, y por ello, al lado de un componente dogmático ligado a la descripción, análisis y sistematización del ordenamiento, debe contener también un componente prescriptivo que auxilia al Juzgador en la resolución de los casos difíciles, fundamentando y orientando la búsqueda de una solución correcta. Porque en definitiva, DWORKIN afirma la existencia de unos derechos individuales inviolables, cuya prioridad y preeminencia debe ser garantizada por todo sistema jurídico.

3) Las dos posiciones, amplia y estricta, que se vienen manejando en torno al concepto de ciencia jurídica se nos aparecen en principio claramente diferenciadas. Pero esta diferenciación no puede considerarse radical. Es cierto que la noción estricta de la jurisprudencia conecta con la dogmática jurídica. Pero como señala LARENZ (10), la dogmática no es neutral a la valoración ni puede reducirse a un pensamiento conceptual clasificatorio. La dogmática realiza una función de mediación estable entre los valores y principios fundamentales y socialmente aceptados y el sistema normativo vigente; y media también entre el complejo normativo legislado y su aplicación concreta a las diversas y cambiantes situaciones.

---

(7) Cfr. NINO, CARLOS SANTIAGO, *Introducción al análisis del derecho*, Ed Ariel, Barcelona, 1982, págs. 342-347

(8) Cfr. PECES BARBA, G., *op. cit.*, págs. 178-180.

(9) Cfr. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1984. Con un clarificador ensayo preliminar de CALSAMIGLIA.

(10) Cfr. LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1980, págs. 215-226.

La dogmática jurídica está también, en efecto, orientada a valores: la ambigüedad de las normas, los conflictos entre reglas, la existencia de lagunas y antinomias obligan a reflexiones metajurídicas. Los principios generales —como fuente del derecho— remiten a criterios universales de justicia, y el mismo ordenamiento positivo exige atender al espíritu de las normas y la realidad social.

Por otra parte, la tarea de construcción y sistematización se apoya en un aparato conceptual dependiente del entorno socio-histórico. La interpretación debe enfrentarse con el texto a través de pre-juicios o pre-comprensiones suministrados por la tradición cultural; y debe también tener en cuenta los casos concretos, porque la aplicación del derecho es un momento integrante de la comprensión. Como recuerda acertadamente DIEZ-PICAZO (11), la atribución de significado al texto legal o al signo normativo y la reconstrucción de la norma deben hacerse desde los postulados y las circunstancias vigentes en el mundo en el que el intérprete se mueve.

En esta dirección me parecen especialmente fecundas y sugerentes las conclusiones aportadas por CALSAMIGLIA (12), que sistematizo muy esquemáticamente a continuación:

- a) La dogmática no es una actividad irracional o arbitraria.
- b) La dogmática jurídica participa de un carácter híbrido, mezcla de ciencia y tecnología.
- c) A la comunidad dogmática le es posible usar del argumento moral, adecuar el derecho a las necesidades sociales, defender posiciones valorativas e ideológicas al amparo de la ambigüedad de las reglas y ejercer un control crítico sobre la actividad judicial.
- d) Las principales reglas de la dogmática a través de las cuales se salvaguardan valores sociales relevantes como la seguridad, la igualdad o la eficacia son la sujeción a la ley, la justicia del caso y la sistematicidad del derecho.
- e) Los conflictos entre reglas de juego suponen conflictos entre valores y ello obliga a la dogmática a abrirse a reflexiones metajurídicas.
- f) Las reglas de la dogmática admiten la introducción de factores extra-jurídicos, lo que permite adecuarse a un proceso evolutivo que trasciende de las limitaciones legalistas.
- g) Y, en fin, la dogmática jurídica cumple un papel relevante en la transmisión y aprendizaje del conocimiento jurídico, ejerce una función prescriptiva en cuanto proporciona criterios para interpretar y

---

(11) DIEZ-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1973, págs. 247-248.

(12) Cfr. CALSAMIGLIA, A., *Introducción a la ciencia jurídica*, Ed. Ariel, Madrid, 1986, págs. 86-87, 118-119, 144-146.

modificar el derecho y posee un importante poder de mediación entre el derecho legislado y el derecho aplicado.

Por otra parte, como señala HERNÁNDEZ GIL (13), es cierto que la ciencia jurídica vive un período de revisión y crítica que ha abierto nuevas vías metodológicas y novedosos enfoques teóricos. Pero por encima de las diversas aportaciones teóricas y de la revisión funcional de la dogmática jurídica permanece vigente la tensión esencial entre esas dos concepciones de la jurisprudencia —amplia y estricta— que hemos venido describiendo.

La visión dogmática tiende a una actitud reduccionista y pretendidamente neutral con el objetivo, más o menos explícito, de conseguir el reconocimiento de su estatuto científico. La visión valorativa suele implicar un compromiso ético, una vocación por la «ingeniería social» e incluso una preocupación corporativa por situar al jurista en una posición de protagonismo frente a los procesos de control y de cambio social (14).

### III. LA NEGACION DEL CARACTER CIENTIFICO DE LA JURISPRUDENCIA

Desde los tiempos más remotos la casta de los juristas ha soportado la incompreensión, el rechazo y la animadversión de la comunidad social. El razonamiento, el discurso, los comentarios y las exégesis jurídicas han sido caricaturizados y considerados en todas las épocas como un juego estéril de sofismas, un cúmulo de erudición vacía, un ejercicio de retorcimiento dialéctico. En una lectura socio-histórica de las fuentes literarias y los refraneros populares, juristas y curiales aparecen como codiciosos personajes antiheroicos, tópico predilecto de los escritores satíricos y agentes parasitarios de la opresión política, social y económica (15).

Pero es en 1847, en tiempos de exaltación de la ciencia y el progreso científico, cuando se asesta a la jurisprudencia, y desde sus propias filas, el ataque más emblemático y virulento y cuyos ecos perturban todavía la parafernalia de nuestros ritos académicos.

Me refiero, claro está, a la célebre conferencia pronunciada en Berlín por el Fiscal prusiano JULIUS VON KIRCHMANN bajo el título «La falta de valor de

---

(13) Cfr. HERNÁNDEZ GIL, A., *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*, Cuadernos Cívitas, Editorial Cívitas, Madrid, 1981, págs. 102-103.

(14) Al respecto véase BOBBIO, N., *op. cit.*, pág. 185.

(15) Como ejemplo muy representativo, ya en el siglo VI, véase el *Dezir que fue hecho sobre la justicia...*, de GONZALO MARTÍNEZ DE MEDINA. Y en esta dirección es sugerente la consulta de la *Historia social de la literatura española* de BLANCO AGUINAGA, RODRÍGUEZ PUÉRTOLAS y ZABALA, Ed. Castalia, Madrid, 1987.

la jurisprudencia como ciencia» (16). Como indica TRUYOL en el escrito preliminar de su traducción española, VON KIRCHMANN, desde la tradición aristotélica del saber y desde un modelo fiscalista de la ciencia, ataca no tanto la actividad de los juristas cuanto el objeto mismo de la jurisprudencia; es decir, el Derecho, sumido entonces en un conceptualismo y un tradicionalismo retardatarios.

Por su valor simbólico y testimonial merece la pena detenerse a considerar las líneas argumentales de VON KIRCHMANN, que podemos sintetizar del modo siguiente (17):

- *Mutabilidad*: La petrificación de los conceptos jurídicos choca con la realidad cambiante de las legislaciones y convierte a aquellos en formas categoriales muertas que se oponen al progreso científico.
- *Subjetividad*: El Derecho está transido de pasión, emociones y sentimientos necesariamente partidistas. En el mundo jurídico no cabe la objetividad neutral del científico porque «el sentimiento no es nunca, ni en ninguna parte, criterio de verdad».
- *Positividad*: En las ciencias la falsedad de una ley no afecta a su objeto. En el Derecho las leyes positivas erróneas se imponen sobre las prescripciones del derecho natural. Los saberes falsos y deficientes acaban por sobreponerse al propio ser a través de la fuerza y la sanción. La ley positiva es rígida y abstracta, está llena de contenidos falsos, aparece formulada con múltiples deficiencias y es muchas veces arbitraria y sumisa «a la pasión de déspota».
- *Contingencia*: La ley positiva convierte a la ciencia «en sierva del azar, del error, de la pasión, de la sinrazón». El objeto de la jurisprudencia no es lo eterno, lo absoluto, lo permanente y lo necesario, sino lo casual y lo contingente. Y en cuanto la ciencia hace de lo contingente su objeto, ella misma se vuelve contingencia.
- *Arbitrariedad*: La rigidez y la abstracción de la ley positiva es incompatible con la plural riqueza de lo individual, de lo concreto, de lo realmente acaecido. El material normativo se diluye así en un mar de dudas y lagunas que conducen a resultados y soluciones arbitrarias.
- *Profesionalización corporativa*: La jurisprudencia rompe la íntima conexión que puede existir entre Derecho y pueblo, convirtiendo al Derecho en patrimonio de una casta profesionalizada que a través del

---

(16) *La jurisprudencia no es ciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983. Traducción y escrito preliminar de ANTONIO TRUYOL SERRA.

(17) Interesantes valoraciones de la posición de VON KIRCHMANN pueden encontrarse en: CALSAMIGLIA, A., *op. cit.*, págs. 52 y sigs.; LATORRE, A., *Introducción al derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1974, 6.ª edición, págs. 114 y sigs.; LEGAZ LACAMBRA, L., *op. cit.*, págs. 219 y sigs.

sofisma y el conceptualismo lo convierte en un Derecho muerto. La aplicación del Derecho se transforma así en una operación artificial de dialéctica esotérica y especulativa.

- *Anquilosamiento*: La ciencia jurídica es incapaz de dar respuesta a las nuevas necesidades surgidas de los procesos de cambio social. Y estas nuevas necesidades y demandas, huérfanas de una solución científica, quedan sometidas a la pasión y los errores partidistas.

El ataque de VON KIRCHMANN es un ataque surgido de entre las propias filas. Y es un ataque que los juristas suelen esquivar señalando que la posición argumental del fiscal prusiano se acoge a un concepto de ciencia ligado al empirismo primario y, por tanto, hoy absolutamente desfasado y obsoleto (18).

Pero es obvio que la negativa más contundente y pertinaz a conceder estatuto científico a la jurisprudencia procede, desde luego, de las ciencias que pudiéramos llamar clásicas o consolidadas y de las comunidades científicas arraigadas.

Para ellas la ciencia, la auténtica ciencia, implica principios explicativos organizados sistemáticamente y controlados a través de procesos de verificación. El conocimiento, si quiere ser científico, ha de ser capaz de ofrecer una explicación sistemática de los hechos, discernir las condiciones y las consecuencias de los sucesos y explicitar las relaciones lógicas entre las proposiciones. La verdadera ciencia es aquella cuyas hipótesis y enunciados pueden ser sometidos a datos observacionales que en cuanto susceptibles de una evaluación crítica y objetiva puedan servirle de prueba y contrastación.

Como señala CALSAMIGLIA (19), desde una concepción racionalista y positivista de la ciencia es muy difícil sostener la científicidad de la jurisprudencia, que debe superar además dos objeciones fundamentales: la falta de efectividad práctica y la carencia de rigor metodológico. Y en la misma línea, PUIGPELAT (20) reconoce la incapacidad de la ciencia jurídica para cumplir los postulados clásicos del saber científico: Leyes explicativas que posibiliten la predicción y un método o procedimiento objetivo de contrastación por cuanto las proposiciones jurídicas no son controlables ni lógicamente ni empíricamente.

En suma, a la jurisprudencia se le niega el reconocimiento de estatuto científico por su incapacidad para suministrar leyes universales o generales, por su relativismo cultural e histórico, por su carencia de capacidad predic-

(18) Para un análisis del valor de las críticas de VON KIRCHMANN a la luz de una concepción actual de lo científico, véase BOBBIO, N., *op. cit.*, págs. 180-182.

(19) Véase CALSAMIGLIA, S., «Sobre la utilidad de las metodologías externas para la jurisprudencia», *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo III, Madrid, 1986.

(20) Véase PUIGPELAT MARTI, F., «Sobre la ciencia del derecho y el discurso racional», *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo III, Madrid, 1986.

tiva, por el subjetivismo de sus categorías descriptivas y explicativas ligadas al mundo de los valores, por la indisponibilidad de procedimientos empíricos evaluables y métodos de experimentación controlada (21).

En esta tesitura los juristas han adoptado diversas actitudes, que HERNÁNDEZ GIL (22) sintetiza del modo siguiente:

- a) Los insatisfechos o inconformistas, que tratan de superar el modelo de la dogmática siguiendo una orientación científicista. Incluye en esta corriente el período de revuelta antiformalista; los intentos de aplicar al estudio del Derecho el positivismo lógico, la logística y el análisis del lenguaje; la incardinación de la jurisprudencia entre las ciencias de la cultura, para las que se reclama un estatuto epistemológico autónomo; el sociologismo jurídico, o la visión tridimensional del Derecho como hecho, norma y valor.
- b) Los indiferentes que se aferran al continuismo metodológico, y los resignados que aceptan la no científicidad del Derecho, que reducen a una función resolutoria y práctica. Actitud en la que incluyen el realismo judicialista, la tópica y la teoría de la argumentación.
- c) Los que rechazan la exclusividad de la dogmática dando lugar a una pluralidad de saberes sectoriales, como el antiguo análisis sociológico o comparativo o los intentos más modernos de análisis estructural o tratamiento lógico y cibernético.

Generalizando, serían por tanto tres las principales posturas adoptadas frente al rechazo de la comunidad científica:

a) Concebir y construir la ciencia jurídica de tal modo que su contenido y función se ajuste a las exigencias y encaje en los esquemas de los saberes empíricos, positivos o formalizados. Pero esta actividad conduce a una situación forzada y artificial donde, como señala BOBBIO (23), se produce una duplicación del saber en la esfera de la experiencia jurídica en virtud de la cual una jurisprudencia que no es ciencia coexiste con «una ciencia que en sí misma no tiene ya nada que ver con la jurisprudencia y con la que los juristas generalmente no saben qué hacer».

b) Incardinar la ciencia jurídica dentro del campo más cómodo y menos exigente de las ciencias sociales o de las llamadas ciencias humanas, ciencias

---

(21) Muy recientemente en nuestro país, y desde la teoría del cierre categorial, se considera a la jurisprudencia como una «tecnología» o «praxiología» en ejercicio que se apoya en supuestas ciencias teóricas pero que por sí misma «no es ciencia en modo alguno». BUENO, G., *¿Qué es la ciencia?*, Pentalfa Ediciones, Oviedo, 1995, pág. 84

(22) HERNÁNDEZ GIL, A., *La ciencia jurídica tradicional y su transformación*, Ed. Cívitas, Madrid, 1981, págs. 87-93.

(23) Cfr. BOBBIO, N., *op. cit.*, págs 173-175.

de la cultura o ciencias del espíritu que tienen por objeto una realidad histórico-social, que tratan de comprender más que de dominar y que por razón de su especificidad han de disponer de una metodología y unos criterios de evaluación propios y distintos de los de las ciencias naturales. Actitud que contó, y pronto, con un inestimable aliado en WILHELM DILTHEY (24), para el que la jurisprudencia debe figurar entre las ciencias del espíritu por cuanto el Derecho se nos aparece como un complejo de fines donde se funden en unidad diferenciada los sistemas de cultura y la organización externa de la sociedad.

Ahora bien, esta posición defensiva presenta dos flancos débiles: De un lado, una eventual pérdida de autonomía de la ciencia jurídica, que quedaría diluida en un sociologismo difuso. Y de otro, que el estatuto científico de las ciencias sociales o ciencias del espíritu no cuenta con un consenso suficiente y ha sido permanentemente contestado, de tal modo que si se designan como ciencias —al decir de LEVI STRAUSS— es sólo en virtud de una ficción semántica y una esperanza filosófica que todavía no ha encontrado confirmación» (25).

c) Relativizar el debate y sostener que en los momentos actuales la cuestión del estatuto científico de la jurisprudencia carece de entidad suficiente. Para NINO (26) se trata de un debate inútil del que el jurista debería despreocuparse por cuanto la importancia de la jurisprudencia no depende de su cientificidad, sino de las necesidades sociales que satisface. Y en la misma orientación se orienta CALSAMIGLIA (27), para quien «bautizar la dogmática con el agua de la ciencia es irrelevante» desde el punto de vista cognoscitivo, ya que nuestro conocimiento del Derecho no aumenta por el hecho de que calificuemos a la jurisprudencia como ciencia; lo verdaderamente importante es el análisis del trabajo y la actividad de la dogmática y el examen de las funciones sociales que desempeña. Pero a esta relativización cabe oponer las siguientes objeciones:

- El carácter recurrente con que la cuestión se suscita una y otra vez revela su importancia.
- En las sociedades del presente hay la intuición generalizada de que ciencia significa poder y posiciones de poder, y de que la dignidad y prestigio de una disciplina depende de su reconocimiento por la comunidad científica.

---

(24) Véase su *Introducción a las ciencias del espíritu*, Alianza Editorial, Madrid, 1986.

(25) Cfr. NINO, CARLOS SANTIAGO, *op cit*, págs. 319-320.

(26) Cfr. NINO, CARLOS SANTIAGO, *op cit.*, págs. 319-320.

(27) Cfr. CALSAMIGLIA, A., *op cit.*, págs. 47-62

- En un mundo cada vez más identificado con la tecnología, la concesión o no de estatuto científico condiciona la autoridad y legitimación social de los distintos saberes.
- La ciencia del derecho está orientada a valores como los de justicia y equidad. Recuperar la cientificidad de la jurisprudencia supone reafirmar la racionalidad del discurso jurídico.

#### IV. EL TRASFONDO EMOCIONAL DEL DEBATE

La cuestión del estatuto científico de la jurisprudencia no es en realidad una cuestión acamédica. Es más bien, como ya se ha apuntado, un debate emocional. Porque en un mundo cada vez más identificado con la tecnología, ciencia significa poder y posiciones de poder; y la dignidad y prestigio de un saber depende en gran medida de su reconocimiento por la comunidad científica.

Y de ahí la inseguridad del jurista y su «complejo de inferioridad» (28), su desasosiego y su mala conciencia. Porque pese a los bastos de sus ceremonias académicas, el jurista se sabe rechazado por la «comunidad de los científicos» y juzgado como un advenedizo pretencioso y bastardo.

Y es precisamente esta carga emocional lo que impide aproximarnos con objetividad al análisis de los fenómenos de poder y aceptar acríticamente la pretendida «dignidad» de la ciencia.

Precisamente por ello y para aliviar ese permanente «complejo de inferioridad» se hace necesario:

- A) Considerar las relaciones derecho-poder y ciencia-poder.
- B) Valorar críticamente el papel de la ciencia en las sociedades modernas.
- C) Reafirmar la racionalidad del discurso jurídico.

#### A) DERECHO Y PODER

La tesis que se propone es la siguiente: Carece de sentido que los juristas busquen la concesión de estatuto científico como condición necesaria para ser investidos de poder. Porque los juristas ni necesitan ni han necesitado nunca de tal estatuto para ocupar un lugar privilegiado en las estructuras de dominación.

---

(28) Así se califica por BOBBIO, *op cit*, pág. 174. Y también HERNÁNDEZ GIL reconoce que la ciencia jurídica «mira con envidia y cierto complejo de inferioridad lo que ocurre en otras áreas del saber», *La ciencia jurídica tradicional*, n. 96.

1. Desde el punto de vista histórico, como señala WEBER (29), fueron precisamente los juristas los que revolucionaron la empresa política orientándola hacia el Estado racional. El nacimiento del Estado absoluto, los procesos revolucionarios que determinaron la caída del Antiguo Régimen y finalmente el Estado de derecho de las democracias modernas no podría concebirse sin el racionalismo jurídico desarrollado por los teóricos del Derecho a través de una larga evolución histórica.

Un racionalismo jurídico que halló sus mejores representantes en los pandectistas y canonistas medievales; en las corrientes iusnaturalistas primero cristianas y luego secularizadas; en los juristas franceses que aliados a la Corona combatieron el dominio feudal; en la teoría del conciliarismo; en los juristas de Corte y los Jueces ilustrados de los príncipes continentales; en los juristas ingleses de la Corona y el Parlamento; en la «noblesse de robe» de los Parlamentos franceses, y finalmente en los Abogados de la época de la Revolución.

2. Siguiendo el modelo weberiano y a diferencia de la dominación tradicional o carismática, la dominación racional característica de las sociedades modernas encuentra su fundamento y su legitimación precisamente en el Derecho; es decir, en la creencia en la legalidad de la autoridad y de las normas. El Derecho se hace así indispensable en cuanto soporte legitimador del poder político.

También para LUHMANN (30) la combinación del código del poder con el esquema binario legalidad/ilegalidad —esquema en cuya definición los juristas desempeñan un papel relevante— contribuye a crear legitimidad y a facilitar la cooperación entre los distintos núcleos de poder, especialmente entre el poder económico, político y militar.

Se produce en definitiva una juridificación del dominio estatal, en la medida en que el poder político se legitima por el Derecho y se ejerce a través de formas y procedimientos legales (31).

3. Esta vinculación esencial entre Derecho y Estado moderno encuentra su formulación más precisa en el llamado Estado de derecho. Un Estado fundado en la interdicción de la arbitrariedad y que somete al poder político a un control de legalidad basado en el respeto a los derechos fundamentales, la constitucionalidad de las leyes, el principio de jerarquía normativa y la responsabilidad de la Administración.

4. Además, la dominación estatal se ejerce a través del principio de «división de poderes». Y en el poder judicial, que es él mismo poder político y que ejerce amplias facultades de control, los juristas tienen una decisiva

---

(29) Cfr. WEBER, M., *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1983, págs. 1060-1066.

(30) Cfr. LUHMANN, N., *Poder*. Ed. Anthropos, Barcelona, 1995, págs. 69-73.

(31) Para un análisis de las relaciones Estado y Derecho, véase HENKEL, H., *Introducción a la filosofía del derecho*. Taurus Ediciones, Madrid, 1968, págs. 180-187.

influencia. Ya formando parte directamente de sus cúpulas orgánicas, ya como artífices de la «doctrina jurídica» en la cual los Jueces han formado sus hábitos mentales y a la cual han de acudir en busca de pautas interpretativas y decisorias.

5. La ciencia del derecho ejerce también un poder indirecto al influir decisivamente en la transmisión y aprendizaje de los conocimientos jurídicos al crear hábitos intelectuales y discursivos, al conformar los procesos de argumentación y decisión. Y este poder lo ejercen precisamente sobre tres estamentos de extraordinaria importancia: el gremio de los Abogados, al que WEBER atribuía un peso decisivo en la política occidental; las burocracias de formación jurídica y los especialistas legales. Tres estamentos bien situados en las grandes empresas, en el alto funcionariado y en los organismos profesionales y políticos; y que por ello, como indica LYOTARD (32) forman y formarán parte de la clase dirigente, de la clase de los «decididores».

6. Por último, esta vinculación entre Derecho y Poder no queda restringido al poder establecido, sino que también se refiere a los poderes emergentes. Ciertamente que los juristas han sido muchas veces privilegiados servidores de los poderes consolidados, pero también han estado presentes, y en primera fila, en los movimientos populares, los procesos revolucionarios o las luchas reivindicativas, que preludian un cambio de signo en las estructuras sociales y la titularidad del poder.

La ciencia jurídica, entendida en sentido amplio, sirve de apoyo a los poderes emergentes y actúa como agente de cambio social porque centra y orienta el debate en torno a valores como la libertad, la justicia o la igualdad, dotados de un alto potencial reformador o revolucionario.

En definitiva, frente a los poderes establecidos el Derecho actúa como agente de cambio social. Y en relación a los poderes consolidados, como instrumento de legitimación, como mecanismo de control y como cauce procedimental de ejercicio. Y esta posición ambivalente y peculiar del Derecho en relación a las estructuras de poder es la que confiere a los juristas una posición privilegiada para cuyo mantenimiento no han necesitado ni necesitan de la especial concesión de estatuto científico.

## B) CIENCIA Y PODER

Habíamos señalado al principio que el rechazo de la comunidad científica preocupa al jurista porque en las sociedades tecnológicas los «saberes meta-

---

(32) Cfr. LYOTARD, *La condición postmoderna*, Ediciones Cátedra, Madrid, 1989, pág. 35.

físicos» son mirados con desdén y sólo los «saberes científicos» parecen llamados a participar en las áreas y centros de poder.

Frente a todo ello habíamos explicado en el apartado anterior cómo la vinculación funcional entre Derecho y Poder atribuye al jurista —se le conceda o no estatuto científico— una posición privilegiada en las estructuras de dominación. Corresponde demostrar ahora que la identificación entre ciencia y poder es más aparente que real o cuando menos debe ser relativizada.

La conexión entre ciencia y poder ha encontrado su más depurado desarrollo doctrinal en las llamadas «teorías tecnocráticas», que tienen en BELL (33) a uno de sus más significativos representantes.

De acuerdo con el enfoque tecnocrático, el mundo estaría caminando hacia un proceso de reorganización —la sociedad postindustrial— caracterizado por las notas siguientes:

- a) Desplazamiento de la producción industrial por el sector servicios.
- b) Una sociedad «programada» gobernada en su desarrollo por la aplicación sistemática del conocimiento técnico.
- c) La «tecnocracia» como cosmovisión: Concepción ordenada, instrumental y disciplinada de los objetivos; confianza en el cálculo y la previsión; enfoque lógico, práctico, capaz de resolver problemas.
- d) El conocimiento y no la propiedad es el factor capaz de conferir poder. Los tecnócratas se convierten así en una nueva clase dominante.
- e) La lucha de clases no está ya vinculada a la apropiación de la plusvalía, sino a la alienación derivada del sometimiento a las decisiones tecnocráticas. Y se luchará por participar en esas decisiones para evitar que los ciudadanos sean considerados como simples medios para la realización de los imperativos técnicos.

Pero lo cierto es que esta identificación entre el poder y la ciencia y sus aplicaciones técnicas es aparente o cuando menos relativa.

1. El modelo «postindustrial» ha sido, de hecho, duramente contestado. GIDDENS (34) argumenta:

- a) Que es falso que el desarrollo tecnológico determine esencialmente la vida social y política.
- b) Que las sociedades avanzadas —en razón a sus diferencias geográficas, históricas, demográficas o estructurales— no responden a un

---

(33) Véase BELL, D., *El advenimiento de la sociedad postindustrial*, E. Alianza, Madrid, 1976.

(34) Véase GIDDENS, A., *La estructura de clases en las sociedades avanzadas*, Ed. Alianza, Madrid, 1989.

prototipo único, sino que se configuran bajo formas diversas y plurales.

- c) Que la idea de que «el conocimiento es poder» es muy antigua, pero de ella no se deriva necesariamente que quienes poseen conocimientos «especializados» detentan ellos mismos poder, porque desde tiempos inmemoriales los «especialistas» han sido meros servidores y no titulares del poder político.
- d) Que la tesis que convierte a los tecnócratas en una nueva clase dominante debe acogerse con cautela porque dentro de las organizaciones el verdadero poder consiste en determinar o definir «políticas», y esto, en la práctica, queda reservado a los «no especialistas».

2. Desde el pesimismo «parettiano» la naturaleza humana se presenta como irracionalista, con una voluntad siempre rebelde a la razón. Desde esta perspectiva, que la experiencia política confirma de continuo, ciencia y poder se desenvolverían en planos distintos e incommunicables. La ciencia en cuanto tal no podría asumir el poder sin perder su objetivismo y neutralidad, porque de hacerlo se volvería humana y por tanto se trasmutaría en pasión, sentimiento, ideología.

3. SARTORI (35) al estudiar las relaciones entre saber y poder recoge cuatro combinaciones básicas: saber sin poder, poder sin saber, los que saben tienen también el poder, los que tienen el poder también saben. Y concluye que aun en las sociedades tecnológicas el poder seguirá en manos de los políticos, porque los políticos son precisamente los «especialistas del poder». Un poder que al estar reforzado por expertos se convierte en potencialmente ilimitado. La comunidad científica y la «clase teórica» será un mero recurso estratégico, un brazo intelectual siempre al servicio del brazo secular del poder.

Y retomando en cierto modo aquel pesimismo «parettiano» a que nos referíamos, nos previene de que aun en la hipótesis de que gobernarán los hombres de ciencia, quedaría por demostrar que lo harían como tales científicos.

La ciencia permanece siempre subordinada a los poderes políticos y económicos, que en definitiva deciden lo que es saber y quién sabe lo que conviene decidir. «No se compran savants, técnicos y aparatos para saber la verdad, sino para incrementar el poder» (36).

4. Y así la ciencia no es independiente. Se hace ciencia, insistimos, desde la subordinación a los poderes políticos y económicos. La determinación de la política científica, los programas de investigación, la distribución

---

(35) Véase SARTORI, G., *La política. Lógica y método en las ciencias sociales*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1984.

(36) Cfr. LYOTARD, J. F., *op. cit.*, págs. 24 y 86.

y atribución de subvenciones no depende de la ciencia ni de la comunidad científica.

Si en la sociedad organizacional de nuestros días el verdadero poder consiste en «definir políticas», y entre ellas la «política de investigación», tal definición queda encomendada al poder financiero y al poder político, en el que, por cierto, los juristas están cómodamente instalados.

Y es obvio que desde el punto de vista científico nada puede objetarse a esta situación. Porque cuando se trata de definir políticas no estamos en el terreno de la ciencia, sino en el campo metacientífico de los valores, los fines y las opciones. Y en este campo los científicos en cuanto tales no tienen nada que decir salvo en el ámbito limitado del asesoramiento y el consejo.

En síntesis: Si la preocupación del jurista por gozar del estatuto científico responde a la aspiración emocional de aproximarse al poder que se supone dispensa la ciencia, el problema debe ser relativizado, porque ni el jurista necesita gozar de ese estatuto para participar en el poder, ni ese estatuto confiere inequívocamente poder independiente y autónomo.

### C) HACIA UNA VALORACIÓN CRÍTICA DE LA CIENCIA

El prestigio y la dignidad de la ciencia se apoyan en la neutralidad y objetividad de sus métodos y la veracidad de sus enunciados, lo que convierte a la actividad científica en la más alta expresión de racionalidad. Pero esta visión, por mítica, debe ser revisada.

1. La objetividad y neutralidad de la ciencia son mera apariencia. Las sociedades avanzadas han hecho de la ciencia un nuevo instrumento de dominación que elimina la participación de los ciudadanos. Las decisiones políticas se apoyan en el dictamen de expertos; y en cuanto decisiones científicas y tecnológicas, se presentan como decisiones óptimas y racionales que no precisan de una especial legitimación. Las instituciones políticas tradicionales pierden progresivamente sus funciones de formación de una voluntad general. Y los ciudadanos disidentes en cuanto se oponen a propuestas «científicas» son menospreciados y excluidos por irracionales y obsoletos.

La ciencia y la tecnología se convierten así en un elemento legitimador de la marginación política. Las cuestiones que más intensamente afectan a la praxis vital se presentan como cuestiones técnicas y se sustraen al debate público, al debate participativo, bajo el pretexto de que los ciudadanos carecen de los conocimientos necesarios para intervenir (37).

---

(37) Véase ESTEBAN MEDINA, *Conocimiento y sociología de la ciencia*, CIS y Ed. Siglo XXI, Madrid, 1989, págs. 229 y sigs.

Para MARCUSE (38), en las sociedades desarrolladas se produce una fusión de técnica y dominio. La racionalidad de la ciencia y la tecnología es una racionalidad de dominio, dominio que trata de ocultarse mediante la apelación a exigencias o imperativos técnicos.

Para HABERMAS (39) la política del presente no está dirigida a la realización de fines prácticos ni a la satisfacción de necesidades auténticamente humanas.

Los problemas políticos —insiste— se plantean como problemas técnicos y en cuanto tales se sustraen de la discusión política, dando lugar a una creciente despolitización de los ciudadanos.

La evolución del sistema social se presenta como determinado por la lógica del progreso científico; y cuando esta apariencia ha calado en la conciencia de las masas, la ciencia y la tecnología legitiman la exclusión participativa de los ciudadanos y la ausencia de una formación democrática de la voluntad política.

En suma, el cientifismo se transforma en «ideología». Y esta ideología que convierte a la ciencia en un fetiche no sólo sirve para mantener estructuras y criterios de distribución manifiestamente injustos, sino que cosifica las relaciones humanas y atenta a la lucha de la especie por su verdadero objeto práctico que es la emancipación.

Esta función ideológica aleja a la ciencia de la objetividad y la neutralidad valorativa de que pretende investirse. Aparte el hecho de que también la jerarquía y la comunidad científica se mueve en un clima sectario de rivalidad y apasionamiento y llega a ejercer un comportamiento terrorista eliminando y condenando al silencio a aquellos investigadores cuya obra amenaza con cambiar las reglas de juego establecidas y consensuadas (40).

Aunque también hay que advertir finalmente que el mundo del derecho se ve igualmente contaminado por el fetiche tecnocrático de la funcionalidad. Para LYOTARD (41) el poder legitima la ciencia y el derecho por medio de su eficacia; y el criterio de eficacia es legitimado a su vez por el derecho y la ciencia. De este modo las posibilidades de que un sistema normativo sea considerado como justo aumentan con su eficacia y sus posibilidades de realización.

2. La conexión entre ciencia y verdad se ve en el estado actual con claro escepticismo.

Para LAUDAN (42):

---

(38) Cfr. MARCUSE, H., *El hombre unidimensional*.

(39) Cfr. HABERMAS, J., *Ciencia y técnica como ideología*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, págs. 84-108.

(40) Así en LYOTARD, J. F., *op cit.*, pág. 114.

(41) Cfr. LYOTARD, J. F., *op cit.*, págs. 86-87.

(42) Cfr. LAUDAN, L., *El progreso y sus problemas*, Ediciones Encuentro, Madrid, 1986, págs. 28-29.

- a) Los intentos de demostrar la validez de la metodología científica han fracasado, «suscitando la clara sospecha de que las teorías científicas no son ni verdaderas, ni probables, ni progresivas, ni están altamente confirmadas».
- b) Los procesos de decisión científica están lastrados por multitud de factores irracionales, entre otros el de que toda elección entre teorías científicas rivales tiene que ser irracional por la naturaleza misma del conflicto.
- c) La ciencia —desde la perspectiva del relativismo cultural— es únicamente un conjunto de creencias entre las muchas posibles, sin una específica superioridad objetiva; y si la civilización occidental le ha prestado una atención y vulneración especial, ello es producto de una mera tradición cultural. «Todos los sistemas de creencias, incluida la ciencia, son considerados dogmas e ideologías, entre los que la preferencia racional y objetiva es imposible».

El mito de la ciencia como dispensadora de conocimientos ciertos debe relativizarse, porque de los enunciados científicos nunca puede predicarse que sean verdaderos. Y ni siquiera que sean seguros o probables. Como recuerda POPPER (43), «no sabemos, sólo podemos adivinar». Y nuestras previsiones científicas están guiadas sólo por la fe, una fe que por serlo resulta metafísica y a científica. El ideal orientado a un conocimiento plenamente demostrable y seguro se nos aparece hoy como un mito. Porque todo enunciado científico «es provisional para siempre» y la pretensión de obtener respuestas definitivas es ilusoria. Tenemos que hacernos a la idea de que no hemos de considerar la ciencia como «un cuerpo de conocimientos», sino más bien como un sistema de hipótesis, es decir, como un sistema de conjeturas o anticipaciones que por principio no son susceptibles de justificación... y tales que nunca estaremos justificados para decir que son «verdaderas», «más o menos ciertas», ni siquiera «probables».

3. La consideración de la ciencia como la más alta expresión de racionalidad es también ilusoria. Y las más radicales conclusiones al respecto han sido formuladas por FEYERABEND (44) desde su célebre «anarquismo epistemológico».

Para FEYERABEND, la superioridad teórica de la ciencia es una pretensión vana. La ciencia no es más que uno de los muchos elementos que el hombre utiliza en sus relaciones con el medio. «Pero no es el único, no es infalible

---

(43) Cfr. POPPER, K. R., *La lógica de la investigación científica*, Ed. Tecnos, Madrid, 1985, págs. 359, 261-262 y 294.

(44) Cfr. FEYERABEND, P., *Tratado contra el método*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, págs. 209-210, 294-295, 299 a 304

y se ha hecho demasiado poderosa, demasiado apremiante y demasiado peligrosa para ser abandonada a sí misma». Hay que colocar a la ciencia en su sitio, despojarla de su petulancia y reconducirla al lugar que verdaderamente le corresponde: la de ser sólo una forma de conocimiento, tal vez interesante pero nunca exclusiva, porque ni sus objetivos son los más importantes ni tiene más autoridad que cualquier otra forma de vida.

Ante el poder creciente de la comunidad científica, FEYERABEND propone una separación entre Estado y Ciencia, similar a la que existe entre Iglesia y Estado. Y sugiere con cierto cinismo que nos sirvamos de los saberes tecnológicos y aprovechemos esa masa de esclavos voluntarios que en laboratorios y universidades se someten a la servidumbre intelectual e institucional más abyecta, prefiriendo ser científicos a ser los dueños de su destino. Deberíamos, prosigue, utilizarlos e incluso escucharlos, «pues a veces tienen algunas historias interesantes que contarnos»; pero no debemos permitirles que impongan su ideología ni que enseñen las fantasías de la ciencia como si fuesen los únicos enunciados verdaderos. Sólo si logramos separar Ciencia y Estado y colocar la ciencia «en su sitio» podremos conseguir una auténtica sociedad humana y humanizada que supere «el febril barbarismo de nuestra época científico-técnica».

FEYERABEND no niega los progresos de la tecnología, pero considera que los resultados y las aplicaciones científicas no se deben sólo a la ciencia, sino a la ayuda de elementos no científicos y al uso acientífico de tradiciones, ideas e intuiciones de muy diverso signo.

Una ciencia que pretenda poseer la única metodología correcta y producir los únicos resultados legítimos es mera ideología. Si los hombres desean desarrollarse en la naturaleza y en la historia como seres plenos deben recurrir y hacer uso de todas las ideas y de todos los métodos. «La afirmación —concluye— de que no existe conocimiento alguno fuera de la ciencia (*extra scientiam nulla salus*) no es más que otro cuento de hadas interesado y sectario».

Después de cuanto queda dicho y una vez colocada la ciencia «en su sitio», los juristas estamos en condiciones de responder a quienes nos nieguen estatuto científico que aceptamos en buena hora su rechazo porque tal estatuto no es envidiable ni consistente, ni tan siquiera honorable.

#### D) LA RACIONALIDAD DEL DISCURSO JURÍDICO

El positivismo identificaba la ciencia y racionalidad de tal modo que el saber científico no era sólo una forma de conocimiento, sino la única forma de conocimiento posible. Se incurría así, como señala BUENO (45), en una

---

(45) Cfr. BUENO, G., *op. cit.*, pág. 104.

suerte de «fundamentalismo científico» al presentar a la ciencia como la única visión racional y universal de la realidad.

Pero pronto se reaccionó frente a esa «razón menguada», ese «racionalismo disminuido», por el cual ámbitos enteros de problemas esenciales para la vida y la especie humana quedaban excluidos del debate y abandonados a actitudes irracionales (46). Y se consideró que existían investigaciones y actividades intelectuales que aunque no encajasen en los criterios de demarcación al uso estaban guiadas racionalmente y eran gobernables por la razón.

Y es en esta racionalidad antipositivista donde debemos situar a nuestra disciplina.

1. Aunque la noción misma de racionalidad sea una convención, la ciencia del derecho satisface los cánones comúnmente aceptados.

La jurisprudencia es una actividad racional porque está orientada a la solución de problemas y sus tesis son contrastadas, debatidas y eventualmente consensuadas por los miembros de la comunidad de juristas. Es racional porque en el debate argumentativo toma como guía y juez la inteligencia crítica y reflexiva. Es racional porque usa de razones y razonamientos, porque pondera la fuerza y representatividad de los argumentos y evalúa la validez y suficiencia de los procesos de información (47).

Y en fin, siguiendo el modelo de racionalidad global preconizable por BUNGE (48), la jurisprudencia participa, en mayor o menor escala, en las siete «racionalidades» propuestas; es decir, racionalidad:

- a) Conceptual: Reducción de la vaguedad o imprecisión a través de la interpretación, integración y sistematización del ordenamiento jurídico.
- b) Lógica: Orientación a la coherencia eliminando la contradicción mediante la solución de antinomias.
- c) Metodológica: Necesidad de debate, crítica y justificación.
- d) Gnoseológica: Contraste del sistema normativo con la experiencia social.
- e) Ontológica: Coherencia del ordenamiento jurídico con el estado científico y tecnológico del momento.

---

(46) Cfr. HABERMAS, J., *La lógica de las ciencias sociales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988, pág. 45.

(47) Cánones de racionalidad en LAUDAN (*op cit.*, págs. 11, 21-22) y BROWN, HAROLD (*La nueva filosofía de la ciencia*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988, págs. 196-197). En WARTOFSKY (*Introducción a la filosofía de la ciencia*, Alianza Editorial, Madrid, 1983, pág. 527). En NOZICK, R. (*La naturaleza de la racionalidad*, Ediciones Paidós, Barcelona, 1995, págs. 106 y sigs.).

(48) Cfr. BUNGE, M., *Racionalidad y realismo*, Alianza Editorial, Madrid, 1985, págs. 13-26.

- f) Evaluativa: A través de la búsqueda de lo justo o, cuando menos, de «lo correcto».
- g) Práctica: Adaptación instrumental de los complejos normativos e institucionales a la consecución de objetivos sociales.

2. La racionalidad antipositivista, como indica ESTEBAN MEDINA (49), es social y práctica. Social porque lo que sea o no razón lo determinan los hombres. Práctica porque actúa como guía de la acción social. La ciencia del derecho supone racionalidad social porque los sistemas jurídicos modernos son aceptados precisamente por su racionalidad y se conciben y sienten como interdicción de lo arbitrario. E implica también racionalidad práctica porque el sistema normativo es por esencia un mecanismo de integración social que asegura la cohesión, previene y resuelve los conflictos y organiza y coordina la actividad grupal.

3. A partir del «giro lingüístico» sabemos que la realidad es una realidad lingüísticamente mediada a la que accedemos a través del lenguaje. A cualquier nivel de creencias o pensamientos, incluidos los «científicos», la objetividad pasa por la intersubjetividad. Los hombres necesitan comunicarse, y sólo por medio del acuerdo nos aproximamos a lo objetivo. Un enunciado científico o una propuesta «racional» se objetiva por la aceptación o el consentimiento de la comunidad concernida por ella.

La racionalidad se hace así razón dialógica porque el consenso sólo podría obtenerse y legitimarse mediante un diálogo racional basado en la argumentación. Desde esta perspectiva, la ciencia del derecho es racional porque el debate jurisprudencial constituye un ejemplo paradigmático de razón dialógica en cuanto es un debate dirigido a la búsqueda de la solución correcta a través del intercambio de argumentos (50).

Esta afirmación de la racionalidad del discurso jurídico es importante porque en nuestra tradición cultural la dignidad de un conocimiento depende de su racionalidad. Es posible que la ciencia jurídica no encaje en ninguno de los criterios de demarcación aceptados por la comunidad científica, pero eso ni le resta dignidad ni autoriza a nadie para condenar sus investigaciones. Porque esas investigaciones son también racionales y, en cuanto ligadas a los sistemas normativos, indispensables para asegurar la cohesión social (51).

---

(49) Cfr. ESTEBAN MEDINA, *op cit*, pág 304.

(50) Para una crítica de la «razón dialógica» véase el espléndido texto de JAVIER MUGUERZA, *Desde la perplejidad*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1990.

(51) Véase NEWTON-SMITH W. H., *La racionalidad de la ciencia*, Ed. Paidós, Barcelona, 1987, págs. 105-106.

## V. LOS CRITERIOS DE DEMARCAACION

Llamamos problemas de demarcación al hallazgo de un criterio que permita separar ciencia y no ciencia.

Los juristas son conscientes de que la ciencia del derecho no satisface, en principio, ninguno de los cánones científicos; de que la jurisprudencia no encuentra encaje en los criterios de demarcación comúnmente aceptados. Y de ahí su permanente desasosiego ante el rechazo de la comunidad científica. Por eso es indispensable abordar ahora el problema de demarcación e intentar una valoración crítica del propio concepto de «criterio de demarcación».

La tesis que al respecto sostengo es la siguiente: Si la moderna filosofía de la ciencia considera que un criterio de demarcación *no es un criterio científico*, nadie está legitimado *científicamente* para negar a la jurisprudencia la condición de ciencia.

### 1. KARL R. POPPER: «LO CIENTÍFICO» COMO CONVENCION

En su *Lógica de investigación científica* (52), POPPER define el problema de la demarcación como el problema de «encontrar un criterio que nos permita distinguir entre las ciencias empíricas, por un lado, y los sistemas metafísicos, por otro».

POPPER critica el modo «naturalista» con que los positivistas abordan el tema al creer que tiene que existir en la naturaleza de las cosas una diferencia que deslinde claramente la metafísica de la ciencia empírica. Y partiendo de su conocida crítica de la inducción y frente al principio positivo de verificabilidad, propone un nuevo criterio de demarcación: el de «falsabilidad», según el cual un sistema teórico sólo puede ser calificado de científico cuando sea posible refutar o «falsar» por la experiencia sus proposiciones y enunciados. La función de la experiencia es por tanto negativa o crítica, ya que las observaciones no se usan para confirmar teorías, sino únicamente para «falsarlas». Desde luego, de acuerdo con los cánones popperianos, la jurisprudencia no puede ser calificada como ciencia porque sus enunciados teóricos no son «falsables» observacionalmente. Pero lo que nos interesa retener de POPPER es su conclusión de que no existe un criterio *científico* de demarcación, que no existe una diferencia «natural» entre metafísica y ciencia.

En suma, todo criterio de demarcación es una mera *convención* que, como tal, descansa en simples opiniones personales y juicios de valor. Como nos recuerda literalmente, «siempre será un asunto a resolver por una convención el de a qué cosa hemos de llamar una ciencia o de a quién hemos de calificar de «científico»».

---

(52) Ed Tecnos, Madrid, 1985, págs. 33-42.

Un buen ejemplo de decisión típicamente convencional es el criterio cuantitativo manejado por PRICE, para quien «ciencia son los trabajos que han sido publicados en revistas científicas, entendiendo por tales las que aparecen en el *Wold List of Scientific Periodicals*». Y así el convencionalismo enlaza con el fantasma siempre presente del relativismo, ya que ambos, en definitiva, niegan la posibilidad de distinguir «científicamente» entre discursos científicos y no científicos (53).

De todo lo anterior se deduce una conclusión obvia. Si no existe ningún criterio «científico» para determinar qué deba ser considerado como ciencia, si nadie está autorizado para decidir «científicamente» qué sea o no sea ciencia y si toda regla de demarcación descansa en una mera convención, ninguna comunidad de investigadores está legitimada ni para monopolizar el recinto de lo científico ni para expulsar de él a nuestra disciplina.

## 2. DEMARCACIÓN Y «PARADIGMA»: THOMAS S. KUHN

De la visión que de la historia real de la ciencia ofrece KUHN (54) nos interesa retener su noción de «paradigma». Se trata de un término amplio y elástico que hace referencia a los presupuestos comúnmente aceptados y compartidos por la comunidad científica en un período histórico determinado.

Durante las etapas de «ciencia normal» las investigaciones progresan dentro de los límites impuestos por el paradigma aceptado. Pero la aparición posterior de datos y elementos contradictorios y discordantes conducen a una situación de crisis e inseguridad en que el paradigma dominante comienza a cuestionarse. Los planteamientos teóricos entran en competencia hasta llegar a una «revolución científica» en que el paradigma anterior es abandonado y desplazado por un nuevo paradigma emergente.

Si aplicamos este esquema evolutivo al mundo del Derecho podríamos decir que el siglo XVIII representa la apoteosis del «paradigma iusnaturalista». Pero este paradigma entra en crisis con el criticismo kantiano y el historicismo, hasta ser prácticamente sustituido en un giro revolucionario por un nuevo paradigma emergente: el «positivismo jurídico».

Pues bien, el criterio de demarcación, el concepto de ciencia aceptado y compartido en un momento dado por la comunidad científica constituye y forma parte de un «metaparadigma» que está destinado también en cuanto tal a ser reemplazado o sustituido en el curso de las revoluciones científicas. Como señala KUHN, «la recepción de un nuevo paradigma hace necesaria

---

(53) Sobre esta cuestión véase MEDINA, ESTEBAN, *op. cit.*, págs. 142, 178-179.

(54) Cfr. KUHN, THOMAS S., *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1987; en especial págs. 165-166 y 230.

frecuentemente una redefinición de la ciencia... Problemas que anteriormente eran triviales (no científicos) pueden convertirse con un nuevo paradigma en los arquetipos mismos de la realización científica de importancia. Y al cambiar los problemas también lo hacen a menudo las normas que distinguen una solución científica real de una simple especulación metafísica».

Por tanto, cuando la comunidad de los juristas reclama la condición de comunidad científica se está acogiendo en realidad a un paradigma, que entra en competencia con el modelo empirista tradicional. Ahora bien, KUHN sostiene la inconmensurabilidad de los paradigmas en pugna. «La competencia entre paradigmas no es una batalla que pueda resolverse por medio de pruebas». Que los juristas consigan o no el reconocimiento de estatuto científico depende tanto de tácticas de persuasión, de factores psicológicos y sociológicos, de elementos muchas veces irracionales y, desde luego, «no científicos».

En consecuencia, desde la perspectiva kuhneana, no hay tampoco razones «científicas» que puedan esgrimirse contra la científicidad de la jurisprudencia. Los jurisperitos que reclaman estatuto científico y los investigadores tradicionales que se lo niegan no son más que miembros de comunidades distintas que trabajan bajo paradigmas diferentes. Y la competencia entre ellos no puede resolverse por criterios científicos, sino a través de mecanismos de persuasión extremadamente complejos y heterogéneos.

### 3. LOS PELIGROS DEL DOGMATISMO: RELATIVIZACIÓN DE LOS CRITERIOS DE DEMARCACIÓN

LAKATOS (55), desde una posición claramente dogmática, había considerado decisivo el criterio de demarcación por cuanto, en su opinión, la distinción entre lo científico y lo pseudocientífico tiene una importancia vital, tanto social como política.

A) Frente a esta tesis, NEWTON SMITH (56) mantiene una postura relativista que abre nuevas vías de defensa en favor de la jurisprudencia.

De una parte, la racionalidad no se agota con la ciencia. No hay ninguna razón que permita sostener que la investigación científica sea la única forma de investigación racional, y por tanto no es lícito «condenar una investigación porque no cumpla con cierto criterio de demarcación».

De otro lado, todo criterio de demarcación es artificioso en cuanto falto de fundamentación científica. «Carece de sentido tratar de articular un principio que separe lo científico de lo no científico». Desde luego, es lícito

---

(55) *La metodología de los programas de investigación científica*, Alianza Editorial, Madrid, 1983, pág. 3.

(56) *Op. cit.*, págs. 105-106.

adoptar un determinado criterio de demarcación, pero siempre que seamos conscientes de que adoptamos una convención y no una ley científica. Si lo olvidamos incurriremos en los excesos de todo dogmatismo; suponer que aquello que se catalogue —al estar debajo de nuestra escala de evaluación— como no científico debe ser condenado sin más averiguaciones como una actividad indigna.

B) En esta dirección relativizadora se mueven también los sociólogos interpretativos, para quienes la distinción científico-no científico es algo poco claro y en cierto sentido irrelevante. Se vuelve a condenar así el radicalismo de los absolutistas, de los «metafísicos de la ciencia», que la conciben como una realidad aparte, única y diferente, en cuanto dotada de una lógica y una racionalidad immanente.

C) Desde una perspectiva historicista, BROWN (57) sostiene que el conocimiento científico para cada etapa histórica es «lo que los científicos consideran activamente como tal». Por ello, «el conocimiento científico de una época puede ser rechazado como erróneo en la siguiente». En consecuencia, llamamos ciencia simplemente a todo aquello que es consensuado como tal por la comunidad científica en un concreto contexto temporal.

La definición de «lo científico» a través del consenso implica una posición relativista e historicista que favorece nuestra postura argumental. De aceptarse el modelo de BROWN, no se ve de qué modo una determinada comunidad de investigadores puede permitirse rechazar la científicidad de la jurisprudencia.

a) En ausencia de criterios objetivos, siempre podemos arguir que ese consenso en el rechazo no es racional ni legítimo, sino forzado por factores económicos, políticos y sociales, y entre ellos la tradición, la rutina o el interés corporativo de los grupos privilegiados en restringir el acceso de nuevos miembros.

b) El consenso es histórico y no definitivo, ya que puede desaparecer o ser modificado en etapas posteriores. Y eso nos permite dar un consejo a quienes nos expulsan del recinto científico: «Sed cautos: no nos rechazéis ahora, porque el futuro puede desmentiros y obligaros a admitirnos con honra».

c) Si partimos del consenso de la comunidad científica, habrá que definir que sea esa pretendida comunidad. Y, desde luego, no hay ninguna regla que fije cánones de pertenencia objetivos. Los científicos se sienten tales a través de procesos de autopercepción y reconocimiento intersubjetivo. Y este tipo de procesos, por su propia naturaleza, está lastrado por multitud de factores irracionales y subjetivos.

---

(57) Cfr. BROWN, HAROLD, *op. cit.*, págs. 199-217.

Además, la comunidad científica es una comunidad de hombres, y por tanto movida por sus propios intereses y agitada por la pasión y el conflicto. Capaz incluso, como recordaba LYOTARD, de llegar a comportamientos terroristas condenando al silencio a los competidores molestos.

En suma, si la racionalidad del consenso no puede ser probada, si la comunidad científica como intragrupo participa de las limitaciones y bajezas de la condición humana, no vemos con qué autoridad, desde un consenso tan precario y desde una comunidad tan partidista, puede condenarse una investigación como la jurídica, que al menos comparte con la «ciencia oficial» un alto grado de racionalidad.

#### 4. HACIA UN MODELO PRAGMÁTICO: LA POSICIÓN DE LARRY LAUDAN (58)

Para LAUDAN, la ciencia es fundamentalmente una actividad solucionadora de problemas cuyo objetivo consiste precisamente en obtener teorías con una elevada capacidad resolutoria. Por ello, una de las funciones más importantes de la teoría es la de reducir y solventar la ambigüedad. Y la medida evaluatoria de una tradición investigadora vendría dada por su aptitud para ofrecer soluciones adecuadas a problemas importantes.

De inmediato se intuye una evidente conexión entre el modelo de LAUDAN y la llamada «jurisprudencia de problemas». Porque, en efecto, VIEHWEG (59) ha conectado brillantemente la ciencia del Derecho con la tradición tópica, a la que concibe como una «técnica del pensamiento que se orienta hacia el problema», «una técnica del pensamiento problemático».

No creo, sin embargo, que hablando estrictamente la jurisprudencia pueda encajar en el criterio de demarcación preconizado por LAUDAN, que más bien parece incluirla dentro del campo de las «humanidades», aunque de su obra debemos retener dos ideas fundamentales:

a) La desvalorización del dilema «ciencia-no ciencia». Para LAUDAN, si existe alguna diferencia entre ambos términos no sería de tipo, sino únicamente de grado de progresividad, entendiendo que la progresividad de una teoría debe medirse evaluando el número y la importancia de los problemas empíricos que resuelve y restando el número y la importancia de los problemas conceptuales que genera.

En suma, no hay fundamental distinción entre la ciencia y otras formas de indagación intelectual porque en todas concurren objetivos similares y simi-

---

(58) Cfr. LAUDAN, LARRY, *op cit*, en especial págs. 11, 21, 22, 39, 41, 42, 102, 117, 240, 241.

(59) Cfr. VIEHWEG, T., en *Tópica y jurisprudencia*, Taurus Ediciones, Madrid, 1964

lares procedimientos evaluativos. La búsqueda de un criterio de demarcación ha sido un fracaso rotundo porque no parece haber ningún conjunto de rasgos epistémicos que muestren todas las ciencias y sólo ellas.

b) Por tanto, la diferencia entre «ciencia» y «humanidades» —si es que existe— reside para LAUDAN en que, en principio, las primeras han alcanzado mayores tasas de progreso. Y digo en principio porque incluso esa pretendida progresividad de la «ciencia» le parece cuestionable y no va más allá de una vaga intuición.

Y por esta razón termina invitando a los historiadores de las ideas no científicas «para que comiencen a reinscribir la historia con una orientación que se encamine a la evaluación de la racionalidad y el progreso relativo de las tradiciones de investigación en el campo de las humanidades».

Si nos hacemos eco de esta invitación debemos reconocer que a lo largo de una tradición secular la jurisprudencia ha mostrado un alto grado de eficacia resolutoria. Basta para ello recordar el desarrollo progresivo de la interpretación y la hermenéutica jurídicas, la formalización de técnicas orientadas a la solución de antinomias y lagunas o el alto grado de refinamiento alcanzado por el método analógico (60).

Pero ahora quiero referirme más específicamente a los contactos entre el modelo de LAUDAN y el «pensamiento tópico», sobre el que tan brillantemente ha teorizado VIEHWEG.

La tónica jurídica es una técnica del pensamiento orientada hacia el problema que se inicia en el Derecho romano y a través de la jurisprudencia medieval llega hasta nuestros días. Esta relación esencial con el problema se articula por VIEHWEG bajo tres presupuestos:

- 1) La estructura total de la jurisprudencia solamente se puede determinar desde el problema.
- 2) Las partes integrantes, los conceptos y proposiciones de la jurisprudencia tienen que quedar ligados de un modo específico con el problema y únicamente pueden ser comprendidos desde él.
- 3) Las proposiciones y los conceptos jurisprudenciales sólo pueden ser utilizados en una aplicación que conserve su vinculación con el problema.

Para VIEHWEG, el pensamiento sistemático es insuficiente. Si colocamos el acento en el sistema, el propio sistema opera una selección de problemas; si, por el contrario, ponemos el acento en el problema, es el planteamiento del problema el que opera una selección de sistemas. En realidad, la proximidad al problema excluye que el espíritu tópico pueda reducirse a sistema.

---

(60) Sobre este punto puede consultarse BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, Ed. Temis, Bogotá, 1987, págs. 184-207.

Los tópicos son directivas, guías, puntos de vista, criterios rectores, argumentos generales, estructuras sintéticas, susceptibles a su vez de reinterpretación y que aparecen legitimados por consenso. («Nemo dat quod non habet». «Plus cautions in re est, quam in persona». «Quod initio vitiosum est, non potest tracta tempore convalescere...»).

Ante un problema determinado los *topoi* son guías o proposiciones directivas que ofrecen posibilidades de orientación, apoyos o puntos de vista para su resolución. No son arbitrarios porque descansan en la general aceptación, pero, por otra parte, son flexibles, abiertos y adaptables a la singularidad de cada caso.

La tónica como técnica equivale a un *ars inveniendi* o arte de descubrimiento en la que —como señala HENKEL (61)— se produce una serie escalonada de operaciones: comprensión del problema; localización de *topoi* orientados específicamente hacia él; averiguación de sus líneas directrices; decisión o elección entre las posibilidades de solución que suministran los *topoi* utilizados.

A pesar de las críticas recibidas, especialmente por su alejamiento del pensar sistemático (62), la tónica, a lo largo de una tradición secular, ha demostrado un alto grado de eficacia en la resolución de problemas. Si al pensar tónico unimos las técnicas y teorías utilizadas históricamente por la jurisprudencia para elegir o decidir en medio de la incesante y variable problemática del convivir social, habremos de concluir —si nos acogemos al modelo de LAUDAN— que el saber jurídico ha demostrado un alto nivel de progresividad. Y precisamente por ello no parece razonable negarle el estatus científico que descansa específicamente en este criterio.

##### 5. UN RADICALISMO FINAL: FEYERABEND (63)

El «anarquismo epistemológico» de FEYERABEND ha conmocionado las bases de la filosofía de la ciencia. Para FEYERABEND, el progreso intelectual exige que en la teoría del conocimiento el racionalismo sea sustituido por la creatividad, la imaginación y la anarquía.

No todo conocimiento es científico ni el conocimiento llamado científico goza de superioridad epistemológica. «El intento de aumentar la libertad, de procurar una vida plena y gratificadora, y el correspondiente intento de descubrir los secretos de la naturaleza y del hombre implican el rechazo de criterios universales y de todas las tradiciones rígidas» y, también, «el rechazo de una gran parte de la ciencia contemporánea».

(61) Cfr. HENKEL, H., *op. cit.*, pág. 680.

(62) Así LARENZ, KARL, *op. cit.*, págs. 151-156.

(63) Cfr. FEYERABEND, P., en *Tratado contra el método*, Ediciones Tecnos, Madrid, 1986

El único principio que contribuye al progreso es el «todo vale». Expertos y profanos, profesionales y *dilettantes*, forjadores de utopías y mentirosos, todos están invitados a participar en el debate y a contribuir al enriquecimiento de la cultura.

Para FEYERABEND el criterio de demarcación, en base al cual la «comunidad científica» se permite expulsar o rechazar de su seno a un determinado tipo de saber, no es sólo —como en POPPER— una mera convención, sino una muestra de «chauvinismo» y corrupción intelectual, una técnica totalitaria que destruye al oponente en lugar de permitirle seguir su propio camino.

La distinción entre ciencia y no ciencia «se desvanece en el aire». Su separación «no sólo es artificial, sino que va en perjuicio del avance del conocimiento». En suma, concluye, «una ciencia que insiste en poseer el único método correcto y los únicos resultados aceptables es ideología».

Como ya dijimos, el impacto de las tesis de FEYERABEND en la filosofía de la ciencia ha sido notable y sus críticas al corporativismo de la «comunidad científica» son acerbas y desarraigadas. Los juristas —a condición de que no se recluyan en el academicismo— disponen en su «Tratado...» de un abundante material dialéctico para oponerse a quienes desde sus cerrados círculos se atreven a negar estatuto científico a la jurisprudencia o a cuestionar la eventual contribución de la ciencia del Derecho al progreso y la libertad.

## VI. LAS APORTACIONES DE LA TEORIA CRITICA: CONSIDERACION GENERAL

Entre los objetivos del presente estudio estaba el defender la posibilidad de un debate racional acerca de los valores jurídicos y las proposiciones normativas; y el de sostener la racionalidad de una ciencia del Derecho orientada a la valoración crítica del «derecho dado» y a la creación de un sistema normativo «correcto».

Ambos objetivos son radicalmente opuestos al positivismo jurídico. Por ello, metodológicamente, se ha recurrido a la corriente antipositivista más fecunda y poderosa; y se ha buscado tentativamente aplicar sus análisis y traducir sus conclusiones al campo jurídico y al concreto tema de debate.

Esto explica que la última parte del estudio dedique un amplio espacio a la llamada «teoría crítica», y más especialmente a la teoría crítica en JURGEN HABERMAS. Se trata de una vía metodológica *tentativa* y *crítica*: Por tentativa destaca aproximaciones, sugerencias y argumentos. Por crítica, no rehuye las valoraciones negativas, y en particular el intento de legitimar las proposiciones normativas a través del consenso.

El autor del presente estudio ni se adscribe a los postulados de la teoría crítica ni pertenece a «la nutrida tropa española de los habermasia-

nos» (64), pero reconoce que en la Escuela de Francfort se pueden encontrar poderosos argumentos y luminosas sugerencias para el reconocimiento y dignificación de una jurisprudencia orientada a la realización de la justicia y la plenitud del desarrollo humano.

Señalaba BERNSTEIN (65) que una de las convicciones más profundas de la cultura occidental ha sido la creencia en que el conocimiento genuino es el medio más eficaz para la emancipación y liberación del individuo y la sociedad, pero denunciaba también que a la altura de nuestro tiempo se percibe una sensación de desesperanza y frustración. La pretendida racionalidad puede encubrir una forma sutil de ideología, y la ciencia y la tecnología se han convertido en un poderoso instrumento de represión y dominio. Y es en este contexto donde la Escuela de Francfort —ADORNO, HORKHEIMER, MARCUSE, HABERMAS— ha alzado vigorosamente su protesta, que ahora nos interesa centrar en dos aspectos:

#### 1. CRÍTICA DE LA «TEORÍA TRADICIONAL»

a) La separación entre teoría y *praxis*, entre pensar y actuar, es un reflejo ideológico que contribuye a mantener el *statuo quo*. Para HABERMAS, el proceso de cientificación busca el control técnico de la historia, despreciando el consenso racional de los ciudadanos en orden al control práctico de su destino.

b) La teoría tradicional abandona y reprime la función crítica y tiende a aceptar las ideas y las condiciones sociales prevalentes.

c) La teoría tradicional desconoce sus propios intereses y considera la tarea científica como independiente de la sociedad y de la historia. Por el contrario, la teoría crítica se guía por un interés práctico primordial: «el mejoramiento radical de la existencia humana», de tal modo —nos dirá HORKHEIMER— que la humanidad sea por primera vez un sujeto consciente y determine activamente su propia forma de vida.

d) El positivismo identifica conocimiento y ciencia, considerando a la ciencia como el único tipo de conocimiento legítimo. La visión de HABERMAS es totalizadora y toma en cuenta, como veremos, tres intereses cognoscitivos básicos a los que corresponden tres tipos de ciencias: el interés técnico, propio de las ciencias empírico-analíticas; el interés práctico, propio de las ciencias histórico-hermenéuticas, y el interés emancipatorio, propio de las ciencias sociales críticas.

---

(64) Cfr. GARCÍA BLANCO, J. M., «Los Pepito Grillo de la sociología», diario *El País*, 11 de noviembre de 1988.

(65) Cfr. BERNSTEIN, R. J., *La reestructuración de la teoría social y política*, Fondo de Cultura Económica, México, 1983, pág. 222.

Se quiebra así el monopolio que de «lo científico» pretendían administrar en exclusiva las ciencias experimentales y se extiende ahora la cientificidad a facetas y aspectos que siendo vitales para el hombre —la interacción libre y abierta y el control humano de la historia— habían sido relegados por el positivismo al mundo irracional de los valores.

## 2. CRÍTICA DE LA «RAZÓN INSTRUMENTAL» (66)

Entendiendo por instrumental o subjetiva la razón típica de la racionalidad científico-técnica que busca los medios adecuados para la consecución de fines determinados, pero sin cuestionar ni valorar la pertinencia de esos fines en orden al desenvolvimiento racional del vivir social.

a) La razón instrumental priva de legitimidad a todo juicio ético sobre la realidad social, porque «la razón menguada» del positivismo considera los valores y los fines últimos como irracionales y subjetivos. Aunque lo cierto es que difícilmente puede calificarse de humana una razón que permanece indiferente, neutral o silenciosa ante la tortura, el hambre y la violencia.

b) La razón instrumental provoca un proceso de «reificación». Los hombres dejan de ser sujetos para convertirse en cosas y toda la actividad humana se transforma en una mercancía.

c) La razón instrumental identifica el progreso con el avance técnico, convirtiendo la relación hombre-naturaleza en una relación sujeto-objeto, dominador-dominado.

d) La razón instrumental conduce a una cultura de masas que no forma ciudadanos autónomos y solidarios, sino que los convierte en átomos indefensos fácilmente manipulables desde el poder.

e) La razón instrumental origina, en fin, el desarraigo de la democracia.

Como señala HABERMAS (67), las formas tradicionales —entre ellas la organización del tráfico económico, las instituciones de Derecho privado y la burocracia estatal— «se ven cada vez más sometidas a las condiciones de la acción instrumental o de la racionalidad estratégica». El objetivo de la política será «la evitación de las disfunciones y riesgos que pudieran amenazar al sistema, es decir, la política no se orienta a la realización de fines prácticos, sino a la resolución de cuestiones técnicas». Se quiere poner bajo control a la sociedad «de la misma forma que a la naturaleza, es decir, reconstruyéndola según el modelo de los sistemas autorregulados de la acción racional con

---

(66) Seguiremos sustancialmente la síntesis ofrecida por CORTINA, ADELA, *Crítica y utopía. la Escuela de Francfort*, Editorial Cancel, Madrid, 1985, págs. 79-98.

(67) Cfr. HABERMAS, J., *Ciencia y técnica como ideología*, págs. 78, 84, 104.

respecto a fines y del comportamiento adaptativo». Lo único que nuestras democracias hacen posible es el bienestar sin libertad.

El análisis precedente parece ajustado a la realidad social de nuestros días, aunque quizá convenga establecer ciertas reservas a esa condena radical del desarrollo tecnológico.

Por una parte, si en la era del consumo hay una penetración burocrática y una gestión científica y técnica de los comportamientos, también es cierto —como señala LIPOVETSKY (68)— que a la vez se abre al individuo un amplio abanico de elecciones que favorece su emancipación. Si el consumo de masas facilita la uniformidad de las conductas, aumenta también la oferta de referencias y modelos, entre los que el sujeto se ve obligado a escoger permanentemente. El consumo se convierte así en agente de personalización, que crea individuos informados y responsabilizados de sí mismos.

Y de otro lado, el progreso tecnológico puede contribuir sustancialmente al reestablecimiento de la intersubjetividad y a la liberación de las presiones que el poder ejerce sobre los ciudadanos. CASTELL (69) señalaba no hace mucho cómo «Internet» podría permitir a los ciudadanos con voluntad política escapar de la dura alternativa de elegir entre la adhesión partidaria y acrítica o el consumo solitario de información condicionado por los mensajes unidireccionales recibidos de los medios de comunicación. Con ello se abre la posibilidad tecnológica de establecer el debate de ciudadano a ciudadano, de grupo a grupo, rompiendo los esquemas de la comunicación política vertical. Frente a la atomización actual de los individuos se podría dar paso a nuevas redes de relación y al desarrollo de debates en los que se forme una opinión pública más allá de los canales tradicionales, fuertemente controlados por los poderes políticos o económicos.

A la vista de cuanto queda expuesto, cabe preguntarse qué significado tienen los postulados de la Escuela de Francfort en relación al tema que nos ocupa. En mi opinión, debemos anotar tres aportaciones fundamentales:

1.<sup>a</sup> La crítica al «cientificismo». Una ciencia basada en la razón instrumental conduce al desarraigo, la cosificación, la manipulación y la tiranía. No puede identificarse conocimiento y ciencia porque la ciencia es a lo más una de las formas de conocimiento posible.

La jurisprudencia puede reclamar con toda justicia el reconocimiento de estatuto científico porque «lo científico» abarca también otras dimensiones del convivir social y de la vida humana con las que el Derecho está fuertemente comprometido. La jurisprudencia sería una ciencia hermenéutica que

---

(68) Cfr. LIPOVETSKY, G., *La era del vacío*, Editorial Anagrama, Barcelona, 1986, págs. 107-111.

(69) Cfr. CASTELL, M., «Ciudadanos: al Internet», diario *El País*, 7 de febrero de 1996.

responde al interés práctico de garantizar el entendimiento intersubjetivo de los hombres dentro de una organización social.

2.<sup>a</sup> La crítica al neopositivismo. También hay una racionalidad en los valores y los fines últimos y es posible un debate racional sobre ellos. Se supera la «razón menguada» del positivismo jurídico al sostenerse la racionalidad de la conexión entre Derecho y justicia. Y se otorga legitimidad al «Derecho de los derechos fundamentales» al proclamarse la dignidad y racionalidad de toda tarea encaminada a la emancipación del hombre y a su conversión en sujeto y dueño de la historia.

3.<sup>a</sup> La crítica al dogmatismo. Se rechaza la fijación dogmática hacia «el Derecho dado». Y se revaloriza la función crítica, el análisis crítico de la realidad social. La jurisprudencia recupera una perspectiva más amplia y, al menos potencialmente, podría convertirse también en una ciencia social crítica abierta a procesos de autorreflexión y guiada por el interés emancipatorio de convertir a los hombres en sujetos y dueños de la historia.

## VII. LA TEORÍA CRÍTICA EN JÜRGEN HABERMAS

### 1. CONOCIMIENTO E INTERÉS (70)

a) HABERMAS distingue tres intereses cognoscitivos básicos —el técnico, el práctico y el emancipador— con los que se corresponden respectivamente tres tipos de ciencias: las ciencias empírico-analíticas, las ciencias histórico-hermenéuticas y las ciencias sociales críticas. A su vez, cada uno de estos intereses cognoscitivos enlaza con una determinada faceta de la vida social del hombre: trabajo, interacción o poder.

A través del trabajo los individuos garantizan su supervivencia material mediante el control, el dominio y el aprovechamiento de su medio. A través de la interacción los individuos garantizan también su supervivencia asegurando la posibilidad de acuerdos y reconocimientos mutuos. La interacción en cuanto «acción comunicativa» está gobernada por normas consensuales obligatorias que definen expectativas recíprocas. A diferencia de las reglas técnicas, la validez de las normas sociales se basan en la intersubjetividad y en el reconocimiento general de las obligaciones.

HABERMAS parte de una concepción totalizadora de la experiencia humana. Por eso, las ciencias empírico-analíticas ni son las únicas ciencias en presen-

---

(70) Cfr. HABERMAS, J., *Conocimiento e interés*, Tauros Ediciones, S.A., Madrid, 1982, págs. 168-192. Para una valoración crítica véase BERNSTEIN, R. J., *op. cit.*, págs. 241-252, y Mc CARTHY, T., *La teoría crítica de Jürgen Habermas*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, págs. 75-98

cia ni representan el único tipo de conocimiento legitimado. A su lado cuando menos, y en igualdad de rango, han de situarse las ciencias histórico-hermenéuticas. Las primeras «aprehenden la realidad con vistas a una manipulación técnica»; las segundas «pretenden las interpretaciones de la realidad con vistas a la intersubjetividad posible de un acuerdo orientador de la acción».

No sólo las ciencias clásicas, sino también las ciencias histórico-hermenéuticas son absolutamente necesarias y contribuyen decisivamente a garantizar la supervivencia de la especie. «La metodología hermenéutica tiende a asegurar la intersubjetividad... en la acción bajo normas comunes» y hace posible el consenso sin coerciones y el reconocimiento sin violencia. «Si estas corrientes de comunicación se cortan y la intersubjetividad de la comprensión se hace rígida o se derrumba, queda destruida una condición (esencial) de supervivencia».

En igual dirección insiste MC CARTHY, para quien el interés práctico está anclado en un imperativo de la vida sociocultural, que tiene raíces antropológicas tan profundas como el interés técnico por cuanto la supervivencia de los individuos socializados está ligada a la existencia de una intersubjetividad fiable.

b) HABERMAS encuadra la ciencia del Derecho —que él denomina «jurisprudencia científica»— dentro del campo de las ciencias hermenéuticas, y nos recuerda que teniendo su origen en el Derecho romano aparece asociada a categorías de saber no técnico sino profesional que requerían de prudencia práctica.

Como ciencia hermenéutica la ciencia jurídica está regida por el interés práctico de garantizar la intersubjetividad. Y, en efecto, el Derecho es un mecanismo de integración social que hace posible la cohesión mediante la armonización de los conflictos, ya que los sistemas jurídicos «representan tentativas de resolver los conflictos moralmente relevantes sobre una base consensual sin recurrir a la violencia manifiesta» (71). Si la sociedad, más que un conjunto de individuos es una red de comunicaciones entre hombres, importantes ámbitos comunicativos de ella pueden ser organizados recurriendo a códigos binarios como justo/injusto, legal/ilegal (72).

En la misma línea, concluye SAVATER (73), que el mantenimiento del grupo humano no depende sólo de los medios técnicos que garantizan la subsistencia física y el abastecimiento vital, sino que también es absolutamente imprescindible que exista un reconocimiento recíproco entre sus miembros. El Derecho y los valores jurídicos sirven, obviamente, a este reconoci-

(71) MC CARTHY, T., *op. cit.*, pág. 293.

(72) En este sentido, NIKLAS LUHMANN, *Teoría política en el estado de bienestar*, Alianza Editorial, Madrid, 1994, págs. 42 y 57

(73) Cfr. SAVATER, R., *Ética como amor propio*, Grijalbo Mondadori, Barcelona, 1988, págs. 29-34.

miento que no basta que sea solamente intersubjetivo sino que también ha de quedar institucionalizado. En el esquema de SAVATER, que tiene por centro el reconocimiento interhumano, «el Derecho disminuye la necesidad —coacción violenta— y aumenta la comunicación racional hasta llegar al pacto consensuado de la ley». Referencia al consenso que sin embargo, como veremos, está alejada de la propuesta habermasiana en cuanto se entiende solamente como simple aceptación o compromiso transaccional.

La relevancia que HABERMAS otorga a la intersubjetividad se ve igualmente confirmada desde una perspectiva antropológica. Para MONTAGU (74), al lado de las necesidades vitales básicas, existen otras como la comunicación o la asociación que deben también satisfacerse para conseguir un desarrollo adecuado del organismo. La persona está socialmente unida al grupo en que ha sido socializada. Fuera del grupo social, una criatura no es más que un ser orgánico. Y confirmando la intuición rousseauiana, mantiene que sólo se es persona dentro desde el grupo, que la persona es en realidad una serie de relaciones sociales y que el desarrollo de la personalidad es el resultado de la estimulación. «El grupo es genéticamente anterior a la personalidad». «La sociedad está compuesta de personas en interacción». La sociedad «es hombres en interacción».

Aunque lo verdaderamente importante es la tesis de MONTAGU de que la naturaleza de estas necesidades impone la forma en que han de ser satisfechas. Y de ahí que sostenga que en estos supuestos el ser determina el deber ser y «que para la vida humana existen ciertos valores que no dependen de las opiniones, sino que son biológicamente determinados».

Tal vez mereciera la pena ahondar en esta tesis que defiende la existencia de unos «valores naturales» determinados por exigencias vitales porque con ello se apunta la posibilidad de un «iusnaturalismo biológico». Pero ciñéndonos a este primer esbozo de la doctrina habermasiana, considero que deberíamos retener dos ideas:

- La supervivencia de la especie exige no sólo garantizar los medios materiales de subsistencia, sino también asegurar la interacción comunicativa entre los componentes del grupo social. Las ciencias empírico-analíticas sirven para el control, dominio y aprovechamiento del medio. Pero no bastan. Necesitamos también de las ciencias histórico-hermenéuticas que aseguran una intersubjetividad fiable bajo normas comunes.

Ambos tipos de ciencia responden a distintos principios y metodología. Pero ambos representan formas de conocimiento y gozan del

---

(74) Cfr. MONTAGU, A., *Qué es el hombre*, Ediciones Paidós, Barcelona, 1987, en especial págs. 57-81.

mismo rango en cuanto son absolutamente necesarias para la supervivencia del grupo humano.

- La jurisprudencia debe encuadrarse entre las ciencias hermenéuticas porque está ligada por esencia y naturaleza al sistema jurídico. Y el Derecho es un instrumento de integración social que busca la resolución de los conflictos sobre bases consensuales, que organiza determinados ámbitos de comunicación social y que garantiza la interacción y el reconocimiento intersubjetivo a través de normas comunes y cauces institucionalizados.

## 2. HERMENÉUTICA

La hermenéutica, como arte de la interpretación de textos, evolucionó en íntima conexión con la exégesis bíblica y la jurisprudencia.

En la interpretación de los textos legales, «la propia pretensión del texto de tener un sentido y ser verdadero proporcionaba el criterio de interpretación adecuado. La interpretación era normativo-dogmática en el sentido de que tomaba su orientación de la autoridad del texto e inquiría su significado normativo para el presente» (75). Su objeto no era la crítica, la presentación desinteresada, sino la transmisión de normas tradicionales que tenían que ser aplicadas a las circunstancias del presente.

Esta orientación se veía luego superada por la corriente historicista y, más tarde, por los intentos de fundar una hermenéutica universal que superase el particularismo que hacía que cada disciplina desarrollase su propia y especial hermenéutica (76).

Para GADAMER (77) —que por cierto mantiene una posición opuesta al objetivismo de BETTI (78)— el intérprete está dentro de la historia y al interpretar está vinculado a la tradición cultural de la que forma parte; todo su aparato conceptual depende del entorno histórico-social en el que participa y esa tradición en la que está incardinado le suministra los prejuicios a partir de los cuales intenta la comprensión del texto. «El interés que se oculta tras la hermenéutica es un interés por el diálogo (con los otros, con el pasado, con culturas extrañas) sobre las preocupaciones comunes de la vida humana. La orientación hermenéutica no es la del observador neutral, sino la del partícipe

(75) Cfr. MC CARTHY, T., *op. cit.*, págs. 205-206.

(76) Para una visión general véase *La hermenéutica contemporánea*, en MACEIRAS, M., y TREBOLLE, J., Editorial Cincel, Madrid, 1990.

(77) Para una valoración crítica de la posición de GADAMER véase HABERMAS, J., *La lógica de las ciencias sociales*, págs. 236-256.

(78) Véase BETTI, E., *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975.

en el diálogo. Como no tenemos el monopolio de la verdad hemos de mantenernos abiertos a las creencias y valores de los otros, tenemos que estar dispuestos a aprender de ellos» (79).

El sentido del texto siempre supera al autor. La comprensión no es una actividad de mera reproducción, sino que supone un comportamiento productivo. Y así en la hermenéutica jurídica no se trata de entender históricamente la ley, sino de concretarla a través de la interpretación con vistas al acto procesal de su aplicación. El texto legal para ser entendido adecuadamente, es decir, en relación a la situación concreta que se plantea, ha de ser entendido de forma siempre nueva y distinta, porque nuevas y distintas son las situaciones suscitadas. Por tanto la aplicación es un momento integrante de la comprensión.

Como acertadamente señala Díez-PICAZO (80), la interpretación debe enfrentarse a fenómenos y situaciones nuevas y ajenas al legislador histórico. El intérprete debe adaptar continuamente el ordenamiento jurídico que está en incesante renovación porque cada nueva disposición proyecta nuevas orientaciones sobre el entero conjunto normativo.

Para HABERMAS (81), GADAMER olvida la virtualidad transformadora de la reflexión porque «al percatarse el sujeto de la génesis de la tradición de la que esa misma reflexión surge y sobre la que se vuelve queda sacudido el dogmatismo» y recupera una aptitud crítica que le permite valorar las pretensiones de validez de la tradición. La reflexión tiene capacidad para cuestionar la autoridad de las tradiciones» y no siempre confirma, sino que también quiebra los poderes dogmáticos:

La visión hermenéutica de HABERMAS se caracterizaría —siguiendo a Mc CARTHY (82)— por las siguientes notas:

- La interpretación hermenéutica debe ir asociada con una crítica ideológica que ponga al descubierto los intereses y las relaciones de poder subyacentes a la tradición de la que parte y a la que pertenece el intérprete. Aunque el intérprete está vinculado a la tradición, la reflexión crítica le permite rechazar aquellas pretensiones de validez que aunque estén arraigadas en la tradición cultural no puedan justificarse por medio de un discurso racional.
- La comprensión hermenéutica tiene que ir asociada con un análisis de los sistemas sociales. La valoración crítica de una determinada tradición pasa por colocarla en su sitio, entendiéndola en sus relaciones con el sistema de trabajo social y de dominación política.

---

(79) Cfr. Mc CARTHY, T., *op. cit.*, pág. 217.

(80) Cfr. Díez-PICAZO, L., *op. cit.*, pág. 247.

(81) Cfr. HABERMAS, L., *La lógica*, págs. 254-306.

(82) Cfr. Mc CARTHY, T., *op. cit.*, págs. 219-223.

- La investigación hermenéutica debe ir asociada con una filosofía de la historia. La filosofía de la historia es posible como empresa práctica por cuanto como sujetos activos podemos imaginar y anticipar un futuro y esforzarnos en su consecución.

De acuerdo con estos postulados, la comprensión de la realidad jurídica debería orientarse a la crítica ideológica, al análisis crítico de los sistemas normativos y a la obtención de un marco institucional que garantice la emancipación de los hombres y la comunicación libre e irrestricta.

Desde luego, la relación entre evolución del Derecho y progreso social es un tema recurrente. Como señala LATORRE (83), son muchos los juristas que consideran que el Derecho debe ponerse al servicio del progreso social, entendiendo por tal la emancipación del hombre, el reconocimiento de su dignidad y su pleno desarrollo como persona.

Pero son también muchos los juristas que consideran que una actitud de este signo supone abrir las puertas al subjetivismo de los valores y al relativismo del deber ser; implica exponer una ciencia jurídica que se supone debe ser pura a los peligros de la contaminación ideológica.

En realidad la teoría crítica de HABERMAS parte de una visión totalizadora más allá de la dualidad hecho-valor. La «verdad» no es algo abstracto empíricamente contrastable, sino que está inseparablemente ligada a la lucha por la libertad, la emancipación y la justicia.

Las ciencias sociales críticas suponen una reflexión dirigida a desenmascarar la ideología y eliminar la dominación, y se orientan a la modificación del marco institucional que impide una comunicación libre e irrestricta. Su meta es «la organización de las relaciones sociales según el principio de que el valor de toda norma que implique consecuencias políticas ha de depender de un consenso brotado de una comunicación libre de violencia» (84).

Como precisa MC CARTHY (85), «al desenmascarar las distorsiones de la comunicación y el anclaje institucional de las mismas, que impide la organización de las relaciones humanas sobre la base de una intersubjetividad no coaccionada, el sujeto de la teoría crítica no adopta una actitud contemplativa, pretendiendo situarse por encima del proceso histórico del desarrollo humano. Hallándose a sí mismo implicado en ese desarrollo, ha de dirigir también la crítica ideológica contra sí mismo. De esta forma la teoría crítica ejerce una autorreflexión guiada por un interés por la autoemancipación».

Resumiendo cuanto queda expuesto, este segundo apartado dedicado a la hermenéutica habermasiana nos sugiere las siguientes conclusiones:

---

(83) Cfr. LATORRE, A., *op. cit.*, págs. 130-132

(84) Cfr. HABERMAS, J., *Conocimiento e interés*, págs. 278-279.

(85) MC CARTHY, T., *op. cit.*, pág. 112.

1.<sup>a</sup> La interpretación de los textos legales se inicia a partir de prejuicios o precomprensiones y con un aparato lingüístico y conceptual determinado por la tradición cultural, jurídica y política de la que forma parte el propio intérprete. No se trata de entender al legislador, de remontarnos en el tiempo para averiguar la *voluntas legislatoris*, sino de entenderse con los otros acerca del texto normativo. El intérprete no es un observador neutral, sino un participante en el diálogo. En la hermenéutica jurídica se trata de conectar la ley con el supuesto concreto que se nos plantea. La aplicación forma parte integrante de la comprensión.

2.<sup>a</sup> Las normas jurídicas son un referente común para los miembros de un grupo social que generan expectativas recíprocas y son reconocidas como obligatorias; y por eso el Derecho garantiza la interacción y la intersubjetividad.

La búsqueda de la «justicia material» a través de una interpretación del texto deliberadamente distorsionada, al modo de la «escuela del Derecho libre» o del «uso alternativo del Derecho», no es una actividad hermenéutica porque no se dirige hacia el texto, sino que lo suplanta. Pero, sobre todo, es una actividad arbitraria que persiguiendo una intersubjetividad emancipada y libre produce justamente un resultado contrario: el de romper la comunicación al destruir la uniformidad y reciprocidad de las expectativas.

3.<sup>a</sup> Para HABERMAS, se puede «hacer ciencia» desde un fin u objetivo de emancipación. Y con ello se legitiman aquellas corrientes de la ciencia jurídica que tratan de recuperar la función creadora de un Derecho justo y la función garantizadora de unos derechos fundamentales e inviolables. La jurisprudencia no sería una ciencia hermenéutica, sino que podría convertirse también en una ciencia crítica llamada, a través de procesos de reflexión y análisis, a crear un marco institucional que asegurase una comunicación libre y sin restricciones y que legitimase toda propuesta normativa en un consenso racional y exento de violencia.

4.<sup>a</sup> Para un debate acerca de la posibilidad de «valores jurídicos racionales», es interesante contraponer las posiciones de GADAMER, HABERMAS y RICOER (86) en torno a tradición y reflexión crítica.

Para GADAMER, el poder que HABERMAS atribuye a la reflexión crítica debe ser relativizado: la reflexión se produce en un momento histórico determinado y por eso está también condicionada y limitada por los prejuicios de la tradición cultural en que se inserta. Y sus ideas de la vida justa no son absolutas, sino que están sometidas a su reconocimiento dentro de un diálogo con el presente y el pasado.

---

(86) Seguimos en este punto la exposición de MC CARTHY, T. *op cit*, págs. 223-230.

Por otra parte, existe una diferente actitud frente a la tradición: GADAMER habla de la tradición como fuente de valores que tienen que ser reactualizados continuamente con cada nueva situación; HABERMAS destaca los elementos de dominación y represión presentes en nuestra herencia sociocultural y de los que constantemente hemos de tratar de liberarnos. Mientras GADAMER habla del «diálogo que somos», HABERMAS se refiere al diálogo que aún no es pero debería ser. Mientras GADAMER se inserta en la historicidad de una tradición que respeta, HABERMAS opta por el distanciamiento crítico y la anticipación de un futuro de libertad.

Conciliando ambas posiciones, RICOER considera que no podemos crear el mundo ético de la nada o inventar valores desde cero porque todos nacemos dentro de un mundo cualificado ya éticamente; y como el mundo ético precede al sujeto ético, es obligado el paso a través de la tradición. Nacemos y estamos dentro de la historia y por eso la sumisión a una tradición precede a su examen.

Pero por otra parte, nuestro interés por la emancipación introduce una «distancia ética» en nuestra relación con la herencia sociocultural que nos permite reinterpretarla en el presente y materializar el proyecto de libertad en el seno de nuevas adquisiciones culturales. Por contra, si la actividad hermenéutica prescinde de ese ideal de liberación no podrá distanciarse éticamente y, por tanto, perderá toda capacidad transformadora.

### 3. CONSENSO Y LEGITIMACIÓN

A) Para HABERMAS el discurso es una forma de comunicación donde todos los participantes se someten «a la coacción no coactiva del mejor argumento» con el objetivo de llegar a un acuerdo sobre la validez o invalidez de pretensiones problemáticas —pretensiones de inteligibilidad, de verdad, de veracidad o de rectitud—. Ese eventual acuerdo representa un «consenso racional» que es resultado únicamente de la fuerza de la argumentación (87).

El consenso habermasiano, en cuanto racional y fundado, excluye la convención, el compromiso o el acuerdo engañoso o forzado y es incompatible con cualquier tipo de coacción externa o de distorsión ideológica.

El discurso así concebido responde a una «situación ideal de habla» donde no hay más poder que el argumento, no existe ninguna forma de dominación y entre todos los participantes hay una total simetría. Por tanto, la situación de discurso ideal requiere «una comunidad ideal» donde las instituciones y las prácticas sociales existentes permiten un diálogo libre, simétrico y responsable.

---

(87) En este epígrafe seguimos fundamentalmente los comentarios de MUGUERZA, J., *op cit*, págs. 282-334, y de MC CARTHY, T., el más autorizado exégeta de HABERMAS, *op cit*, págs. 337-385.

Obviamente, una situación tal es en principio utópica, pero el ideal rector de la teoría crítica de HABERMAS sería ir logrando la institucionalización, al menos tentativa, de este tipo de discurso capaz de someter a examen las cuestiones esenciales relacionadas con la praxis vital, y entre ellas las decisiones político-jurídicas de mayor trascendencia. De hecho, el discurso argumentativo es un ideal que siempre ha estado presente en nuestra tradición cultural. Y su significado contrafáctico o utópico —como señala MC CARTHY— «no torna ilegítimo ese ideal, un ideal al que podemos aproximarnos más o menos adecuadamente en la realidad, que puede servir como guía para la institucionalización del discurso y como estándar crítico con que medir cualquier consenso alcanzado de hecho. Nuestra historia está llena de ideales —religiosos, éticos, políticos, cognoscitivos, artísticos— que sabemos que no son susceptibles de realización completa, pero que no por eso son menos efectivos en la configuración de la vida social».

Desde luego, también HABERMAS es consciente de que nunca se dará una situación ideal ni un discurso en toda su pureza, pero para él la situación ideal de habla es una «anticipación», una suposición inevitable y necesaria para que la argumentación no pierda su sentido; una suposición intrínseca a toda discusión; una suposición que hacemos y tenemos que hacer cuando entramos en un debate con el fin de llegar a un acuerdo racional sobre pretensiones de validez.

Para HABERMAS las cuestiones prácticas, y por tanto las jurídicas, pueden ser decididas racionalmente en una búsqueda cooperativa de soluciones «correctas» a través de la fuerza del mejor argumento, y en este sentido los enunciados normativos son susceptibles de fundamentación, de examen discursivo y por ello de «verdad», al menos en sentido amplio.

En el discurso práctico lo que se somete a examen es la realidad de la norma. Y en virtud del principio de universalidad sólo se admitirían aquellas «que puedan encontrar un reconocimiento general en su ámbito de aplicación».

La validez normativa depende del reconocimiento intersubjetivo. La cuestión —señala MC CARTHY— de si una norma es universalizable, susceptible de consenso racional, sólo puede decidirse dialógicamente en un discurso no restringido y no sometido a coacciones. Desde este punto de vista el modelo discursivo de HABERMAS representa una reinterpretación procedimental del imperativo categórico de KANT. Más que considerar como válida cualquier norma que yo pueda querer que se convierta en una ley universal, tengo que someter mi máxima a todos los otros con el fin de examinar discursivamente su pretensión de universalidad.

Las normas justificables y los intereses generalizables no son producto de una convicción o una decisión particular; están necesariamente ligadas «a procesos de comunicación en los que se descubre y se forma una voluntad común».

De todo ello se deduce que HABERMAS niega la existencia de un Derecho natural compuesto de normas permanentes. El consenso racional implica un acuerdo acerca de normas que regulan las oportunidades de satisfacción de las necesidades; y por tanto su contenido será históricamente variable, porque variables son las participantes en el diálogo y las necesidades a satisfacer dentro de cada entorno sociohistórico.

B) El problema de la legitimación del ordenamiento jurídico, es decir, el problema del Derecho legítimo, ha sido una preocupación constante y un tema recurrente.

Para ELÍAS DÍAZ (88), «legitimación y justificación expresan concordancia o discordancia con un determinado sistema de valores». Un ordenamiento estará legitimado «si la norma se ve como justa y si es socialmente aceptada». ELÍAS DÍAZ se propone evitar el reduccionismo del positivismo formalista (reducción de la justicia a validez), del sociologismo jurídico (reducción de la validez a eficacia) y del iusnaturalismo radical (reducción de la validez a justicia), «afirmando frente a ello la legitimación, compatibilidad e integración de los tratamientos científico-jurídico, sociológico y filosófico desde la perspectiva de una flexible y actual concepción normativa del Derecho».

Y para ello distingue tres niveles de legitimidad cuyo análisis se correspondería con tres disciplinas jurídicas: legitimidad legalizada —Derecho válido—, a estudiar desde la ciencia del Derecho; legitimidad eficaz —Derecho eficaz—, a investigar desde la sociología del Derecho, y legitimidad justa —Derecho legítimo—, que se constituye en objeto de la filosofía jurídica.

HABERMAS (89), congruente con sus postulados consensuales, entiende que sólo puede hablarse de un sistema normativo legítimo cuando «la validez de todas las normas dependa de la formación discursiva de los interesados potenciales»: «... sólo pueden reclamar validez aquellas normas en que los interesados se ponen de acuerdo sin coacción, como participantes en un discurso, cuando entran en una formación discursiva de la voluntad». En suma, sólo puede haber legitimidad en las decisiones políticamente relevantes, y entre ellas las relativas al Derecho, si éstas se han adoptado por un consenso racional a través de un discurso libre de coacciones, apoyado únicamente en argumentos y del que no se haya excluido a ninguno de los afectados por ellas.

En torno al concepto de legitimación, HABERMAS (90) recoge dos posiciones extremas:

- a) La representada, entre otros, por LUHMANN, que identifica legitimación con legalidad, entendiendo por legalidad la corrección formal en

(88) Cfr. DÍAZ, ELÍAS, *op. cit.*, Madrid, 1974, págs. 58-63.

(89) Cfr. HABERMAS, J., *Problemas de legitimidad en el capitalismo tardío*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1986, págs. 109 y 111.

(90) Cfr. HABERMAS, J., *Problemas...*, págs. 120 y sigs.

el procedimiento de creación y aplicación del Derecho. El Derecho es legal y por tanto legítimo cuando ha sido sancionado según reglas preestablecidas y por los órganos competentes.

- b) La representada también, entre otros, por WINCKELMANN, para quien la legalidad no tiene por sí sola valor fundante por cuanto los procedimientos formales de creación del Derecho deben estar a su vez legitimados por valores, de tal modo que satisfagan pretensiones de justicia material.

Frente a la tesis de LUHMANN, HABERMAS sostiene (91) que los orígenes o instancias que proceden a la creación y aplicación del Derecho, aunque lo hagan con exquisita legalidad y corrección formal, forman parte de un sistema de dominación política que a su vez tiene que estar legitimado para que la simple legalidad pueda considerarse como un signo de legitimidad.

Además, las acciones sociales que descansan en valores institucionalizados no plantean problemas mientras la distribución normativa de oportunidades que de ellos deriva cuenta con el consenso de los afectados. Cuando aparece el disenso y se cuestiona esa distribución, «la orientación por valores reconocidos en común queda sustituida por una orientación conforme a intereses». Cuando se rompe el consenso sobre las normas vigentes se ponen de manifiesto los intereses que subyacían de forma latente a los valores encarnados en las normas, y tanto los individuos como los grupos adoptan el papel de adversarios y una posición de competencia, quebrando el equilibrio de los sistemas de interacción regidos por aquellas normas.

Frente a la posición de WINCKELMANN, y en general frente a cualquier posición iusnaturalista, HABERMAS alega el pluralismo y la oposición entre los diversos sistemas de valores coexistentes y la imposibilidad de realizar un desarrollo normativo concreto a partir de principios o normas básicas materiales.

Pero aunque descarte ambas posiciones, HABERMAS (92) niega la pretendida irracionalidad de los valores y sostiene la posibilidad de una «voluntad racional», la posibilidad de que las cuestiones prácticas puedan ser decididas racionalmente. Y propone como modelo «el de la comunidad de comunicación de los interesados, que como participantes en un discurso práctico examinan la pretensión de validez de las normas y, en la medida en que las aceptan con razones, arriban a la convicción de que las normas propuestas en las circunstancias dadas son «correctas»».

El discurso «puede entenderse como aquella forma de comunicación emancipada de la experiencia y despreocupada del actuar cuya estructura

---

(91) Cfr. HABERMAS, J., «Discusión con Niklas Luhmann», en *La lógica de las ciencias sociales*, págs. 383-419.

(92) Cfr. HABERMAS, J., *Problemas de legitimación*, en especial págs. 127 y 131.

garantiza que sólo puedan ser objeto de la discusión pretensiones de validez problematizadas; que no habrá limitación alguna respecto de participantes, temas y contribuciones en cuanto convenga a efectos de contraste; que no se ejercerá coacción alguna como no sea la del mejor argumento, y que, por consiguiente, queda excluido todo otro motivo que no consista en la búsqueda cooperativa de la verdad. Cuando en esas condiciones se alcanza un consenso acerca de la recomendación de aceptar una norma y se alcanza en el intercambio de argumentos, ese consenso expresa entonces una «voluntad racional».

Para HABERMAS, ni el capitalismo tardío ni el socialismo burocrático resistirían hoy un intento de justificación discursiva. Las sociedades capitalistas avanzadas no han ido a la búsqueda de «intereses generalizables», sino que, alegando ideológicamente exigencias tecnocráticas, vienen ensayando la creación de «motivos generalizados», asegurándose la lealtad y asentimiento de los ciudadanos mediante recompensas dosificadas en dinero, tiempo libre y calidad de vida, destinadas a satisfacer necesidades privatizadas.

Y su propuesta parece consistir «en la democratización de todos los procesos de decisión importantes para la sociedad global, lo que permitiría tomar la palabra a las normas de acción que pretendan validez para verificar discursivamente esa pretensión o rechazarla (93).

De acuerdo con los postulados anteriores, la jurisprudencia, como ciencia hermenéutica y como potencial ciencia crítica, estaría llamada a desempeñar importantes tareas:

- a) Contribuir al diseño e implantación de mecanismos institucionales que se aproximen a un modelo en el que la adopción de decisiones político-jurídicas descansa en el consenso de todos los interesados obtenido mediante una participación discursiva sin restricciones.
- b) Revisión, en la esfera del derecho público, de los sistemas político-representativos, de modo que aseguren la mayor participación efectiva y un debate organizado bajo el principio del «mejor argumento» (94).
- c) La reflexión y el análisis crítico de las estructuras normativas vigentes, poniendo al descubierto elementos representativos y distorsiones ideológicas. Y un estudio de los complejos normativos orientado a determinar si sirven a intereses particulares o a «intereses generalizables» susceptibles de consenso. Como recuerda MC CARTHY (95), el sistema jurídico ofrece una posibilidad permanente abierta a analizar y examinar en actitud hipotética la rectitud de las normas e institu-

---

(93) HABERMAS, J., *Discusión con* , pág. 400.

(94) Sobre la idea habermasiana de «recuperación de lo público», puede consultarse ESTEBAN MEDINA, *op cit* , págs. 271-276.

(95) Cfr. MC CARTHY, T., *op. cit* , pág. 451.

ciones que lo integran y de asimilar productivamente las experiencias negativas, aprendiendo y corrigiendo errores.

- d) Organizar el subsistema jurídico bajo el primado del diálogo argumentativo y la búsqueda cooperativa de la solución «correcta».
- e) Orientar los programas de investigación bajo una metodología jurídica dialógica en la que, además, se hagan presentes y puedan tener voz los afectados por la norma.
- f) Construcción consensuada de un lenguaje jurídico progresivamente universal que vaya salvando en lo posible las barreras interculturales e interparadigmáticas.
- g) Superar la «razón menguada» del positivismo trabajando en la confianza de que cabe un debate racional acerca de los valores en conflicto. Y en la confianza de que al margen del absolutismo moral y la legitimación formal son posibles —por vía de consenso argumentativo— decisiones racionales acerca de la norma y de la solución jurídica «correcta» en las cambiantes circunstancias de cada tiempo histórico.

### C) VALORACIÓN CRÍTICA

La propuesta consensual de HABERMAS sólo puede concebirse como tentativa o aproximativa porque, como apunta MUGUERZA (96), los neocontractualistas acusan una indudable carga utópica que revela la nostalgia ingenua de la fraternidad entre los hombres. En realidad, más allá de la dicotomía comunidad real y comunidad ideal, sólo hay una comunidad —la humana— inmersa en un permanente conflicto de valores.

Por eso parece imposible llegar a un consenso entre participantes instalados en paradigmas o códigos normativos diferentes; y más bien habrá de acudir a compromisos y soluciones transaccionales.

En esta línea, concluye MUGUERZA que en el proceso de formación discursiva de la voluntad racional hay un equilibrio dinámico de voluntad y razón. La razón no se tiene, sino que se ejercita. «Y su ejercicio democrático consiste en el establecimiento provisional y revisable de acuerdos fácticos entre los miembros de la sociedad, aun a sabiendas de que cualquier acuerdo estará lejos de poder ser considerado como definitivamente “racional”».

Aunque HABERMAS rechaza expresamente la acusación de utopismo —«no hay nada que me ponga más nervioso» (97)—, conviene hacer una referencia

(96) Cfr. MUGUERZA, J., *op cit*, págs. 97-100, 107, 313-314.

(97) HABERMAS, J., *Teoría de la acción comunicativa. Complementos y estudios previos*, Ediciones Cátedra, Madrid, 1989, pág. 419.

a la fecundidad del pensamiento utópico (98) porque no parece justificado el rechazo permanente a la utopía por parte de la ideología conservadora basándose en su alejamiento de la realidad y su incompatibilidad con la naturaleza competitiva del hombre.

Ambas críticas se desvanecen si despojamos al pensar utópico de una intención maximalista o de radicalismo revolucionario y primamos sobre el aspecto positivo de la utopía —diseño de una sociedad ideal— su función negativa de reflexión crítica sobre las realidades presentes. Porque esta función crítica se ha demostrado históricamente eficaz en la mejora de la sociedad humana y abre un camino posibilista hacia su reforma. Y de otra parte, el pensamiento utópico encuentra una clara apoyatura en las corrientes antropológicas que sostienen la prevalencia del instinto cooperativo: la personalidad se desarrolla en el grupo y por tanto sí cambian entre los hombres las relaciones y las pautas de interacción; los hombres, en cuanto individuos, cambiarán a su vez.

Todo ello tiene especial importancia para una ciencia del Derecho comprometida con el cambio social y el establecimiento de un orden justo, siempre sobre la base de acentuar la función crítica y alejarse de todo radicalismo. Si MUGUERZA advierte que «denunciar una injusticia parece de ordinario más urgente que la elaboración de una teoría de la justicia», ROBLES (99) señala la coincidencia del pensamiento utópico con la moderna axiología jurídica, que se aleja de todo maximalismo y concibe los valores jurídicos como meras pautas o modelos ideales a los que debemos tender o aproximarnos.

La originalidad de HABERMAS reside en sostener que el ideal del consenso racional es inmanente al lenguaje *per se* o, como dice MC CARTHY (100), este ideal, «esta perspectiva utópica, está arraigada en las propias condiciones de la socialización comunicativa de los individuos, está inscrita en el medio lingüístico de la reproducción de la especie». «Los discursos son... formas improbables de comunicación, a cuya posibilidad remite, empero, la apelación cotidiana a pretensiones de validez» (101).

Una propuesta normativa implica una pretensión de validez que, como tal, es susceptible de fundamentación o crítica. El oyente puede aceptarla o rechazarla, pero siempre por razones que se dirigen argumentativamente frente al primer hablante. En un diálogo en el que están en juego pretensiones de validez, ambas partes tienen que comprometerse a utilizar argumentos y sólo argumentos. Ahora bien, «aquellos (actores reales) que se entienden a sí

---

(98) Sobre este punto véase ARHHELM NEUSÜSS, en *Utopía*. Barral Editores, Barcelona, 1971.

(99) ROBLES, G., *Introducción a la teoría del derecho*. Editorial Debate, Madrid, 1988, págs. 103-106.

(100) MC CARTHY, T., *op. cit.*, pág. 460.

(101) Cfr. HABERMAS, J., *Teoría de la* , pág. 419.

mismos como participantes en una argumentación... suponen en común que la situación de habla efectiva cumple determinadas condiciones...» (102), que HABERMAS denomina «situación ideal de habla», libre de presiones externas y de distorsiones ideológicas; se ven obligados a suponer que esas exigencias se cumplen suficientemente, pues en otro caso no quedaría excluido el peligro de un pseudoconsenso que descansa en el engaño o el autoengaño, y no podríamos pensar en serio estar participando en una argumentación.

No obstante, ante la posición de HABERMAS caben ciertas reservas que sintetizo a continuación:

1. En una argumentación no muy desarrollada, GIDDENS (103) critica la conexión entre lenguaje, racionalidad y «situación de habla ideal». Y contestando a la expresión de HABERMAS según la cual «nuestra primera fase expresa de forma inequívoca la intención de un consenso universal y libre», se pregunta por qué no concluir también, por el mismo motivo, que «el primer gesto que hacemos de reconocimiento de otra persona promete una solidaridad universal de los seres humanos».

2. Si la «comunidad ideal», «la situación ideal de habla» y el discurso argumentativo puro son —según el propio HABERMAS— contrafácticos e improbables, nunca podrá obtenerse la legitimación de una norma. Pero además tampoco podría hablarse de una legitimación tentativa o aproximativa, porque en ausencia de una «situación ideal de habla» no se podría medir o estimar el grado y calidad del consenso alcanzado.

3. A diferencia de la imposibilidad del pensamiento utópico que se refiere a su realización, la imposibilidad del ideal habermasiano es esencial y conceptual y resulta de su propia estructura.

Podemos admitir que el discurso argumentativo o el ideal del consenso racional son inmanentes a los actos de habla, pero sólo en aquellos actos de habla que involucren a un número reducido de interlocutores. Y esto porque el discurso argumentativo como forma de comunicación parece lingüísticamente incompatible con situaciones que involucren a millones de participantes.

Aunque asignásemos a cada participante un tiempo argumentativo reducido, pasarían decenas de años antes de agotarse el primer turno de intervención.

Además habría que ir incorporando al discurso a los nacidos y por nacer que fueran alcanzando la edad de la razón. Y, por otra parte, irían surgiendo continuamente nuevas informaciones que apoyarían nuevos argumentos. El discurso se haría así conceptualmente imposible y en todo caso indefinido.

---

(102) Cfr. HABERMAS, J., *Teoría de la...* págs. 442-443.

(103) Cfr. GIDDENS, A., «¿Razón sin revolución?», en *Habermas y la modernidad*, Ediciones Cátedra, Madrid, 1988, pág. 185.

De hecho, una comunicación efectiva que pretendiese involucrar a millones de participantes tendría que fijar límites y acudir, como ocurre en las democracias de masas, a mecanismos de representación. Pero los límites serían arbitrarios y la representación es una ficción que impide la participación real de todos los afectados. El discurso dejaría de ser racional (104).

4. Esta imposibilidad conceptual deriva también de que los actores del presente saben que, aun en una comunidad ideal, existen situaciones en que algunos afectados necesariamente quedan excluidos del discurso. Una propuesta normativa relativa al aborto o a la eugenesia afecta directamente a los concebidos y a los *nondum concepti* que, por razones obvias, no pueden participar en la argumentación.

5. También en una comunidad ideal se suscitan los problemas de inclusión e idoneidad característicos de las democracias. Si el discurso abarca sólo a los afectados capaces de razón, ¿cómo determinar quiénes deban ser los participantes? Parece que por consenso a través de un discurso previo. Pero ¿quiénes deben ser los intervinientes en él? Estamos ante un círculo vicioso.

6. Aunque supongamos una comunidad ideal, no por eso deja de ser humana. Y por ello no podemos aislar conceptualmente «lo racional». No hay razones sin hombres que razonan. Podemos representarnos una comunidad utópica sin coacciones externas ni distorsiones ideológicas, pero no una sociedad sin sexo, sin edad, sin biología y sin genética. Si lo hiciéramos estarían representándonos una comunidad no humana que, en cuanto tal, está fuera y más allá de nuestro lenguaje.

7. a) Si al margen de las pretensiones totalizadoras del «giro lingüístico» acudimos a un tratamiento interdisciplinar —que, por cierto, HABERMAS considera indispensable—, me parece sugerente la posición de un biólogo evolucionista como WILSON (105), que pretende integrar el pensamiento biológico en el núcleo de las ciencias sociales y de las humanidades.

Para WILSON la especie humana carece de cualquier objetivo externo a su propia naturaleza biológica. Las creencias son en realidad mecanismos que capacitan para la supervivencia. Para buscar nuevos valores basados en una definición más verídica del hombre «es necesario mirar hacia el interior, diseccionar la maquinaria de la mente y volver sobre su historia evolucionista».

En el cerebro existen censores y motivadores innatos que afectan inconscientemente nuestras premisas éticas. Y si esto es así, tal vez la ciencia «esté en posición de investigar los mismos orígenes y significados de los valores humanos de los que surgen todos los pronunciamientos éticos y gran parte de

---

(104) Para una valoración del concepto de representación que combine el análisis lingüístico con el estudio de la historia del pensamiento político véase HANNA FENICHEL PRKIN, *El concepto de representación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

(105) Cfr. WILSON, E. O., *Sobre la naturaleza humana*, Fondo de Cultura Económica, en especial págs. 103-104, 144-173, 220-237 y 275-279.

la práctica política». Si esta investigación obtiene éxito, en algún momento del futuro tendremos que decidir a cuál de los censores y motivadores debemos obedecer y cuáles deben ser inhibidos o sublimados. Será por tanto el conocimiento biológico el que nos permita la planificación de nuestro destino, eligiendo las mejores opciones entre los diferentes criterios del progreso.

Paralelamente, cabe preguntarse si el consenso pretendidamente inscrito en nuestro lenguaje no estará paradójicamente borrado de nuestra biología porque, a juicio de WILSON, la agresividad humana no depende totalmente de la perversidad del medio ambiente, sino que los seres humanos son innatamente agresivos. Y si bien es cierto que también estamos dotados de un instinto cooperativo, éste en su forma básica implica un altruismo «blando», egoísta y calculador que espera siempre reciprocidad. Este tipo de altruismo es perfectamente capaz de generar convenios, compromisos, contratos y transacciones, pero parece incompatible con el consenso puramente racional de HABERMAS.

b) En una dirección similar, NOZICK (106) defiende también una concepción evolucionaria y adaptativa de la realidad. Y considera a la razón como una variable dependiente de los hechos. La racionalidad no sería independiente y autónoma, sino que estaría enraizada en nuestra naturaleza animal. Y al estar delimitada evolucionariamente no debería pretenderse que la racionalidad alcanzase la resolución de problemas, que, como el de la justificación de los fines, estaría fuera de su función y de sus límites.

Aprovechando estas citas, tal vez convenga que los juristas retengamos dos ideas:

- Según la posición evolucionista de WILSON, la consecución de unos derechos humanos universales no deriva del proceso de racionalización, sino de la compatibilidad y coincidencias de estos derechos con el «plan mamífero» y de la circunstancia añadida de que en las sociedades tecnológicamente avanzadas el poder es demasiado fluido para evitar ese «imperativo mamífero».
- Que el iusnaturalismo, si se aborda desde una formación estrictamente jurídica, peca de inconsistente. Si queremos involucrar a la «naturaleza humana» en el estudio de los fenómenos jurídicos habremos de contar con una sólida base biológica y antropológica que sólo una colaboración interdisciplinaria puede proporcionarnos.

8. Frente al criterio de racionalidad de HABERMAS podríamos recordar también la objeción de corte profético que NOZICK (107) hace a los filósofos.

---

(106) Cfr. NOZICK, R., *op cit* En especial, págs. 14 y 157.

(107) Cfr. NOZICK, R., *op cit*, pág. 112

La regla del «mejor argumento» puede quedar tecnológicamente obsoleta en el estudio de los procesos fiables de adquisición de creencias y en la obtención de una descripción de la naturaleza de la racionalidad. La racionalidad puede no estar ligada a procesos dialógicos que exijan nuestra participación, sino que, conscientes de nuestra obsolescencia, tal vez tengamos que ceder el puesto a simulaciones computacionales, a científicos cognitivos y a especialistas en inteligencia artificial. Desde nuestra perspectiva de hoy lo juzgamos y debemos juzgarlo dramático, pero puede llegar el día en que la racionalidad consista en creer la respuesta de un ordenador.

9. Una propuesta normativa puede responder a una necesidad urgente de la comunidad que por lo perentorio sea incompatible con la secuencia del discurso. En estos supuestos, primar la legitimidad plena de la norma sobre la decisión sería irracional. Aún en una sociedad ideal y en determinados contextos deberíamos tener en cuenta una estimación coste-beneficio que nos llevaría a no exigir todos los criterios de racionalidad y hasta el grado máximo (108). Es decir, en determinados supuestos se podría dar la paradoja de que la búsqueda de una legitimación racional nos condujese a la pura irracionalidad.

10. Aun en una comunidad ideal un argumento es un argumento. Lo que arguye la mente para convencer a alguien. Como expresamente señala HABERMAS, desde el punto de vista procesal en el argumento hay una «intención de convencer a un auditorio universal y de alcanzar para la manifestación o emisión de que se trata un asentimiento general». En el argumento hay un componente «estratégico» orientado a obtener el convencimiento de alguien y, por tanto, orientado al éxito. Por tanto, el acuerdo alcanzado mediante argumentos no es un acuerdo alcanzado comunicativamente en toda su plenitud, sino alcanzado también estratégicamente. El argumento tiene un componente «perlocucionario» porque el hablante actúa orientándose al éxito, y en consecuencia parece incompatible con la acción comunicativa, tal como la define HABERMAS: «interacciones mediadas lingüísticamente en que todos los participantes persiguen con sus actos de habla fines ilocucionarios y sólo fines ilocucionarios» (109).

11. El argumento consiste en razonar para hacer evidente la corrección de un enunciado. En un discurso sobre cuestiones normativas, cuando asentimos lo hacemos porque estamos convencidos de la rectitud o justicia de la proposición. Por el contrario, la legitimación a que se refiere HABERMAS es procedimental ya que tiene en cuenta únicamente el consenso obtenido argumentativamente, con independencia de la rectitud o justicia de la norma con-

(108) En este sentido NOZICK, *op. cit.*, págs. 139 y 173-174.

(109) Cfr. HABERMAS, J., *Teoría de la acción comunicativa*, Taurus Ediciones, Madrid, 1987, págs. 48, 368-378.

sensuada. Hay, por tanto, un salto de perspectiva que no resulta del todo justificado ya que HABERMAS considera la legitimación como observador del discurso y no como participante en él.

12. Toda norma se promulga para ser aplicada. La legitimación que obtenga antes de su aplicación es limitada porque es provisional. Sólo si también en su fase de aplicación la estimamos correcta la legitimación es plena. La legitimación habermasiana, por ser únicamente procedimental, parece insuficiente.

En nuestro lenguaje cotidiano podemos decir que una ley es legítima (forma) pero injusta (fondo) porque no participamos directa y personalmente en el proceso legislativo. Pero esta decisión es imposible para los participantes que la han consensuado en un discurso racional.

13. El hombre actúa antes que habla. Para hablar, primero hay que decidir hablar. Por tanto parece que lo primero no es legitimar las normas, sino legitimar el modo de decidir acerca de las normas.

Si un argumento está destinado a convencer a alguien, es que el lenguaje anticipa la disidencia y por tanto el disenso es también inmanente a nuestro lenguaje. Además, si debemos decidir y el modo de decidir debe ser concluyente, es decir, debe permitir decidir del modo más efectivo y eficiente, podemos concluir que el principio mayoritario está también inscrito en el medio lingüístico de la especie con el mismo rango y al mismo nivel que el consenso (110).

#### 4. SISTEMA Y MUNDO DE VIDA

Para HABERMAS (111) la sociedad puede ser considerada desde una doble perspectiva: como «mundo de la vida», que es el de la relación e interacción entre los hombres, con sus convenciones, valores, tradiciones y prácticas sociales (112), y como «sistema», es decir, como una unidad y estructura organizativa que se autorregula, autoconserva y automantiene adaptándose al medio.

En el mundo de la vida la integración y coordinación —integración social— se aseguran a través de mecanismos como la solidaridad, el consenso normativo o el entendimiento mutuo. En el sistema, la integración y coordi-

---

(110) Para una valoración del principio mayoritario véase DAHL, ROBERT A., *La democracia y sus críticos*, Ed. Paidós Ibérica, Barcelona, 1993, capítulo X, págs. 163-181.

(111) Cfr. HABERMAS, J., *Teoría de la acción...*, vol. 2.º, cap. VI.

(112) Al «mundo de la vida» pertenecería el «saber jurídico común» que, como señala VALLET DE GOYTISOLO, se refiere a la vida de la convivencia y es fruto de una intuición racional inmediata y evidente de los valores de la justicia (VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Metodología jurídica*, Editorial Cívitas, Madrid, 1988, pág. 63).

nación —integración sistémica— se aseguran a través de mecanismos adaptativos y organizativos, interconexiones y relaciones funcionales.

HABERMAS (113) considera que la evolución social se caracteriza por un doble proceso: una progresiva diferenciación dentro de cada una de las dimensiones «mundo de la vida» y «sistema», y un creciente desacoplamiento entre «sistema» y «mundo de la vida».

En el primer aspecto, el sistema político o económico se hace cada vez más complejo a través de la expansión del subsistema administrativo y los crecientes procesos de burocratización. Y de otro lado, las estructuras del mundo de la vida se desconectan entre sí, creando compartimentos estancos, de tal modo que familia, educación, trabajo, ocio, son campos de interacción apenas relacionados entre sí.

En el segundo aspecto se produce una «racionalización del mundo de la vida»: Predominio de la razón instrumental, de la acción racional con arreglo a fines y escisión entre moralidad y legalidad, de tal modo que el Derecho aparece legitimado sólo por la creencia en su legalidad, es decir, se obedecen los preceptos jurídicos positivos en cuanto estatuidos según el procedimiento usual y formalmente correctos.

De hecho, para HABERMAS (114) el desacoplamiento entre los mecanismos de integración sistémica e integración social ha conducido en la modernidad a que las instituciones —como el Derecho— «que anclan en el mundo de la vida mecanismos de control tales como el dinero y el poder» contribuyen a subordinar «el mundo de la vida a las coacciones sistémicas». Y así la racionalización del mundo de la vida posibilita la expansión de subsistemas —como el jurídico o el económico— que actúan siguiendo sus propios fines e imperativos autónomos y que actúan destructivamente realizando una «colonización del mundo de la vida» (115). La institucionalización del dinero y la expansión del subsistema administrativo y de las burocracias estatales invaden cada vez más espacios vitales, más foros de relación y de práctica comunicativa, desvirtuando los estilos de vida y sometiendo a los imperativos del sistema: los ciudadanos se convierten en consumidores; el trabajo se despersonaliza; la vida privada y el ocio se «estandarizan» de acuerdo con los intereses del mercado; desaparecen los espacios de formación de opinión pública y voluntad colectiva, lo que provoca decisiones políticas tecnificadas y desprovistas de legitimación consensual, y, en fin, los canales de participación en la vida pública se burocratizan y quedan sometidos a los mecanismos organizativos del sistema.

(113) Cfr. HABERMAS, J., *Teoría de la acción...*, vol. 2.º, cap. VI, 2.

(114) *Teoría de la acción ...*, vol. 2.º, págs. 261-262 y 503

(115) En esta dirección apunta VALLET al considerar como fenómenos correlativos la masificación social, la tecnocratización y el totalitarismo estatal: VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Metodología de las leyes*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991, págs. 292-293.

Esta invasión del mundo de la vida tiene especial interés para nosotros puesto que, a juicio de HABERMAS (116), se realiza fundamentalmente a través de una juridificación de los ámbitos vitales, de una «extensión del Derecho» entendida como «regulación jurídica de nuevos asuntos sociales regulados hasta el momento de manera informal» (117). El estado del bienestar, al formalizar jurídicamente las situaciones vitales acaba poniendo en peligro el bienestar mismo, las contingencias sociales —vejez, enfermedad— pierden su significado vital y se transforman en una planificación jurídico-administrativa que las compensa sólo a través de contraprestaciones económicas.

«A medida —nos dice— (118) que el estado social extiende su red de relaciones de clientela sobre los ámbitos privados de la vida, con tanta más fuerza surgen los esperados efectos laterales patológicos de una juridización que simultáneamente significan una burocratización y monetarización de ámbitos nucleares del mundo de la vida». Se produce así en este tipo de juridización una paradoja que «consiste en que las garantías que el estado social comporta habrían de servir a la integración social, y sin embargo fomentan la desintegración de aquellos contextos del mundo de la vida».

Y esto explica el poderoso resurgir de los «nuevos movimientos sociales» —pacifismo, ecologismo, feminismo— que suponen reacciones del mundo de la vida a la opresión del sistema y que implican demandas que no pueden ser solventados por el dinero, sino por vía de integración y consenso social.

Sin embargo, el precedente análisis de HABERMAS no puede aceptarse sin reservas:

a) La expansión del subsistema jurídico es un fenómeno ambivalente. Ha sido —es cierto— capaz de inspirar *El proceso* de KAFKA, pero también ha sabido generar instituciones que tutelan enérgicamente el «mundo de la vida»: derechos fundamentales, amparo constitucional, Tribunales de Derechos Humanos, institución del «Ombudsman»...

b) El estado de bienestar, a través de los sistemas de previsión social y del acceso generalizado a la enseñanza, ha contribuido decisivamente a la causa de la emancipación y el desarrollo personal. De hecho, el recorte de las prestaciones sociales provocado por la «crisis fiscal del Estado» ha generado una enérgica y airada reacción de la ciudadanía. Y nótese que es una reacción que proviene precisamente de lo más hondo del mundo de la vida. De ser cierto el análisis habermasiano estaríamos ante el imposible supuesto de que los colonizados reclamen la vuelta de los colonizadores.

(116) *Teoría de la acción*, vol. 2.º, pág. 504.

(117) A la extensión arbitraria del campo del derecho y de la ley se refiere también VALLET, criticando tres fenómenos característicos de las sociedades del presente que denomina «macrojusticia», «panreglamentación» y «monopolio estatal del Derecho». VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Metodología de las leyes*, págs. 250-251.

(118) *Teoría de la acción*, vol. 2.º, pág. 514.

c) Que los «nuevos movimientos sociales» representan un potencial de resistencia y rechazo no es una tesis aislada. También para OFFE (119) significan una crítica humanista al sistema y la cultura dominantes. Pero conviene establecer ciertas matizaciones que contradicen la idealización habermasiana:

- Los «nuevos movimientos» se apoyan curiosamente en su propio enemigo al acudir ampliamente en su acción estratégica al subsistema jurídico: invocación de los derechos fundamentales, recursos ante los Tribunales...
- Los valores postmateriales que preconizan —según DALTON— (120) no sustituyen, sino que sólo complementan a los valores materiales tradicionales.
- Según el modelo de OFFE, y superada su fase inicial, los «nuevos movimientos» caben en la misma burocratización que condenan, y tras una fase de formación organizativa acaban optando por las ventajas de la institucionalización política.

Pero cualquiera que sea la valoración que nos merezca el análisis de HABERMAS, de él se desprenden importantes sugerencias:

- Es lícito reclamar de la jurisprudencia una reflexión autocrítica que determine qué facetas del subsistema jurídico sirven al mundo de la vida o se sirven únicamente a sí mismas. De hecho, del mundo de la vida nos están llegando constantes mensajes de crítica hacia el ritualismo procesal, el corporativismo de los operadores jurídicos, la inadaptación de las enseñanzas jurídicas, el fervor reglamentista de las burocracias...
- A la jurisprudencia corresponde en el plano jurídico, el diseño de instituciones «que pudieran poner las esferas de la vida pública y privada a resguardo de la mecánica reificante de los subsistemas económico y administrativo» (121). Se trataría de diseñar garantías sustantivas y procesales auténticamente efectivas que corrigiesen la indefensión del administrado, ahondasen en el Derecho de consumo, sirvieran al control de los agentes económicos y afianzasen la libertad positiva de los ciudadanos.
- A la jurisprudencia toca la organización de foros capaces de lograr un diálogo cooperativo entre el subsistema jurídico y el mundo de la

---

(119) Cfr. OFFE, C., *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*, Editorial Sistema, Madrid, 1992, cap. VII.

(120) Cfr. DALTON, R. J., *Los nuevos movimientos sociales*. Ediciones Alfons el Magnanim, Valencia, 1990, pág. 377.

(121) Cfr. MC CARTHY, T., *op. cit.*, pág. 478

vida (122). No hay que olvidar que muchas figuras o principios adoptados o formalizados hoy jurídicamente —buena fe, abuso de derecho, usos, costumbre, principios generales— (123) tienen su origen en el mundo de la vida y han sido institucionalizados a partir de este diálogo.

- La ciencia del Derecho debe evitar la acción colonizadora del sistema someténdolo a las restricciones normativas del mundo de la vida. Para ello la ley formal ha de ajustarse a los principios morales y las experiencias comunicativas que rigen en el mundo vital. Y el mundo de la vida ha de poder tomar la voz y la palabra en los procesos formalizados o racionalizados de administración, legislación y jurisdicción.

### VIII. DERECHO Y SOCIEDAD POSTMODERNA

La propuesta de HABERMAS exigiría de la sociedad un sentimiento comunitario y participativo que es totalmente ajeno a las sociedades occidentales, caracterizadas por un individualismo radical y en las que la decisión, los valores y los problemas se adoptan y conciben desde y para el individuo (124).

La realidad social y cultural de nuestro tiempo ha venido a legitimar el individualismo hedonista y personalizado: Se trata de vivir sin represiones, eligiendo libremente el modo de existencia de cada uno; de vivir enseguida aquí y ahora, buscando la realización personal inmediata. Los valores aparecen personalizados de tal modo que lo más importante es ser uno mismo, por lo que todos los modelos y todas las opciones pueden cohabitar y tienen derecho a exigir el reconocimiento social.

La sociedad postmoderna supone la indiferencia de las gentes, el predominio de la autonomía privada, una cultura que anula los puntos de referencia y los valores superiores de la modernidad. Se diluyen los objetivos universales en una indiferencia acusada hacia la *res publica* y los temas cruciales que afectan a la vida colectiva. El *homo politicus* ha muerto (125). LYOTARD (126) rechaza el consenso habermasiano por anticuado y sospechoso y lo considera imposible en sociedades donde conviven múltiples y plurales juegos de len-

(122) En este sentido WELLMER, A., en *Habermas y la modernidad*, Ediciones Cátedra, Madrid, 1988, págs. 88-110.

(123) Para una valoración de las costumbres y los principios generales del Derecho véase DE ANGEL YÁGUEZ, R., *Una teoría del Derecho*, Editorial Cívitas, 6.ª edición, Madrid, 1993, págs. 269-279.

(124) En este sentido SAVATER, F., *op. cit.*, cap. V, págs. 165-180.

(125) Así LIPOVETSKY, G., *op. cit.*, págs. 8-15.

(126) Cfr. LYOTARD, J. F., *op. cit.*, págs. 109 y 116-119.

guaje irreductibles entre ellos (política, derecho, economía, arte, moral o ciencia), máxime cuando en la sociedad postmoderna hay un acusado desdén por la «gran narrativa», «los grandes relatos», como la emancipación de los hombres o la armonía universal.

En este contexto, el problema de la justicia y la legitimación del Derecho ha recibido diversas respuestas, entre las que destacaría las siguientes:

a) Para LIPOVETSKY (127) la legitimidad democrática en la que se apoya el Derecho aparece reforzada por la costumbre. Se produce hacia los regímenes democráticos un consenso blando e impreciso, una aprobación muda, difusa y no política en cuanto desvinculada del compromiso ideológico.

b) En HELLER (128) domina una concepción humanista de la justicia. La situación de contingencia de la sociedad postmoderna excluye toda posibilidad de acuerdo a través del cual pudiéramos armonizar los distintos mundos particulares, morales, políticos o jurídicos. Por ello preconiza el «gesto universal», entendido como actitud de participación y compromiso con el humanismo moderno. Hacer algo por los demás como seres humanos y hacerlo junto a los demás en reciprocidad, solidaridad y amistad, porque lo que importa es hacer cosas, con independencia de cuál sea la fuente de nuestro impulso moral.

Y, por otra parte, sostiene con FEHER (129) que los discursos plurales característicos de la postmodernidad son compatibles con la común aceptación de unos *minima moralia* ligados a la política democrática.

c) LYOTARD (130) señala la necesidad de llegar a una idea y una práctica de la justicia que no esté ligada al consenso habermasiano que considera imposible por la existencia de múltiples juegos de lenguaje. Se trataría de respetar ese pluralismo y de llegar a consensos que deben ser «locales», «rescindibles» y «limitados en el espacio-tiempo» y que parecen corresponderse con la evolución de las interacciones sociales desde la institución permanente al contrato temporal.

Para LYOTARD, el acento debe ponerse en la disensión. La disensión en la pragmática científica permite perturbar el paradigma establecido, abrir nuevos campos de investigación y hacer posibles descubrimientos imprevisibles. Y esto es lo que parece preconizar para la pragmática social la búsqueda de la «paralogía» entendida como disenso (131). Cabrán consensos locales y

(127) Cfr. LIPOVETSKY, G., *op. cit.*, págs. 129-130

(128) Cfr. HELLER, A., *Políticas de la postmodernidad*, Ediciones Península, Barcelona, 1989, págs. 49-51

(129) Cfr. FEHER, F., y HELLER, A., en *Políticas de la postmodernidad*, pág. 160.

(130) Cfr. LYOTARD, J. F., *op. cit.*, págs. 109-119

(131) Cfr. MUGUERZA, *op. cit.*, págs. 463-464. Se pregunta en qué sentido emplea el término «paralogía», si como disenso o como renuncia a la razón.

limitados respecto de la idea de justicia, pero siempre se podrá disentir, y este disenso servirá para alumbrar nuevas perspectivas y soluciones morales. Y por eso termina anunciando para el futuro «una política en la cual serán igualmente respetados el deseo de justicia y el de lo desconocido» (132).

d) La posición de HELLER (133), desarrollada más ampliamente, puede sintetizarse del modo siguiente:

1. a') Existe un «concepto formal de justicia» según el cual el sistema normativo propio de cada grupo humano debe ser aplicado de modo consistente y continuo a todos y cada uno de sus miembros.

b') La justicia o injusticia sólo puede predicarse de una acción cuando la comparamos o ponemos en relación con ciertas normas o reglas.

c') Las distintas sociedades tienen ideas diferentes acerca de la justicia, que se expresan en máximas divergentes: A cada uno lo mismo; a cada uno según sus méritos; a cada uno según su categoría; a cada uno según su rango; a cada uno lo que le corresponde por pertenecer a un grupo concreto. (El principio a cada uno según sus necesidades va, a su juicio, «más allá» de la justicia).

2. a') Debe distinguirse entre justicia «estática» y «dinámica». La justicia es «estática» cuando las normas con las que comparamos la acción son aceptadas sin cuestionarlas ni ponerlas en tela de juicio. Si, por el contrario, el sistema normativo o las diferentes reglas que lo componen son cuestionadas y sometidas a debate y se cuestiona y debate también acerca de las propuestas alternativas, estamos ante una concepción «dinámica» de la justicia». La justicia «estática» está ligada a la idea de consenso; la justicia «dinámica», a la de conflicto.

b') Toda sociedad necesita de una justicia estática, que es, por otra parte, típica de las sociedades premodernas. Por el contrario, en las sociedades del presente son escasas las normas que suscitan el consenso social del grupo y gran parte del complejo normativo está permanentemente cuestionándose y sometiéndose a verificación.

c') Para juzgar la justicia o injusticia de una norma podemos remitirnos a ciertos criterios últimos —que HELLER admite implícitamente que pueden variar en los distintos tiempos históricos—. Superada la idea de la ley divina o de la ley natural, las sociedades modernas han universalizado y convertido en «ideas valor» los valores de libertad y vida, entendiendo por «idea valor» aquel valor cuyo opuesto no puede ser elegido como tal.

---

(132) WELLMER (*Sobre la dialéctica de modernidad y postmodernidad*, Visor Distribuciones, Madrid, 1993, págs. 107-112) critica a LYOTARD por su superficialidad y por dejar en definitiva sin solución el problema de una «justicia sin consenso»

(133) Cfr. HELLER, A., «La justicia social y sus principios», en *Políticas de la postmodernidad*, págs. 198-214.

Por tanto, para HELLER el criterio último para calibrar la justicia o injusticia de las normas queda referido al principio «igual libertad para todos; iguales oportunidades de vida para todos».

d') En las sociedades modernas, a diferencia de la tradición anterior, no es un grupo concreto, sino todos los grupos sociales quienes demandan iguales libertades y oportunidades vitales. Y paralelamente no se acepta que sea la fuerza quien resuelva los conflictos sociales y políticos, sino que el sistema normativo ha de ser resultado de la negociación vía compromiso o de un discurso donde a través de la argumentación racional se llega al consenso. En suma, se observa una clara influencia habermasiana porque se sostiene que, al menos por vía tentativa, debemos aproximarnos a sistemas normativos consensuados por medio de un discurso en que se supone que todos los participantes pueden recurrir a aquellas «ideas valor» de libertad y vida, aunque se reconozca que ningún programa en pro de una sociedad justa puede ser válido y aceptado por todas las naciones, todas las culturas y todas las formas de vida.

Libertad y vida son los valores auténticos con los que se relacionan las virtudes cívicas, y quedan combinados con el valor condicional de la igualdad cuando demandamos para todos «iguales libertades e iguales oportunidades de vida».

Las principales virtudes cívicas relacionadas con aquellos valores serían para HELLER (134):

- a) La tolerancia radical como reconocimiento y respeto hacia todas las formas de vida que no impliquen la utilización de otros seres humanos como simples medios.
- b) Valentía cívica, que es la virtud de alzar la voz por las causas que consideramos correctas incluso en situaciones de abrumadora desventaja.
- c) Solidaridad, entendida como ayuda activa, aunque no incondicional, a los grupos, movimientos y colectividades que tratan de reducir el nivel de violencia y opresión en las instituciones sociales y políticas.
- d) Justicia, como juicio justo, informado, imparcial y libre de prejuicios.
- e) Prudencia, como buen criterio en la decisión y en la aplicación de la norma.
- f) Disponibilidad para la comunicación racional, de modo que todos los implicados en una institución, ley o acuerdo social estén dispuestos a participar en un discurso racional relativo a la corrección o justicia de tales normas, convenios o instituciones.

---

(134) Cfr. HELLER, A., «Ética ciudadana y virtudes cívicas», en *Políticas de la postmodernidad*, págs. 224-231.

La «cosa común», la *res publica*, ha de estar inspirada —para HELLER— en los valores universales de libertad y vida. Y para ello habremos de desarrollar en nosotros mismos las virtudes cívicas, de modo que la ciudad sea lo que debe ser: la suma total de todos sus ciudadanos.

GERMÁN GALLEGO DEL CAMPO  
Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas  
Registrador de la Propiedad



# Los orígenes de la vía subrogatoria

## 1. PLANTEAMIENTOS INTRODUCTORIOS Y TERMINOLOGICOS

*Nomina numina.* Una manera tradicional de designar las cosas ha venido denominando acción subrogatoria al poder que las leyes civiles reconocen a todo acreedor para incidir en la esfera patrimonial de su deudor al objeto de atender a la tutela de su crédito. Aunque la propia Ley nunca utilice de manera expresa semejante nominación, lo cierto es que su empleo tradicional e indiscriminado ha venido a producir una suerte de conformación dogmática (recuérdese la aguda observación de BIONDI sobre «la terminología romana como primera dogmática jurídica») que a estas alturas resulta muy difícil desmontar.

En efecto, los artículos 1.166 y 1.234 de los Códigos Civiles francés e italiano de 1865 se limitan a decir que «los acreedores pueden ejercitar todos los derechos y acciones de su deudor». El artículo 1.111 del Código Civil español reseña que «los acreedores pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste» (el deudor); y a tenor del artículo 2.900 del Código Civil italiano de 1942, «el acreedor puede ejercitar los derechos y acciones que correspondan frente a los terceros al propio deudor». Fórmulas todas que revelan tan sólo que el acreedor, ante determinada situación de peligro para su derecho, se halla jurídicamente legitimado para actuar de determinada manera respecto a los derechos (*lato sensu*) patrimoniales de su deudor. ¿Significa semejante legitimación la concesión al acreedor de una genuina acción que por su especial fisonomía y presencia convendría llamar acción subrogatoria? ¿El «pueden» legal conforma la existencia a favor de los acreedores de un genuino derecho de entraña sustantiva o prefigura tan solo la concesión a los mismos de una acción para atacar la inactividad dañina del deudor?

La interrogante no es baladí, pues según se conteste de una u otra manera, como tendremos ocasión de considerar con todo detalle más adelante, el instituto en estudio adquiere muy diferentes connotaciones, se ubica en uno u otro campo jurídico y resulta productor de consecuencias sensiblemente distintas. Llevadas las cosas al extremo, la contestación que se adelante puede

implicar la retención del mecanismo en la esfera del Derecho Civil o su traslación al ámbito del Derecho Procesal, negándole, tal como hace ALLARA, naturaleza sustantiva (1).

Claro que también cabe intentar conciliar los contrarios y colocar la figura en una especie de tierra de nadie en la que se movería con comodidad al no estar sometida a especiales exigencias dogmáticas y al aparecer presidida por la ambigüedad y la imprecisión. Así, por ejemplo, D'AVANZO considera que el tema de la subrogatoria se sitúa en los confines entre el Derecho sustantivo y el Derecho Procesal, pues aunque encuentra sus raíces en el campo de este último, se ha originado en el terreno del primero (2).

Se trata de un esfuerzo baldío que nada resuelve y genera complicaciones innecesarias. El intento de situar las figuras jurídicas, cuando se encuentra dificultad para su correcta ubicación, a caballo de campos normativos diferentes y aun contrapuestos, antes que solucionar el problema, suele conducir a situaciones insuperables al tener que conciliar notas y mecanismos normalmente incompatibles; por lo que aquí también resultará prudente acogerse al cautelar *tertium non datur*.

Lo cual no quiere decir que en el estudio del instituto deba prescindirse de sus aspectos procesales, sobre todo habida cuenta de que en la configuración actual del mismo en la doctrina y en la jurisprudencia se dan importantes elementos de naturaleza adjetiva, y que cualquiera que sea el enfoque o perspectiva con que se aborde aquél difícilmente cabrá prescindir de la importantísima contribución de CHIOVENDA a la figura de la sustitución procesal.

Pero una cosa es eso y otra, particularmente diferente, que al amparo de semejante dualidad de instrumentos a utilizar se intente introducir la especie de que estamos en presencia de un mecanismo que se sitúa y desliza por los intersticios existentes entre el Derecho material y el Derecho formal, porque de esa manera es casi seguro que no podríamos seguir su periplo ni entender adecuadamente su presentación y efectos.

El punto de partida, sin desconocer los distintos elementos en juego ni relegar los factores históricos acumulados, suele ser esencial a la hora de abordar el correcto tratamiento de un supuesto jurídico porque ello permite delimitar el campo de acción y el empleo cómodo de la «ayuda instrumental» que proporciona el conjunto de recursos que constituyen la base de aquél.

Situando claramente la actuación sustitutoria del acreedor en el ámbito del Derecho sustantivo como un camino dispuesto a su favor (sin mayores disquisiciones ni precisiones en este lugar) para el más adecuado ejercicio de la acreencia, la situación se puede clarificar sobremanera y el siempre difícil proceso de delimitar con nitidez los contornos y esencia de una determinada

---

(1) ALLARA, *Le nozioni fondamentali del Diritto Privato*, I, Turín, 1939, pág. 311.

(2) D'AVANZO, *La surrogatoria*, Padua, 1939, págs. 2-3.

figura rebajar algún grado su complejidad. Porque una cosa es que el acreedor, llegado el caso y particularmente cuando no obtiene la prestación que supone el objeto de la relación obligatoria de la que es titular activo, pueda actuar de determinada manera respecto al patrimonio del deudor que no le satisface o concita legítimos temores, algo que, por imbricarse en el incuestionable ámbito de la eficacia de las obligaciones, difícilmente cabe desconocer su adscripción al campo del Derecho Civil, y otra que cuando semejante situación acontezca haya que acudir normalmente, como tantas veces ocurre a la hora de materializar el ejercicio de los derechos sustantivos, a la utilización de los conductos previstos en la esfera del Derecho Procesal, por lo que, como dice BARASSI, un instituto de puro Derecho Privado sustantivo queda sujeto a la tutela del Derecho correlativo (3).

Ello no supone hibridizar la figura, adscribirla a un nebuloso *tertium genus* o asignarle doble naturaleza, sino tan sólo reseñar el *tractus iuris* que la misma deberá recorrer y poner a jugar de manera adecuada las normas sustantivas y procesales, sin intromisiones ni extensiones impropiedades, ya que semejante actuación no será otra cosa en el punto que nos ocupa que atenderse, como resalta GIOIA, a los puntos de contacto entre el Derecho sustantivo y el Derecho Procesal (4).

Quizá buena parte de los problemas y contradicciones en que se debate la civilística contemporánea en el tema que nos ocupa se deba a haber olvidado algo elemental que emana *rerum natura* y constituye el entramado natural e inexcusable del campo de los derechos subjetivos, cual es que no sólo los créditos, sino cualesquiera otros derechos únicamente son tales en cuanto el ordenamiento jurídico provea de los medios adecuados para que el legítimo interés que entrañan quede adecuadamente contemplado y protegido, por más que tan «generalísimo principio» no lo sancione el legislador «con ninguna fórmula explícita y general».

Cierto que en numerosas ocasiones son los propios interesados, de manera particular en la esfera de los derechos de crédito, quienes solícitamente se ocupan de dotar a sus pretensiones de los medios específicos de defensa, garantía y aseguramiento, para lo cual disponen de una amplia planopia de recursos personales y reales; pero no menos cierto que la recta conformación del derecho de crédito, en cuanto pretensión jurídica orientada a obtener un determinado comportamiento del deudor cuya verificación incide de manera directa y mecánica en su patrimonio, exige la contemplación de una garantía genérica o protección institucional (5) que permita la consideración de aquél

---

(3) BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milán, 1948, págs. 173 y sigs.

(4) GIOIA, *L'azione surrogatoria nel Diritto vigente*, Nápoles, 1955, pág. 4.

(5) CRISTÓBAL MONTES, *La estructura y los sujetos de la obligación*, Madrid, 1990, págs. 97 y sigs.

de manera plena y acorde con su naturaleza y finalidad, porque no dejaría de ser anómala y *sui generis* una titularidad creditual que por no haber previsto los interesados mecanismos adecuados para su preservación y tutela viera arruinada o puesta en peligro su sustancia cuando el deudor no atiende con normalidad a la satisfacción de la misma.

Hace ya muchos años que el clásico magisterio de GIORGI advertía que todo el que goza de un derecho, goza necesariamente también de la facultad de tomar las medidas para conservarlo en su integridad y eficacia primitivas, pues de otro modo el derecho sería ilusorio; de ahí la facultad del acreedor de tomar medidas conservativas que sirvan para proteger el patrimonio del deudor, ya que todos los bienes de éste son la garantía de su crédito (6). Pero sin que ella suponga, tal como hemos señalado en otro lugar, considerar que los recursos subrogatorio y pauliano forman parte del contenido del crédito (según piensan, por ejemplo, PACCHIONI y DIEZ-PICAZO) ni quepa catalogarlos como simples facultades concernientes al acreedor, «porque son realmente poderes autónomos del crédito y exteriores a él que el ordenamiento brinda a su titular para la conservación de un objetivo económico que considera plausible» (7).

Todo ello nos patentiza que el recurso en consideración no cabe catalogarlo como «acción subrogatoria», tanto porque ante él no estamos en presencia de un estricto mecanismo de defensa o actuación procesal (la mejor prueba la tenemos en el hecho de que cabe su materialización en vía extrajudicial) como porque por su través no tiene lugar un cometido específico o un logro jurídico singularizado como corresponde al *nomen iuris* de cualquier acción, sino cualquier tipo de resultado que sirva para alcanzar la genérica finalidad tuteladora que la Ley asigna al instituto subrogatorio. El acreedor que se ampara en él no ejercita una acción típica ni consigue ningún resultado jurídico típico, sino tan sólo está poniendo en funcionamiento un poder genérico, por más que en cada caso se singularice en una actuación jurídica concreta, que a la manera de un manto protector se extiende y cobija a su derecho de crédito.

Lo incorrecto de la nominación «acción subrogatoria» llevó a muchos civilistas franceses (LABBÉ, LEBEL, PERIER, MISPOULET, BOSC, etc.) y a algunos italianos (BERTOLINI, NAPOLETANI) a evitar disquisiciones dogmáticas y nominar la figura acogiéndose a la escueta dicción legal de «ejercicio de los derechos del deudor por parte del acreedor», que, aparentemente al menos, obvia la cuestión al designar la figura de manera descriptiva o dinámica y quedar cobijada, *ipso facto*, bajo la textualidad de la Ley: *utendo iuribus debitoris*.

---

(6) GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, II, Madrid, 1909, pág. 227.

(7) CRISTÓBAL MONTES, *La estructura...*, op. cit., pág. 98.

Sin embargo, probablemente en este enfoque, pese a su aparente simplicidad y ortodoxia, se cometa también error, porque una cosa es que el mecanismo actúe a través del ejercicio por parte del acreedor de los derechos y acciones del deudor y otra distinta que dicho mecanismo consista precisamente en ese ejercicio, pues una cosa es (o debe ser) la figura en sí y otra los medios por los que procura su especial cometido. Cierto que cuando el acreedor actúa en subrogación lo hace mediante el ejercicio de los derechos de su deudor, pero no tan cierto que en tal supuesto estamos, en la conformación dogmática del instituto, ante un simple supuesto de actuación de derechos ajenos; tal ejercicio es el que da contenido al mecanismo subrogatorio, pero precisamente por eso el mismo tiene que ser algo distinto y anterior. En otro caso estaríamos en presencia de un ente que es al mismo tiempo sustancia y procedimiento, que faculta para actuar, actuando, y que sólo se configura cuando se pone en funcionamiento; algo ciertamente cercano a una *contradictio in adiecto*, pues lo que faculta para ejercitar derechos ajenos no puede consistir precisamente en el ejercicio de esos derechos.

Aparte de que, según ha resaltado SACCO, el «ejercicio de los derechos del deudor» se presta a abrazar hipótesis y figuras netamente extrañas al ámbito del instituto subrogatorio, cual ocurre en el caso de que un acreedor goce de una especial garantía procesal o sustantiva (acreedor pignoraticio o cesionario de bienes), pues en el mismo, ya se sostenga que la titularidad del crédito pignorado o cedido sigue perteneciendo al deudor pignoraticio o cedente, ya se afirme que el acreedor ejercita el mismo crédito garantizado o cedido, siempre deberá concluirse que dicho acreedor hace valer un derecho de su deudor; cuando no resulta correcto considerar que semejante ejercicio pueda estimarse una aplicación del poder subrogatorio, dado que éste no excluye al deudor del ejercicio de sus derechos (8).

A la idea de ver en el mecanismo subrogatorio la manifestación genérica del «ejercicio de los derechos del deudor por parte del acreedor» ha contribuido de manera determinante la concepción romana de intransmisibilidad de los créditos, que, concibiendo la relación jurídica obligatoria como un vínculo estrictamente personal, no admitía que el acreedor pudiese ceder libremente su derecho a otra persona a no ser por la vía de la sucesión universal *mortis causa* (9). El peso de esta tradición llevaba a ver en los casos de cesión o adjudicación de un crédito que el acreedor ejercitaba un derecho ajeno, cuando pocas dudas puede haber de que en los Derechos modernos el acreedor cesionario o adjudicatario está ejercitando un derecho propio.

---

(8) SACCO, *Il potere di procedure in via surrogatoria*. Turín, 1955, págs 4-5.

(9) CRISTÓBAL MONTES, *Curso de Derecho romano. Derecho de obligaciones*, Caracas, 1964, pág. 733.

*Quid iuris?* La expresión «acción subrogatoria» resulta inexacta y propicia los intentos de mutación de la sustancia del mecanismo que se considera. La explicación meramente descriptiva «ejercicio de los derechos del deudor» padece taras históricas hoy inaceptables y tiende a confundir contenido con continente, modo de actuar con posibilidad de actuar de una determinada manera. Por lo que no parece rechazable el intento de encontrar algún tipo de nominación que excluya los inconvenientes de las usualmente utilizadas.

Pienso que esa nominación es la de «vía subrogatoria» en cuanto el ordenamiento civil brinda a los acreedores la posibilidad de incidir en la esfera patrimonial de sus deudores, pero sin que ello suponga el ejercicio de una específica acción (¿cuál será el concreto derecho por ella tutelado?), ni siquiera la mera secuencia de materializar la actuación de los derechos del deudor, porque eso no es otra cosa que el *modus operandi* y no el mecanismo o vehículo que permite semejante conducta, sino más bien que queda abierta una vía expedita y cómoda para que el acreedor que ve peligrar su derecho por la pasividad del deudor penetre en la esfera patrimonial de éste y actúe suplantando su protagonismo.

Vía subrogatoria que brinda todavía la posibilidad de utilizarla, de caminar por ella, pero que evita el inconveniente de reconvertirla e identificarla con un concreto vehículo de los que por su través discurren, e impide que el fenómeno se desenfoque mediante su contemplación desde el ángulo de la forma en que el tránsito se produce, porque poca duda puede haber de que por más que el acreedor que acude a la vía subrogatoria lo hace por medio del ejercicio de los derechos de su deudor, semejante actuación no la realiza ejercitando un poder ajeno, sino mediante la actuación de un poder que le corresponde, no *iure alieno*, sino *iure proprio*.

## 2. INDICACIONES HISTORICAS. DERECHO ROMANO

Cuando FERRARA señala las muchas dudas y controversias que suscita la consideración del mecanismo subrogatorio, aparte de lo dudoso de su función (meramente conservativa o ejecutiva) y los obstáculos casi insuperables que presenta la delimitación del objeto del mismo, apunta también que la cuestión se torna todavía más oscura porque en este punto, a diferencia de lo que ocurre en tantos otros del Derecho de Obligaciones, el precedente, el magisterio, la pauta romana no procura luces orientadoras suficientes (10). Y es que, ciertamente, no se conoce bien el camino romano por el que pudo derivar la figura que nos ocupa.

---

(10) FERRARA, «Natura giuridica dell'azione surrogatoria», en *Scritti giuridici*, II, Milán, 1954, págs. 131-140.

En el *Digesto* Justiniano y a propósito «de la restitución que se concede a los acreedores perjudicados con fraude» se recogen dos textos, uno de PAULO y otro de ULPIANO, que han llevado a algún autor a intentar descubrir en ellos «el primer germen de la moderna acción subrogatoria». A tenor del primero, «se ha de entender que también comete fraude el que no hizo lo que debía hacer, esto es, si no usase de las servidumbres» (11); y de acuerdo al segundo, «debemos entender que se hizo por causa de fraude no sólo lo que hizo por contrato, sino también no presentándose en juicio por no querer, o permitiese que se sentencie contra él en rebeldía, o no pidiese a su deudor para que se prescriba la deuda, o deje perder la servidumbre o usufructo» (12).

Ha sido PACCHIONI quien intentó tan difícil empeño. Se pregunta el gran romanista y civilista italiano si en los casos contemplados por los juristas clásicos reseñados el remedio habría podido consistir en otorgar una *actio ex delicto* contra el omitente, aplicar un interdicto o acogerse a la *in integrum restitutio*; y contesta que cómo sería posible pensar en la aplicación de este último remedio contra el deudor a cuyo favor hubiere jugado la prescripción por la omisión del acreedor. Ante el silencio de las fuentes, PACCHIONI se inclina por considerar que en los supuestos de inercia fraudulenta del deudor el Derecho Romano admitía la posibilidad de que el acreedor pudiese intervenir sustituyendo al deudor como gestor de sus negocios, impidiendo la extinción del litigio o la prescripción de la acción; «y en este asiento se podría ver el primer germen de la moderna acción subrogatoria» (13).

Y, ciertamente, el razonamiento tiene lógica y fuerza. Denunciar el carácter fraudulento de la inacción del deudor, constatar que en los casos en que la misma se materializa no cabe la utilización de los recursos reparatorios comunes y concluir que, ello no obstante, no debe facultarse al acreedor para actuar en sustitución del deudor impidiendo un daño que, en definitiva, va a incidir sobre él al imposibilitar o dificultar la realización de su crédito por la insolvencia o disminución patrimonial de dicho deudor, no parece excesivamente coherente ni razonable.

Pero este tipo de planteamiento no sirve para el Derecho romano, en el que la rigidez procedimental, la tipicidad de las figuras jurídicas y el carácter tasado de los mecanismos de defensa y tutela no permiten considerar la existencia de un determinado recurso cuando no ha sido plasmado de manera expresa y típica. Aventurar que en base al hecho de que se adviertan supuestos que en el Derecho moderno darán lugar a la aplicación del remedio genérico de la acción subrogatoria debe predicarse para el Derecho romano análoga solución o, al menos, hay que asumir que ahí está el origen del instituto sustitutorio es, aparte

---

(11) D. 41, 8, 4.

(12) D. 42, 8, 3, 1.

(13) PACCHIONI, *Delle obbligazioni in generale*, Padua, 1941, pág. 145

de incurrir en un anacronismo al revés, desconocer las vías por las que se mueve la reflexión y la formulación jurídica romanas.

Y ello aun dejando a un lado que la expresión de PAULO «*non facit quod debet facere*» probablemente nos sitúa fuera del marco natural de la subrogación, porque es muy dudoso aseverar que los deudores están obligados a ejercitar los derechos y acciones de que son titulares, ya que en ese caso quizá no haría falta el recurso subrogatorio; y que precisamente por ello es por lo que la Ley permite a los acreedores intervenir para remediar el daño que la pasividad del deudor, pasividad por otro lado perfectamente lícita, les pueda irrogar. Amén de que resultaría un tanto insólito y anómalo que el origen de una determinada figura jurídica se pueda hallar en supuestos que no contemplan algunas de las notas que son definitorias de la misma o exigen algo que no forma parte de su *fattispecie*.

En efecto, se observará que tanto en el texto de PAULO como en el de ULPIANO se habla de «comete fraude» y de «por causa de fraude», expresiones que supondrían un punto de referencia harto extraño si en los mismos tratásemos de hallar *in nuce* el origen de la acción subrogatoria, ya que sabido es que mientras el *consilium fraudis* constituye uno de los presupuestos de la acción revocatoria o pauliana, el mismo no se conforma como tal en el ámbito de subrogación, ya que en él el lugar del fraude por parte del deudor es ocupado por la inercia, pasividad o falta de actuación del obligado respecto a los derechos y acciones de que es titular.

Mucho más extraña y más fácil de excluir es la teoría que pretende encontrar el origen de la subrogatoria en la *actio Serviana utilis* o *quasi Serviana* o *hypothecaria* (SERAFINI, BARLETTA).

Sobre la base del *interdictum Salvianum* que permitía al arrendador de una finca obtener la posesión de los instrumentos de cultivo (*invecta et illata*) introducidos por el colono que no pagaba la renta, se pasa a la *actio Serviana* que se concede al acreedor pignoraticio o hipotecario como *actio in rem* contra cualquier tercero cuando no se hallase en posesión del *pignus*, y a sus herederos y cada uno de ellos a causa de la indivisibilidad de la prenda.

Pretender encontrar en estas hipótesis el más ligero atisbo del mecanismo subrogatorio es tarea baldía porque fallan en ellas todos los presupuestos que configuran el mismo y la finalidad que justifica su existencia. Aquí no hay conservación de la garantía patrimonial, aquí no existen derechos y acciones del deudor y aquí no se da abandono, desidia o pasividad por parte de éste; por lo que no debe extrañar que D'AVANZO advierta que tal teoría no puede ser acogida y debe reputarse insólita en razón de que basta una «sucinta exposición del objeto y del modo en que se ejercitaba la *actio hypothecaria*, así como sus efectos...», para excluir cualquier punto de analogía con la subrogatoria» (14).

---

(14) D'AVANZO, *La surrogatoria...*, op. cit., pág. 9.

Mientras imperó en Roma el sistema de la *legis actiones* es obvio que no tiene sentido preguntarse por la existencia de algún mecanismo de sustancia subrogatoria que permitiría a los acreedores ejercitar derechos de sus deudores para el cobro de lo que se les debe, ya que ni siquiera hacía falta incidir sobre los bienes del obligado a la hora de realización del crédito en cuanto la *manus iniecto* permitía sujetar la persona misma del deudor.

La *lex Poetelia*, al proclamar el inestimable y progresista principio *pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse*, produjo una mutación sustancial en este estado de cosas porque a la hora de ejecución del crédito el punto de referencia pasa de la persona del deudor a la afcción de sus bienes, de la ejecución personal a la ejecución patrimonial, por lo menos en determinados supuestos, en cuanto no era posible recurrir a la *manus iniecto* contra el deudor no *confesus* ni *iudicatus*.

Si en ciertos casos ya no era posible acudir a la ejecución personal, se hacía preciso establecer algún mecanismo que permitiese a los acreedores cobrarse sobre los bienes del deudor. Según cuenta GAYO, el pretor Rutilio Rufo concede a los acreedores que han obtenido una sentencia condenatoria la *missio in bona* como medida previa para llegar a la venta de los bienes (*bonorum venditio*) del deudor.

Ver en la *missio in bona* y en la subsiguiente *bonorum venditio* un anticipo claro y directo de la figura subrogatoria que nos ocupa, sin duda, sería excesivo e impropio habida cuenta de que en las mismas no había otra cosa que una ejecución universal por cuyo través el Magistrado procedía a adjudicar a un *bonorum emptor* la totalidad del patrimonio del deudor y en provecho del conjunto de sus acreedores.

Ahora bien, podía suceder que durante la vigencia de la *missio* hubiera necesidad de ejercitar algún derecho del deudor ejecutado; en tal caso, ni aun siquiera en el supuesto de que se hubiese procedido ya a la venta total del patrimonio del deudor podían los acreedores hacer valer aquel derecho, pues era un *curator*, eso sí escogido entre los acreedores, nombrado al efecto quien estaba autorizado para ejercitar una *actio utilis* frente a los deudores del deudor ejecutado: «Se practica recurrir al pretor para que nombre curador, y así, con consentimiento de la mayor parte de los acreedores, nombra uno o más curadores» (15).

A finales de la época del procedimiento formulario DIOCLECIANO sustituye la *missio in bona* y la venta en bloque a ella ligada por la *bonorum distractio* y la consiguiente venta individualizada de los bienes del deudor. También aquí era precisa la existencia de un *curator*, elegido asimismo entre los acreedores, al objeto de ejercitar los derechos litigiosos, de estar en juicio por el deudor y de vender los bienes del deudor que fuera preciso para satisfacer

---

(15) D 42, 7, 2.

cabalmente los derechos de sus acreedores: «Si se pusiese al acreedor en posesión de los bienes del deudor, se debe nombrar curador si se han de intentar algunas acciones» (16).

La existencia de semejante *curator bonorum*, autorizado para hacer valer en juicio las acciones del deudor, aunque pueda considerarse tan sólo como una facilidad procedimental en el seno de la ejecución y como mera concesión pragmática a la hora de defender en beneficio de los acreedores la integridad patrimonial del deudor, supuso, como agudamente captó en su día ZUCCONI, un orificio importante a la regla romana antigua del carácter estrictamente personal de los derechos de crédito. Ahora ya, aunque faltase la ficción originaria del sucesor universal, era posible ejercitar los derechos crediticios de otro y comienza a asentarse en el Derecho romano la idea de que la esencia de la relación obligatoria se halla en la utilidad que contempla el acreedor a la hora de su constitución, utilidad que existe con independencia de la forma en que tenga lugar la actividad satisfactiva del deudor (17).

Lo cierto es, empero, que el riguroso carácter intransmisible fuera de la sucesión universal que imponía la concepción personalista estricta de la obligación romana en cuanto chocaba contra la naturaleza de las cosas y pugnaba de manera directa con las necesidades y conveniencias de la vida de relación ya había sido orillado con antelación, tímida y circunstancialmente, a través de ese procedimiento tan típicamente romano de mantener el principio y evitar en casos determinados sus perniciosos efectos mediante sutiles mecanismos, recursos indirectos y empleo de figuras para fines distintos de aquellos que le son típicos.

Así, ya en la época de la *legis actiones*, aunque desde el punto de vista jurídico no cabría hablar de transmisión del crédito sino de extinción de la vieja obligación y de su sustitución por otra nueva dotada de *idem debitum*, económicamente no puede dudarse de que los efectos propios de la cesión de créditos se producen a través de la *delegatio nominis*: «Si yo quiero hacerme acreedor de lo que otro me debe —nos dirá GAYO—, no puedo conseguirlo por ninguno de los modos por los que se transmiten las cosas corporales, sino que es necesario que con mi autorización tú lo estipules así de mi deudor, con lo cual se consigue que éste se libre respecto a mí y se obligue para contigo» (18).

Una vez que se introduce el procedimiento formulario y admitida la posibilidad de la representación procesal (*litigare pro alio*), la misma se utiliza

---

(16) D. 42, 5, 14.

(17) ZUCCONI, «L'origine storica dell'azione surrogaria», en *Rivista di Diritto Civile*, 1910, págs. 757-758.

(18) GAYO, 2, 38.

para producir los efectos de la cesión de créditos. El acreedor que deseaba disponer de su derecho a favor de otro nombraba a éste *cognitor* o *procurator* para que se encargase de perseguir judicialmente al deudor (*debitor cessus*) y le dispensaba al mismo tiempo de la obligación de rendir cuentas y de entregarle lo que recibiese en virtud de sentencia, razones por las que a tan singular representante procesal se le denominaba *procurator in rem suam*.

Este representante judicial no podía demandar, obviamente, en su propio nombre, sino en el del mandante, cuyo derecho ejercitaba; por ello, en la fórmula, mientras la *intenuo* recogía el nombre de éste, la *condemnatio* se concedía a favor del *procurator*, algo que, como antes se advertía, venía a producir en beneficio del mismo las secuelas patrimoniales de la cesión del crédito.

El mecanismo de la *procuratio in rem suam* tenía indudables ventajas sobre el de la *delegatio nominis*, pues no precisaba del consentimiento del deudor y permitía que el derecho reclamado por el *procurator* fuese precisamente el mismo que correspondía al acreedor titular, con todos sus elementos accesorios y garantías.

Empero, presentaba defectos, inconvenientes y peligros, como de ordinario ocurre con todo procedimiento utilizado para obtener un objetivo que no es el suyo. Así, el *mandatum in rem suam* era revocable a voluntad del mandante, por lo que con antelación a la *litis contestatio* el acreedor cedente podía hacer ilusorios los derechos del *procurator*-cesionario revocando expresa o tácitamente el mandato.

De la misma manera, el *mandatum in rem suam* se extinguía por la muerte del cedente o del cesionario antes de la *litis contestatio* y la cesión también podía resultar frustrada en cuanto el deudor estaba facultado para pagar directamente en cualquier momento al acreedor, proceder éste a una nueva cesión procesal o realizar el mismo la *acceptilacio* del crédito.

Ya la jurisprudencia clásica había intentado paliar algunos de los inconvenientes más llamativos de la figura procesal que se está considerando, línea en la que prosiguió el Derecho imperial. Así, se dispuso que el deudor no podía pagar válidamente a su acreedor a partir del momento en que el *procurator* le hubiese hecho saber (*denuntiatio*) el encargo procesal efectuado con efectos de cesión de crédito (19). Con lo que el *mandatum in rem suam* se configura como irrevocable, no a partir de la *litis contestatio*, sino desde el instante en que el *cognitor* notifique al deudor la representación procesal que le ha sido conferida, circunstancia que determina, como advierte Соhm, que a partir de ese momento el mandatario *in rem suam* tenga derecho a que el deudor le pague a él exclusivamente, «por lo que empieza a alborear la idea de cesión», ya que aunque «el mandatario no adquiere todavía la condición

---

(19) C. 8, 42, 3; y C. 8, 17, 4.

de acreedor, sí asume un derecho a actuar por él, no obtiene la titularidad del crédito, más sí el derecho a ejercitarlo» (20).

Un paso ulterior en la misma dirección lo da el rescripto del príncipe ANTONINO PIO, por el que se concede al comprador de una herencia las acciones de los créditos incluidos en el patrimonio hereditario en concepto de *actiones utiles*, ejercitables *suo nomine* contra los deudores de la herencia enajenada: «Si se hubiese concertado un pacto con el comprador de la herencia y demandase el vendedor, le perjudique la excepción de dolo, pues desde por rescripto del divino Pio han de darse al comprador de la herencia las acciones como *utiles*, con razón puede el deudor hereditario usar la excepción de dolo contra el vendedor de la herencia» (21).

Aunque no se conocen con exactitud las condiciones de ejercicio de esta *actio utilis*, ni como estaba configurada su fórmula, no parece haber duda de que la misma podía ejercitarse sin necesidad de recurrir al *mandatum agendi*, es decir, correspondía al adquirente por el mero hecho de haber comprado la herencia, con independencia de que se le hubiere otorgado o no mandato para su ejercicio. El cesionario podía con tal acción dirigirse *nomine proprio* contra el deudor y quedaba a cubierto de todo peligro de revocación por parte del cedente.

Posteriores constituciones imperiales fueron otorgando acciones útiles al comprador de un crédito (22), a quien lo recibió en prenda (23), al marido en caso de constitución de dote consistente en un crédito (24), al legatario de crédito (25) y a quien recibe un crédito en pago (26). Todo ello va alejando la cesión de créditos del *mandatum in rem suam* y «provoca que la figura del mandato se vaya separando de la cesión misma, comenzando a configurarse esta última como institución autónoma» (27).

El ciclo se cerrará con la generalización en tiempos de Justiniano de la *actio utilis* a favor de cualquier adquirente de un crédito a título particular; ahora ya no hará falta acudir al *mandatum in rem suam*, y en nada influye que el acreedor haya nombrado al cesionario mandatario judicial ni que la *procuratio* se revoque o no válidamente, por lo que, en opinión de PACCHIONI, «si se mira a la realidad de las cosas más que a la forma y a las palabras..., la obligación se había hecho activamente transmisible incluso a título particular» (28).

(20) SOHM, *Instituciones de Derecho Privado romano*, México, 1951, pág. 260.

(21) D. 2, 14, 16.

(22) C. 4, 29, 5.

(23) C. 8, 18, 4.

(24) C. 4, 10, 2.

(25) C. 4, 37, 18.

(26) C. 4, 15, 5.

(27) CRISTÓBAL MONTES, *Curso de Derecho romano*., op. cit., págs. 734 y sigs.

(28) PACCHIONI, *Manual de Derecho romano*, II, Valladolid, 1942, pág. 73.

Largo camino para llegar al conveniente objetivo de la transmisión sustantiva de los créditos, y largo camino que va allanando al mismo tiempo los inconvenientes que dificultan el ejercicio de los derechos del deudor por parte del acreedor, pues parece obvio que se facilita la admisión de un mecanismo que permita a éste hacer valer, en función de la garantía y realización de su derecho, las titularidades patrimoniales del obligado si se parte de la idea de que los derechos de crédito no están ligados de manera sustancial a la persona de su titular y, por ende, no resultan intransferibles. Lo que no puede salir de la esfera del deudor, incluso aunque él lo desee, difícilmente podrá ejercitarse por el acreedor al margen de la voluntad de aquél.

Y ahora, tras tal *excursus*, volvamos a nuestro olvidado *curator* que ejercitaba, llegado el momento de la ejecución, los derechos que pudieran corresponder al deudor ejecutado. Como dice ZUCCONI, la analogía entre las dos hipótesis y la actitud romana de utilizar las instituciones ya existentes para fines distintos de los propios permiten suponer que para explicar la transmisión de los derechos del deudor al *curator* debió seguirse un sistema análogo al de la transmisión de los créditos y, por tanto, es presumible que, en un primer momento, el pretor colocase al curador en el puesto del cesionario, permitiéndole actuar en calidad de procurador del deudor, y más tarde le otorgase aquella acción útil que acabó reconociéndose en la *procuratio* (29).

Como ha resaltado BETTI, siguiendo a EISELE, la posición procesal del cesionario a quien se ha conferido una acción útil es la del sustituto procesal que comparece en juicio en nombre propio para hacer valer derechos ajenos (30). Y esta circunstancia va a tener un peso específico en el largo y tortuoso camino de encontrar, de ir descubriendo los materiales que permitan la construcción del vehículo razonable y sólido para la aparición y puesta en marcha del mecanismo subrogatorio. Los sucesivos pasos que se han ido comentando habrían desbrozado el campo de cara a consolidar una plataforma que posibilitara a los acreedores el ejercicio de los derechos de su deudor para realizar sus créditos una vez se contase con un supuesto específico cuya *substantia iuris* se acomodara sin forzamiento a la citada finalidad.

Desde el momento en que se admite la transmisibilidad de los derechos de crédito queda abierta también la posibilidad de que los mismos puedan ser dados en prenda como garantía de otro crédito (*pignus nominis*), el acreedor de esta suerte garantizado, aparte de la titularidad de su propio crédito, ostentará un derecho de prenda sobre otro crédito del deudor o un tercero cuya realización deberá poder instar llegado el caso de que no sea satisfecho el crédito asegurado pignoriamente: «Establecido el uso de dar en prenda las obligaciones de los deudores, ha parecido consiguiente dar al acreedor, des-

---

(29) ZUCCONI, «L'origine...», *loc. cit.*, págs. 758-759.

(30) BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, II, Madrid, 1969, pág. 361.

pués de la venta de las deudas, las acciones útiles para exigir el pago, cual competían al acreedor (31).

El *pignus nominis* podría suponer, en consecuencia, un importante hito de cara al ejercicio subrogado de los derechos del deudor por parte del acreedor; aunque circunscrito al supuesto específico del crédito pignorado, los acreedores quedaban facultados convencionalmente para actuar sobre la esfera patrimonial de sus deudores, pudiendo exigir mediante la oportuna *actio utilis* el crédito dado en prenda o proceder a su venta: El largo camino antes reseñado de cara a la admisión de la cesión sustantiva de los créditos producía ahora, desde otro ángulo, este fruto indirecto de sustitución de un acreedor por otro a la hora de proceder a la realización del crédito.

El *pignus nominis* convencional tuvo su réplica en el *pignus in causa iudicati captum* judicial, réplica obligada una vez admitida la posibilidad de que los derechos de crédito pudieran ser ejercitados por alguien distinto a su titular para el caso de que en la fase de ejecución se encontrasen derechos de crédito en el patrimonio del deudor. ANTONINO PIO dispondrá que «los Jueces ejecutarán sus sentencias de modo que reciban en lugar de prenda los créditos a favor del deudor si no hubiese otra cosa que poder tomar» (32).

En uno y otro caso, el acreedor favorecido por el *pignus* podía realizar los *nomina debitorum* para la satisfacción de su propio derecho; pero en cada uno de los supuestos el procedimiento al efecto revestía peculiaridades.

El acreedor favorecido con el *pignus nominis*, una vez incumplida la obligación garantizada, podía vender el crédito pignorado al igual que se vende cualquier objeto corporal, en cuyo caso el comprador del crédito gozaba de una acción útil para realizar el crédito adquirido. Podía también proceder a exigir la satisfacción de crédito dado en prenda mediante la oportuna reclamación al deudor de su deudor con la misma acción útil puesta también a su disposición y hacerse pago mediante la suma o la cosa recibida.

Distinto era el camino en el caso del *pignus in causa iudicati captum*, *pignus* judicial concedido al acreedor para tutelarlos contra los daños derivados de la obstinada resistencia a cumplir por parte del deudor confeso o condenado: «si no pagaren dentro del término... se tomarán prendas, y éstas se venderán si no pagan dentro de dos meses» (33). El acreedor quirografario podía, en consecuencia, servirse de los créditos de su deudor cuando una vez obtenida la *confessio* o la *condemnatio* del mismo se hacía conceder judicialmente dicho tipo de prenda que afectaba, caso de que no fueran suficientes los bienes corporales, a los referidos *nomina debitoris*.

---

(31) C. 4, 39, 7; C. 4, 8, 17; D. 13, 7, 13 pr.; D. 4, 39, 7.

(32) D. 42, 1, 15, 8.

(33) D. 42, 1, 31

Con todo, es de destacar que a pesar de la idéntica sustancia de las prendas convencional y judicial, la ejecución de esta segunda se apartaba del molde de la primera y aparecía signada por dos circunstancias gravosas para el acreedor: no podía éste actuar de manera directa y personal, sino que debía hacerlo a través del Magistrado encargado de la ejecución; y no podía instar la realización de los créditos sin antes haber procedido a la ejecución de los inmuebles y los muebles de su deudor. Cumplidos estos presupuestos, tratándose de créditos del deudor, los *apparitores* o *executores litium* del Magistrado, una vez obtenida la condena o la *confessio in iure* del deudor, procedían a cobrar el crédito o a venderlo para entregar al acreedor lo obtenido.

Vistos los supuestos hasta aquí considerados, procede preguntarse qué tienen que ver ellos con el moderno mecanismo de la llamada acción subrogatoria. Los puntos de contacto que parecen detectarse en el *pignus nominis* convencional o judicial, la natural proclividad a intentar hallar en el precedente romano el origen de las figuras de los Derechos latinos y el sello de la nobleza y aprecio que ello genera de manera automática explican que la doctrina haya tendido siempre a ver los supuestos romanos que antes se expusieron en una mayor o menor proximidad conceptual al mecanismo que permite a los acreedores ejercitar los derechos de sus deudores.

En Francia, la doctrina más clásica (DOMAT, MALEVILLE, etc.) tendió a considerar que entre el *pignus nominis*, en especial el *pignus nominis in causa iudicati captum*, y el remedio subrogatorio moderno existía una profunda similitud, hasta el punto de que pueden ser identificados y cabe hablar de un genuino precedente romano de la figura moderna.

En España, sólo la civilística de nuestros días toca tangencialmente la materia; y así, mientras LACRUZ sostiene que es cierto que el Derecho romano conoció la técnica subrogatoria, pero no parece que existan en él precedentes directos de la acción subrogatoria (habla de «prurito historicista excesivo en la doctrina») (34), Díez-PICAZO considera que lo más probable es que la acción subrogatoria no naciera en el Derecho romano, sino en el Derecho intermedio por una generalización de los principios latentes en aquél (35).

Para FAURA, el *pignus giudiciale* y el *pignus nominis* se entroncan y con ello se extiende la facultad de ejercitar los derechos del deudor, de los acreedores provistos de prenda voluntaria, a toda clase de acreedores, pero con la particularidad de que en el *pignus giudiciale* la venta o exigencia del crédito corresponde al Juez y no al acreedor; «toda la evolución posterior —nos

---

(34) LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, II-1, Barcelona, 1985, págs. 320-321.

(35) Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, I, Madrid, 1983, pág. 758.

dice— se dirige a forzar esta limitación y a permitir el ejercicio de los derechos del deudor directamente por el acreedor» (36).

Y en opinión de GULLÓN BALLESTEROS, aunque se puede negar la similitud honda entre ambos institutos, tal negativa no debe hacerse de manera radical en cuanto existe una cierta analogía entre uno y otro, por más que los procedimientos sean distintos; tanto en la subrogatoria moderna como en el *pignus* romano se da ejercicio del derecho del deudor por un tercero (37).

Pero, naturalmente, es en Italia donde se han hecho los mayores esfuerzos para tratar de encontrar los puntos de contacto entre el moderno mecanismo subrogatorio y el *pignus nominis in causa iudicati captum*, sin que, en verdad, pueda decirse que el resultado sea demasiado halagüeño.

Entre los que más claramente relacionan y vinculan la acción subrogatoria y el *pignus giudiciale* romano cabe destacar a FERRARA, que ve en éste la semilla que habría de producir el fruto de aquélla (38); a CICU, que por más que advierte que el nombre de acción subrogatoria viene del antiguo Derecho francés, su germen histórico debe ser reconocido en la figura de la prenda de créditos romana (39), y a BETTI, que asevera que precisamente en la figura del *pignus nominis*, sea convencional o judicial, se encuentran los gérmenes de la acción subrogatoria (40).

Otros autores, en cambio, se muestran más precavidos. Así, prudentemente, ZUCCONI advierte que del recorrido que cabe hacer sobre la materia en el Derecho romano la primera observación que emerge es que el ejercicio de los derechos del deudor se encuentra siempre unido e incorporado a las diversas vías de ejecución (distintas fases de la *honorum venditio* o procedimiento del *pignus in causa iudicati captum*), constituyendo una etapa y un incidente del procedimiento ejecutivo.

Ahora bien, por más que la realización no supone sino un ejercicio de los derechos del deudor y el ejercicio de los derechos del deudor no importa sino una realización, se trata, empero, de dos supuestos jurídicos separados y distintos; de los cuales uno, ejercicio de los derechos del deudor, sirve de medio para alcanzar el otro, la realización. Por lo que la prenda judicial romana no tendría otro valor que el de constituir el punto de partida para facilitar el embargo de los bienes del deudor, incluidos, claro está, los *nomina* que ostentase (41).

(36) FAURA, «La acción subrogatoria», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, IX, 1957, pág. 297.

(37) GULLÓN BALLESTEROS, «La acción subrogatoria», en *Revista de Derecho Privado*, 1959, pág. 104.

(38) FERRARA, «Natura giuridica...», *loc. cit.*, p. 140.

(39) CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milán, 1948, págs. 89-91.

(40) BETTI, *Teoría general...*, II, *op. cit.*, pág. 362.

(41) ZUCCONI, «Le origine...», *loc. cit.*, págs. 764-765.

D'AVANZO da un paso más allá al estimar que difícilmente puede encontrarse en la figura del *pignus in causa iudicati captum* el origen inmediato de la moderna subrogatoria. En su opinión, el motivo fundamental para negar la dependencia de la subrogatoria del *pignus iudiciale* está no tanto en el hecho de que ningún derecho tenía el actor para la venta de la cosa del deudor ya que corresponde al Magistrado pignorar *ex officio* dicha cosa para venderla luego, sino más bien en el hecho de que el aludido *pignus* reflejaba la ejecución de una sentencia, mientras que la subrogatoria es ella misma la que da origen a una sentencia. Sin embargo, para D'AVANZO, por más que se acoja tal señalamiento, no cabe negar que la influencia del Derecho romano, tanto sobre los medios de garantía de los derechos crediticios como sobre el resto, determina que también en esta materia deba admitirse «su peso decisivo», algo que no deja de ser un tanto singular después de sus enfáticos juicios sobre la independencia del recurso subrogatorio respecto al *pignus in causa iudicatio captum* (42).

También SACCO considera que la pretendida identidad entre la situación derivada de la pignoración romana y la moderna situación subrogatoria no es admisible en cuanto la primera presuponía un título ejecutivo en poder del acreedor y la previa ejecución mobiliaria e inmobiliaria del deudor, aparte de requerir la intervención del Magistrado.

En su opinión, la teoría que identifica la situación derivada del *pignus nominis in causa iudicati captum* y el poder de ejercicio de los derechos del deudor por parte del acreedor ha surgido bajo el imperio del Derecho común, en el que dicho ejercicio de los derechos del deudor era consecuencia de la transferencia del poder exclusivo de demandar judicialmente. Ahora bien, aunque ambos institutos tengan bien poco en común, lo cierto es que coincidían y arrancaban de un presupuesto compartido: su carácter derogatorio respecto a la intramisibilidad del crédito (43).

Y aquí, pienso, se halla la clave del problema. El punto de arranque se encuentra en la circunstancia de que la originaria y rigurosa concepción romana sobre la intramisibilidad de los derechos de crédito, amén de en otros supuestos y por conducto de alambicados procedimientos, resulta excepcionalmente desde el momento en que se permite al acreedor pignoraticio actuar la realización del crédito pignorado en el caso del *pignus* convencional, o mediante la intervención del magistrado en el *pignus* judicial.

Abierto ese portillo, se comprende sin mayor esfuerzo que un buen número de autores se obnuble y propenda a identificar semejante posibilidad con el inicio o el germen del recurso subrogatorio, que permite a los acreedores

---

(42) D'AVANZO, *La surrogatoria*, op. cit., pág. 14.

(43) SACCO, *Il potere...*, op. cit., págs. 8 y sigs.

ejercitar los derechos de su deudor para el cobro de lo que se les debe. La tentación es tan grande que explica, en buena medida, el hecho de que cuando algunos Códigos Civiles se plantean la responsabilidad patrimonial universal del deudor, a cuyo entorno pertenece precisamente la acción subrogatoria, lo hacen sobre la base de considerar, estilísticamente claro está, que «los bienes del deudor son la prenda común de sus acreedores», con lo que parecería que el instrumento pignoraticio tiene un muy especial contenido a la hora de contemplar la satisfacción de los derechos de los acreedores.

Nada más lejos de la realidad. Como hemos resaltado en otro lugar, que los bienes del deudor constituyan la prenda común de los acreedores no es más que una forma gráfica de hablar carente de rigor y precisión dogmáticos, pues la regla no significa otra cosa que, llegado el momento de la ejecución forzosa de la obligación, todos los bienes del deudor quedan afectos a la misma, repitiendo, con otros términos, la responsabilidad patrimonial universal que es propia de la fase ejecutiva de las obligaciones (44).

Cuando convencional o judicialmente se ha pignorado un crédito, es obvio que para que la figura sea operativa y tenga sentido hace falta el *a priori* de que los créditos sean susceptibles de alienación. Semejante posibilidad se halla también en la base del mecanismo subrogatorio, en cuanto sería difícilmente admisible que un acreedor pudiera ejercitar los derechos credituales de su deudor si éstos estuvieran indisolublemente ligados a su persona. Pero tal punto de coincidencia, la común necesidad de la transmisibilidad de los créditos para la existencia de una y otra figura, no establece ninguna relación de dependencia entre las mismas ni crea un nexo causal entre la prenda y la subrogatoria. El acreedor pignoraticio que, por sí o a través del Magistrado, ejercita el crédito pignorado está actuando mediante el mecanismo jurídico real del *pignus*, que le faculta por su propia naturaleza y función para proceder a la realización del objeto dado en prenda. Ahí comienza y ahí termina también toda su virtualidad, y pretender inducir de ello el germen, el origen o la semilla de la acción subrogatoria no pasa de ser un acto piadoso o bienintencionado, pero ajeno por completo a la realidad de las cosas.

Ni siquiera hace falta acudir a las razones procedimentales de D'AVANZO, en el sentido de que mientras el *pignus giudiciale* refleja la ejecución de una sentencia la subrogatoria es ella misma la que da origen a una sentencia, porque ello ni quita ni añade dogmáticamente nada a la cuestión. La clave está en que por el hecho de que en algún caso específico los acreedores pudieran realizar determinados derechos de crédito de sus deudores, no cabe derivar que se abría la vía para que genéricamente todo acreedor apareciese dotado de un poder básico que le permita el ejercicio de los derechos del deudor por la satisfacción de su propio derecho.

---

(44) CRISTÓBAL MONTES, *La estructura* , *op. cit.* , pág. 71.

Una cosa es que *uti singulare* el acreedor pueda manipular un determinado derecho de su deudor y otra, particularmente diferente, concluir de ahí que queda abierta la puerta para que entre el mecanismo subrogatorio. De la misma manera que en los ordenamientos modernos la existencia de un precepto genérico que recoja la vía subrogatoria no excluye ni torna inútil la posibilidad de que un concreto acreedor asegure su derecho recibiendo en prenda un crédito de su deudor (por la razón de preferencia en el cobro que ello entraña), *a contrario sensu*, la existencia en el Derecho romano del *pignus nominis* no suponía la admisión ni siquiera parcial de la acción subrogatoria, pues éste es un recurso pensado para otro tipo de situaciones y responde a unos presupuestos y finalidades diferentes.

No parece, en consecuencia, que, pese a los bienintencionados esfuerzos historicistas y al encomiable deseo de encontrar un precedente romano claro y directo del instituto subrogatorio, sea posible el engarce entre esta figura y los supuestos pignoraticios romanos, pues una y otros responden a planteamientos diferentes y carecen del necesario punto de contacto que permitiría el entronque y derivación de la primera y los segundos. El Derecho romano, en esta materia, no procura el claro precedente que suministra en tantos otros mecanismos y supuestos del Derecho de obligaciones.

### 3. DERECHO INTERMEDIO

Los primeros autores del Derecho común partían de este estado de cosas heredado de los romanos, y difícilmente podían encontrar en el *Corpus iuris* lo que en él no existía: la posibilidad genérica de que los acreedores, para satisfacer su crédito, ejercitaran los derechos de los deudores; por lo que resulta inexacta la afirmación de BETTI de que «quien busque los precedentes históricos de la acción subrogatoria en el Derecho común encuentra que en este último están vigentes principios y reglas que se habían elaborado en el Derecho romano tardío (45); y todavía más el parecer de GIORGI en el sentido de que la Glosa y sus primeros intérpretes encontraron en los textos romanos el germen de la facultad de que todo acreedor goza, incluso sin pignoración especial, de obrar con las acciones útiles contra terceros *ex iuribus* del propio deudor (46).

La realidad era, por el contrario, hartamente diferente. En tal sentido, ACURSIO recordará que el deudor del deudor no puede ser demandado si no es *officio iudicis*, y sólo *si confiteatur se debere, coeterum si neget contra rescriptum est, quia non est differentia inter res corporales et nomina*. Parecidamente,

(45) BETTI, *Teoría general*, II, *op. cit.*, pág. 363.

(46) GIORGI, *Teoría de las obligaciones..*, *op. cit.*, págs. 236-237.

BARTOLO sostendrá que la ejecución sobre los *nomina debitoris* se suspende si el tercero niega la deuda, pues *si neget non potest fieri executio*. Circunstancias todas que revelan que seguimos estando dentro de las coordenadas del *pignus in causa iudicati captum* romano y, por tanto, lejos todavía de la conformación natural del recurso subrogatorio.

BALDO intentará sistematizar la materia al señalar las condiciones para que se permita la ejecución sobre los *nomina debitoris*: a) *debitoris condemnatio*, b) *bonorum excussio*, c) *debitoris exigendi confessio* y d) *missio in quasi possessione nominis debitoris*. Cuadro que nos sitúa con toda nitidez en el ámbito de la ejecución judicial y que difícilmente cabe sustraer de la figura del *pignus nominis* y de su realización; con lo que siguen faltando con toda evidencia las circunstancias y condiciones que permitan el despegue de la acción subrogatoria de manera diferenciada y genérica.

Mas ¿qué ocurrirá si falta el requisito de la *confessio*? ¿Habrà que deferir a alguien el ejercicio de los *nomina debitoris*? Los glosadores y postglosadores resuelven el problema admitiendo el nombramiento a tal efecto de un *curator* especial: *ad instantiam creditoris debitorum curator bonis debitoris, qui proprio nomine convenit debitores debitoris*.

Se observará que la dificultad se solventaba y que el procedimiento podía seguir, pero ello no significaba ningún paso adelante de cara a la irrupción del mecanismo subrogatorio. Ese paso, significativo y mutador, lo dará BALDO al sostener que en la hipótesis que se contempla el curador de los *nomina* del deudor puede ser el propio acreedor: *poterit ipsemet creditor esse curator*.

Semejante admisión representa un giro copernicano en el tratamiento de la materia que nos ocupa y se convierte en la llave que abre la puerta que impedía la contemplación en propiedad del mecanismo subrogatorio en el mundo jurídico romano. La doctrina ha señalado que necesidades de orden práctico habían llevado a marginar unas reglas romanas que resultaban demasiado complejas e inadaptadas a las exigencias económicas en cuanto existiría la necesidad, en aras a la mayor fluidez de los negocios, de evitar la pérdida de tiempo y la ausencia de seguras garantías de las relaciones obligatorias.

No parece, empero, que las exigencias económicas del Bajo Medievo fueran superiores a las que estuvieron presentes en las últimas fases del Imperio Romano, ni que los juristas de aquél tuvieran un sentido práctico de las cosas que faltaría a los *iurisprudentes* de éste. Fue seguramente la acumulación jurídica, la constatación de que el sistema vigente conducía a situaciones límite y absurdas, y la reflexión de que quien mejor cuidará de los derechos del deudor será precisamente aquel que más se beneficie de la más eficiente gestión, esto es, su propio acreedor, las circunstancias que llevaron a la Glosa a introducir un factor nuevo que, ahora sí, cabe estimar como verdadero germen de la acción subrogatoria.

La novedad consistía en que al admitirse la posibilidad de nombrar curador al mismo acreedor resulta que se estaba admitiendo también que éste podía ejercitar en su propio nombre los derechos del deudor, con lo que, como agudamente ha advertido BETTI, venía a perder importancia el crédito en sí. Esto es, lo que ahora se contempla en primer término no es la garantía pignoratícia que protege a un determinado crédito, sino la protección genérica en ciemes que a todo acreedor se le debe reconocer en situaciones en que los deudores no cuidan de manera adecuada los derechos que ostentan. El punto de inflexión comienza a desplazarse de la garantía específica a la genérica y el fenómeno permite su contemplación bajo una luz nueva y diferente: la que permite a los acreedores penetrar en la esfera patrimonial de sus deudores caso de que éstos omitan la gestión pertinente de sus intereses.

Claro que BALDO habla tan sólo de que cabía nombrar curador al propio acreedor, pero ello necesariamente debió significar en la práctica que curador y acreedor serían siempre la misma persona, porque nadie más interesado que él en serlo y porque, *natura rerum*, tal situación es la más adecuada para el correcto desenvolvimiento del supuesto y el logro de las finalidades que le son propias. De ahí a que, como escribe ZUCCONI, se pasara a suprimir la formalidad del nombramiento de curador no existía más que un breve y fácil paso, y los testimonios de los juristas revelan que ese paso se dio con presteza, pues ninguno vuelve a hablar del curador y todos colocan directamente frente al tercero pignorado al acreedor pignoratício, cual es el caso de CUIACCIO, que al hablar de los varios cauces que permiten al acreedor actuar contra el *debitor debitoris* incluye la hipótesis en que *condemnato debitoris, nomen debitoris pignori capiatur* (47).

De todas estas mutaciones, BETTI saca la correcta conclusión de que para los glosadores y comentaristas el juicio de declaración contra el tercero deudor constituía un procedimiento de cognición separado y distinto del procedimiento de ejecución (48), algo que nos aleja irremediabilmente del ámbito del procedimiento del *pignus giudiciale* y tiende a acortar las distancias entre este instituto y el *pignus* convencional, paso necesario para facilitar la franca irrupción del mecanismo de la subrogación.

Otro factor coadyuvó en la misma dirección. La regla propia del *pignus in causa iudicati captum* de que la ejecución debía recaer primero sobre los muebles, luego sobre los inmuebles y finalmente sobre los derechos, hacía tiempo que la doctrina la juzgaba inútil y gravosa. A lo largo de los siglos xv y xvi los autores más significativos (GUIDO PAPA, CUIACCIO, FABRO, etc.) claman contra ella y constatan su paulatina desaparición.

(47) ZUCCONI, «L'origine.», *loc. cit.*, págs. 769-770.

(48) BETTI, *Teoria general...*, II, *op. cit.*, pág. 364.

La consecuencia de ello es que las dos figuras romanas del *pignus* convencional y del *pignus* judicial se acercan cada vez más y tienden a identificarse, en cuanto en este último el tercero demandado ya no goza de la posibilidad de hacer valer la excepción de que no se ha hecho exclusión de los otros bienes que le permitía rehuir el pago. De esta manera resultaba fácil que, a similitud de lo que ocurría en la prenda convencional, se extendiese a la judicial la posibilidad de que al acreedor se le permitiese actuar directamente contra el subdeudor sin necesidad de estar representado por el curador (49).

Pero no todas las dificultades habían desaparecido. Todavía nos movemos en el campo de la pignoración de derechos y todavía hay que atender a que el Juez proceda a condenar al deudor y debe esperarse al vencimiento del débito principal, circunstancias todas que aparecen reñidas con la limpia y expedita vía subrogatoria en la forma contemplada en la dogmática moderna. Había que encontrar un mecanismo que permitiera obviar estos inconvenientes y que despejase el campo en el que los acreedores intentaban asegurar o realizar sus derechos mediante la actuación de aquellos otros derechos de sus deudores que no eran atendidos solícitamente por éstos. La autonomía privada y la técnica notarial acudieron en auxilio de estas necesidades.

En efecto, se va extendiendo paulatinamente la práctica de incluir en los documentos notariales una cláusula especial denominada *instrumentum garantigiatum* o *confessionatum*, que suponía el sometimiento de todos los bienes presentes y futuros del deudor al cumplimiento del crédito y permitía al acreedor actuar sobre los mismos, caso de incumplimiento de la obligación, de este modo asegurada.

Esta suerte de hipoteca general sobre el patrimonio del deudor a que daba lugar la existencia de la cláusula contractual de garantía atribuía al acreedor un poder amplísimo y expedito para actuar en la esfera patrimonial de su deudor. Por su través, ya no sólo cabe la vía ejecutiva, sino también la conservativa, de cara a mantener íntegra la cobertura asegurativa que los bienes del deudor proporcionan al acreedor, de manera tal que cabe la actuación de las acciones del deudor frente al tercero, *utiliter quasi cessa aut demandata*.

La cláusula en cuestión no era otra cosa que la confesión por parte del deudor de su propio débito; el sujeto pasivo de la relación obligatoria reconocía la deuda ante el Notario y así se hacía constar en el instrumento al objeto de dotar al acreedor de la misma posibilidad de actuación que emanaba de la confesión judicial, posibilidad que permitía a aquél prevenir la ejecución de su crédito tal como si estuviera cubierto por una sentencia condenatoria del deudor.

---

(49) ZUCCONI, «L'origine...», *loc cit.*, pág. 770

Semejante confesión extrajudicial suponía la conformación de un *modum voluntariae iurisdictionis*, ya que *confessus pro iudicato habetur*, y, en consecuencia, la puesta en funcionamiento de un mecanismo operativo y cómodo para incidir en la esfera patrimonial del deudor. Mediante la inclusión por el Notario en el instrumento del *preceptum solvendi* o *guarantigiae* quedaba abierta la posibilidad de una *extraordinaria cognitio* en la que el Notario sustituía al Juez y en la que por virtud de la ficción de la *res iudicata* contaba el acreedor con un título ejecutivo que le permitía actuar en defensa de su derecho *sine libello et litis contestationis, vel alio ordine iudiciali* (50).

La situación se había clarificado sensiblemente. El acreedor favorecido por la cláusula quedaba asegurado de que llegado el vencimiento del plazo sin haberse producido la satisfacción del crédito podía proceder sin necesidad de citar al deudor ante el Juez (CINO DE PISTOIA) a la ejecución del mismo, ejecución que era susceptible de abarcar tanto los bienes muebles e inmuebles del obligado, como *iura, actiones et nomina debitorum quae generaliter et specialiter obbligari possunt* (ACOSTA, CUIACCIO).

Se trataba, pues, tal como advierte D'AVANZO, de un proceso que daba entrada inmediata a la ejecución sin necesidad de previa cognición y pronunciamiento de sentencia, sino tan sólo en base a un sumario examen del documento (51).

Las ventajas eran tan claras a favor del acreedor que se explica sin mayor esfuerzo que fuera sumamente corriente la inserción de la cláusula de garantía en los documentos notariales.

Tan frecuente debió ser semejante inclusión que llegó a considerarse sobrentendida en el caso de no haberse contemplado de manera expresa, con lo que deviene en cláusula de estilo, buscándose la explicación de semejante estado de cosas en el dato de que a todo acreedor corresponden los poderes que emanan de la susodicha cláusula, sin que haga falta al efecto explícita manifestación del deudor, *quasi ex ipsa obligatione*, algo que para la mentalidad actual tiene un claro sabor de anticipo del moderno y genérico mecanismo subrogatorio.

Si todo acreedor y por el solo hecho de serlo tiene a su disposición un poder general que le permite, amén de otras cosas, ejercitar los derechos de su deudor para proteger y realizar su derecho, pocas dudas parece haber de que estamos en las puertas de lo que hoy denominamos acción subrogatoria.

La tentación es muy fuerte, casi insuperable; sin embargo, la situación no es tan clara como aparenta. En efecto, como se habrá observado, toda la fuerza ejecutiva que emanaría del *instrumentum guarantigiatum* tendría su punto de apoyo en la idea de que el acreedor así garantizado quedaba provisto

---

(50) D'AVANZO, *La surrogatoria, op cit.*, págs. 16-17

(51) *Ibid.*, pág. 17.

de una hipoteca general sobre los bienes del deudor, tesis común en la doctrina de la época (DE OLEA, ACOSTA, GAITO, CANCERIO, MERLINO, etc.) y que lleva a ZUCCONI a enfatizar que con el paso del tiempo y pululando por todas partes los documentos que contenían la cláusula de garantía, los mismos generaban a favor de los acreedores la hipoteca general y la ejecución prevenida, habida cuenta de que, como dirá MERLINO, del espíritu de las palabras utilizadas resulta clara la *mens contrahentium* (52).

Semejante circunstancia lleva a algún autor, como SACCO, a preguntarse si el poder conferido al acreedor que se comenta sería verdaderamente un poder subrogatorio general, en todo similar al que regulan los Códigos Civiles hoy vigentes; en su opinión, una afirmación de tal signo no resiste la crítica, en cuanto la hipoteca legal general fue largamente utilizada en el Derecho romano postclásico y no era ignorada asimismo en el Derecho romano clásico, en el que fue reglada y aplicada también la hipoteca general convencional, hipotecas que comprendían todos los bienes del deudor, incluidos los créditos.

El acreedor titular de una prenda general era titular, por tanto, de un derecho de prenda sobre las cosas y los créditos presentes en el patrimonio del deudor, y ostentaba en relación a estos bienes un poder ni mayor ni menor que el que corresponde al acreedor pignoraticio común. Pues bien, dice SACCO, si estas premisas son exactas no se alcanza a ver cómo en el siglo xvii la hipoteca general habría de producir una acción subrogatoria nueva respecto a los institutos preexistentes derivándola de la precedente prenda del crédito, ya que si el titular de una prenda especial sobre cosa o sobre crédito no es titular de un poder subrogatorio relativo a la acción que tutela el derecho real o de crédito no se puede entender que el titular de una prenda general que grava todas las cosas y derechos del deudor vaya a gozar de un tratamiento diverso.

De esta manera, cabe considerar que el recurso a la hipoteca general no tuvo por qué suponer la aparición automática de la acción subrogatoria general, ya que de existir tal necesidad lógico-histórica la acción subrogatoria habría coexistido con la hipoteca general romana y habría encontrado aplicación en todos los territorios y en todas las épocas en que se aplicó el *ius commune*. De todo ello pretende derivar SACCO que históricamente no existe necesidad alguna de relacionar la idea de prenda general y la idea de un poder subrogatorio del acreedor, susceptible de ejercicio antes y después del vencimiento del débito principal (53).

Bajo la aparente solidez de los argumentos, la tesis, empero, resulta quebradiza e inexacta. Los institutos jurídicos son lo que son en cada etapa histórica, pero no tanto por su estricta virtualidad, sino por los efectos que

(52) ZUCCONI, «L'origine...», *loc. cit.*, págs. 772-773.

(53) SACCO, *Il potere...*, *op. cit.*, págs. 16-21

quienes los manejan les asignan; entre la hipoteca general romana y la hipoteca general del Derecho intermedio existe identidad de configuración o sustancia jurídica, pero se da una profunda disimilitud en la operatividad, en la eficacia y, sobre todo, en el *modus operandi* que en una y otra época se asignan a la misma.

Lo que SACCO no parece colegir es la gran diferencia procedimental que se da entre el instituto romano y el común, pues mientras el primero requiere para su realización la intervención judicial y el pronunciamiento de la sentencia correspondiente, el segundo ve facilitada su actuación al prescindirse de la intervención judicial, atribuir a la cláusula de garantía la autoridad de *res iudicata* y facultar al acreedor para actuar con fuerza ejecutiva inmediata.

En realidad, el cambio de matriz no viene dado tanto en relación al instrumento hipotecario como respecto a la distinta forma de contemplar los poderes del acreedor garantizado. En Roma, éstos nunca se vieron fuera del estricto campo judicial en que se hacía eficaz la hipoteca, mientras en el *ius commune* lo que se contempla en primer y determinante término es cómo pueden hacerse efectivos los mismos sin necesidad de tener que recurrir a juicio. El *instrumentum garantigiatum* permite obviar al Juez y proceder a la presta realización del crédito garantizado, y es precisamente para cubrir dogmáticamente semejante fuerza compulsiva del acreedor por lo que se busca un instrumento jurídico dotado de virtualidad suficiente al efecto; la opción resultaba clara, tal instrumento no podía ser otro que la hipoteca general. Pero ahora la hipoteca no era el *prius* sino el *posterius*, no era la causa sino la excusa, no era el origen sino la explicación de por qué el acreedor podía actuar de la forma expedita que se le permitía.

Este cambio de matriz es el que no percibe SACCO. La hipoteca general ya no es la protagonista, sino tan sólo el mecanismo explicatorio, la cobertura jurídica, la justificación dogmática de un efecto que se había establecido fuera de él; y por ello, mientras de la hipoteca general romana no cabía derivar nada que guardara relación con la actual acción subrogatoria, de la hipoteca legal del Derecho intermedio emanaba de manera natural esta figura, porque el ente hipotecario se contemplaba *a posteriori*, una vez admitida la revolución procedimental que provocaba la nueva cláusula de garantía.

Cierto que cuando estamos frente a un acreedor dotado de prenda especial o general ello no supone el reconocimiento al mismo de un poder subrogatorio que le permita ejercitar los derechos de su deudor; eso tampoco ocurre hoy, ya que el campo de actuación del acreedor hipotecario está perfectamente delimitado y circunscrito, y poco o nada tiene que ver con la actuación del recurso subrogatorio; pero no se trata de esto, sino de algo particularmente diferente.

Ni en Roma ni en el Derecho moderno hay un nexo de unión y, menos, relación de causalidad entre garantías reales y mecanismo subrogatorio, porque

unas y otro responden a distintas necesidades jurídicas y se orientan a cubrir objetivos diferentes; por ello no tiene mayor sentido contemplar el punto en estudio a la manera de SACCO como un supuesto de necesidad lógico-jurídica. Ni lógica ni jurídicamente existe necesidad alguna de relacionar o vincular la prenda e hipoteca y la acción subrogatoria, algo que no impide, en cambio, que producidos en cierta medida los efectos propios de ésta, que es lo que parece ocurrir con la contemplación que se dio a la cláusula de garantía inserta en los documentos notariales, se recurra, al objeto de intentar encontrar una explicación suficiente, a la contemplación de la hipoteca general, ya que de alguna manera había que vestir dogmáticamente las muy peculiares consecuencias jurídicas que se asignaban al *praeceptum garantigiae*.

Cuando la cláusula de garantía permite al acreedor favorecido actuar de la forma comentada, es obvio que los autores que se enfrentan al fenómeno, y que no cuentan para su subsunción y explicación con el *argumentum iuris* de la acción subrogatoria, entre otras razones porque ésta va a ser construida precisamente a partir de aquél, tengan que asirse a aquello que tienen más a mano, y pocas dudas puede haber de que ello no es otra cosa que el supuesto de la hipoteca general, pero no para intentar extraer de él unas virtualidades que saben bien no posee, sino para instrumentarlo, para ponerlo a jugar al servicio de unos efectos que han sido establecidos fuera de él, en función de unos cometidos que le trascienden y bajo el apremio de unas necesidades que ahora se detectan y a las que quiere darse pronta y eficaz satisfacción.

Aparte de que afirmar que los juristas romanos que tenían a su disposición la hipoteca general no supieron intuir ni propiciar el instrumento subrogatorio (tampoco cabe atribuir a los doctores medievales una actitud orientada en tal sentido) es confundir lamentablemente el sesgo natural de las cosas, capaz de extraer de las viejas figuras nuevas y útiles aplicaciones, negar el progreso jurídico y desconocer que una cosa son los mecanismos jurídicos en su estricta conformación y otra netamente diferente las consecuencias que las mismas son susceptibles de deparar en función de nuevos talentos, variados enfoques o utilización a una mutada realidad socioeconómica.

Cierto que, según asevera SACCO, el titular de una prenda especial sobre cosa o sobre crédito no es titular de un poder subrogatorio relativo a la acción que tutela el derecho real o de crédito, puesto que el *ius distrahendi* que al mismo compete para la realización de su garantía es algo distinto, dogmática y funcionalmente, de la sustitución que la subrogación implica, y porque el primero emana o forma parte del contenido del derecho real de prenda, mientras la segunda concierne, en principio y al menos en los Derechos modernos, a todo acreedor por el solo hecho de serlo, como una garantía genérica o institucional de los derechos de crédito.

Ahora bien, si por la inclusión de la cláusula de garantía se considera que nace a favor del acreedor una suerte de hipoteca general (y de alguna forma

hay que nominar jurídicamente la figura que es susceptible de abarcar en su ejecución los *iura, actiones et nomina debitorum*), podrá pensarse con SACCO en el plano de la pura disquisición que a un acreedor así garantizado no se le puede tratar de manera diferente a como se trata al acreedor dotado de garantía específica; pero la verdad de las cosas es que a la hora de proceder a la realización de su derecho tendrá a su disposición un abanico de posibilidades que puede llamarse como se quiera, pero que en la práctica se parecerá como una gota de agua a otra al instrumento subrogatorio.

Cuando a un acreedor, por virtud del recurso que sea, a la hora de buscar la conservación o satisfacción de su derecho se le permite ejercitar todas las acciones que su deudor no ha hecho valer, se llame como se llame esa situación, lo cierto es que nos hemos situado en el campo de la subrogatoria y, *de facto* al menos, se ha trascendido el escueto mecanismo de las garantías reales singularizadas. Probablemente no se ha valorado de manera suficiente el hecho de que cuando eran plenamente operativas las hipotecas generales no se hablaba de acción subrogatoria, quizá porque no existía necesidad de ella al cubrirse sus efectos mediante aquéllas, y, en cambio, cuando desaparecen y aun se prohíben las hipotecas generales, despega con fuerza la acción subrogatoria, a lo mejor porque existía necesidad de cubrir el vacío dejado por las mismas.

Parece, pues, que el *instrumentum garantigtatum* había ampliado sensiblemente las posibilidades de actuación de todo acreedor en defensa de su crédito al haber devenido en cláusula de estilo; los particulares y extensísimos efectos que era susceptible de procurar remedaban con gran similitud lo que hoy ocurre en la contemplación genérica del vínculo obligatorio: la responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 1.911 CC) y la posibilidad de ejercitar todos los derechos y acciones del mismo (art. 1.111). Algún paso significativo se había producido, en consecuencia, de cara a la plasmación jurídica del instituto que consideremos, por lo que no resulta demasiado exagerada la afirmación de BETTI en el sentido de que el acreedor podía no sólo actuar sobre los bienes en vía ejecutiva, sino también en vía de cognición y para conservar íntegro el patrimonio, ejercitando derechos en lugar del deudor que descuide hacerlos valer (54).

Pero todavía, dogmáticamente al menos, subsistía una duda. Para que el acreedor pudiera actuar de la manera contemplada, ¿haría falta o no que se hiciera a su favor la cesión de la acción que competía a su deudor contra el tercero? La cuestión no es baladí, ya que, como agudamente ha apuntado GULLÓN BALLESTEROS, si la postura es negativa quedará abierta la puerta a la acción subrogatoria moderna, mientras que si es positiva deberá concluirse que «la evolución completa de la subrogatoria moderna no termina con la

---

(54) BETTI, *Teoría general*, II, pág. 365.

aparición de las mencionadas cláusulas de estilo, inspiradas en el principio *qui s'oblige oblige le sien*» (55).

CANTONI sostuvo con diversidad de argumentos la necesidad de la cesión de acciones a favor del acreedor (56). En nuestros días, SACCO es del mismo parecer, ya que, en su opinión, el nuevo requisito de la cesión se debió a una más rígida equiparación de la prenda de cosa y la prenda de crédito, y, en cualquier caso, la cesión tendría el carácter de una transmisión *pro solvendo* y no a modo de legitimación del acreedor para el ejercicio de los derechos ajenos; para él, cualquier promiscuidad de poderes entre acreedor y deudor es extraña al Derecho de la época, ya que en el siglo XVII no cabe ver una acción subrogatoria general o una legitimación del acreedor para ejercitar las acciones del deudor, pues la garantía del mismo se realiza siempre a través del *ius vendendi*, la cesión convencional de acciones o de derechos y la transferencia legal de los oportunos poderes (57).

No parece, sin embargo, que fuera esa la doctrina dominante en la época. OLEA, el autor que más minuciosamente trató la cuestión, distingue entre *iura et exceptiones debitorum competentes* y *nomina debitoris*, subdistinguiendo en relación a los segundos los acreedores quirografarios y los hipotecarios; los primeros pueden perseguir al deudor del deudor por el procedimiento ejecutivo del *pignus in causa iudicati captum*, y caso de que el subdeudor no sea *confessus* el acreedor ejercita un derecho del deudor contra un tercero; los segundos, por el contrario, tienen la acción hipotecaria, algo que supondría el ejercicio de la misma al margen de cualquier idea de cesión. Después de la pormenorizada revisión de supuestos, OLEA concluye que de la misma manera que las excepciones pueden ser opuestas al acreedor, así también puede éste ejercitar las acciones de su deudor sin necesidad de cesión cuando haya sido solicitado el *concurso bonorum*, excepto los que sean personales o dependieran exclusivamente de su declaración de voluntad. Si el deudor no solicitara concurso o cesión de bienes, los acreedores precisarán, en cambio, la cesión de acciones, aunque pueden compeler al deudor a hacerla; y si el deudor está ausente o se negare a ella, también podrá el acreedor ejercitar sus derechos y acciones sin necesidad de cesión (58).

La modernidad de las expresiones de OLEA («utilización por los acreedores de los remedios, derechos y excepciones competentes a su deudor»), la necesidad del incumplimiento de la obligación y de que el deudor no tenga otros bienes, y la exclusión de las acciones personales y de las que dependen

(55) GULLÓN BALLESTEROS, «La acción subrogatoria», *loc. cit.*, pág. 104

(56) CANTONI, *L'azione surrogatoria nel Diritto Civile italiano*, Milán, 1907, pág. 22

(57) SACCO, *Il potere* ., *op. cit.*, págs. 20-24.

(58) OLEA, *Tractatus de cessione iurium et actionum*, Valladolid, 1562, págs 273 y sigs.

de la voluntad del deudor explican que algún autor de nuestros días haya podido decir que en los planteamientos de OLEA se encuentra «el más claro antecedente de nuestra actual acción subrogatoria, claramente diferenciada de la persecución al deudor del deudor y, por tanto, de la ejecución de la obligación sobre los créditos del deudor» (59).

Pero quizá más claro que OLEA sea SALGADO DE SOMOZA quien contempla la situación jurídica más cercana al moderno instituto subrogatorio. Para este autor, en razón del interés genérico que ostenta todo acreedor para conservar y recuperar los bienes que pertenecen a su patrimonio, debe admitirse sin reticencia alguna que los acreedores puedan ejercitar las acciones de sus deudores sin necesidad de cesión de las mismas «a fin de llegar a la más completa satisfacción de sus derechos» (60).

En realidad, MERLINO ya había señalado, «como símbolo de los nuevos tiempos», que «*ex ipsa obligatione competere utilem personalem actionem contra debitorem debitoris ex persona ipsius obligantis*» (61). Y aunque se ha advertido por SACCO (62) que semejante opinión presupone la previa condena del deudor principal, la inexistencia de bienes en su patrimonio y la confesión del subdeudor, ZUCCONI responde que estos tres requisitos para poder recurrir al ejercicio de los *nomina et iura debitoris* no tenían ya ninguna importancia práctica, por lo que no se ve necesidad alguna de cesión o autorización del deudor, ya que la hipotecaria transfería *utiliter* las acciones del acreedor (63).

Lentamente los materiales se habían ido ordenando. Desde la primigenia contemplación del fenómeno, tributaria de las ideas romanas, el signo de los nuevos tiempos favorable siempre a distender y facilitar el ejercicio de los derechos del acreedor había eliminado progresivamente los obstáculos que impedían el acceso a la formulación de la figura en terminos operativos y eficaces.

Bajo el cobijo siempre de las garantías pignoratícia e hipotecaria, el mecanismo subrogatorio va despuntando de manera lenta pero firme al amparo de una consideración elemental: si se quiere la sustitución del deudor en el ejercicio de sus derechos hay que rebasar el campo de las garantías reales, primero porque no cabe atribuir la eficacia de las mismas si se desea conservar su virtualidad y función a quienes no ostenten su titularidad, y segundo porque aquéllas tienen unas cualidades reipersecutorias y preferenciales que nunca podrán reconocerse a los acreedores quirografarios, so pena de instaurar una gran confusión dogmática y práctica.

---

(59) ATAZ LÓPEZ, *Ejercicio por los acreedores de los derechos y acciones del deudor*, Madrid, 1988, pág. 27.

(60) SALGADO DE SOMOZA, *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem, per debitorem communem inter illos causatum*, II, Lyon, 1757, núms. 36 y sigs.

(61) MERLINO, *De pignoribus et hypothecis*, Venecia, 1661, núm. 22.

(62) SACCO, *El poder...*, *op cit*, pág. 21.

(63) ZUCCONI, «L'origine...», *loc. cit*, pág. 777.

El *instrumentum garantigiatum* y su conversión en cláusula de estilo en los documentos notariales de la época supusieron un paso importante en esta tarea de diferenciación e individualización del mecanismo subrogatorio, pero todavía lo hacían demasiado dependiente de la hipoteca y de sus exigencias. De todas maneras, al reputarse hipoteca general, al no ser preciso su expreso establecimiento y al concederse a todo acreedor, algo muy serio se había roto y los obstáculos que impedían la aparición del instituto estaban perdiendo presencia y fortaleza.

Porque, según antes se señalaba, no deja de ser significativo que para que el acreedor pueda proceder al ejercicio de los *iura, actiones et nomina debitoris* haya que suponerle una hipoteca general sobre los bienes del deudor, y luego resulta que la actuación de ésta ni se sustancia, ni sirve, ni tiene los efectos que son propios de esa categoría de derechos reales de garantía. Algo muy cercano a una *fictio iuris*.

Y es que mientras, real o ficticiamente, la acción subrogatoria se mueva en la esfera de las garantías reales, siempre aparecerá desdibujada y no será capaz de adquirir fisonomía propia por una elemental razón: los campos de la afección real y de la subrogatoria son rigurosamente autónomos e incommunicables. En base a la primera, ciertos acreedores adquieren un privilegiado instrumento para la satisfacción de sus créditos; en razón de la segunda, la generalidad de los acreedores queda protegida contra la falta de diligencia del deudor en procurar para su patrimonio la cobertura suficiente. Intentar casar uno y otro conducto al margen de la historia es, quizá, tarea condenada al fracaso al no coincidir la naturaleza, la función y los objetivos de uno y otro.

Otro tanto cabe decir de la exigencia de la cesión de la acción. Si el acreedor para poder ejercitar los derechos y acciones de su deudor precisa de la cesión voluntaria o forzosa de los mismos, de nuevo nos movemos en una esfera extraña al genuino mecanismo de la subrogatoria, pues el mismo u opera por su propia virtualidad y queda abierto mecánicamente a todo acreedor, o no hay forma de distinguirlo de concretos medios de protección creditual cuando tiene que cobijarse en figuras que tienen otro cometido y justificación.

Todo lo cual significa que, pese a los importantes avances que en la gestación del recurso subrogatorio se producen en el *ius commune*, todavía estamos lejos de su formulación genuina y propia, todavía resta mucho para que quede nítidamente plasmado el principio *debitor debitoris, est debitor meus*.

#### 4. DERECHO FRANCES HISTORICO

El paso definitivo se dará con el *Droit coutumier* francés, incluida la utilización del término «subrogatoria» para referirse a la acción que competiría a los acreedores para ejercitar los derechos de sus deudores, aunque,

quizá, semejante paso no tenga la antigüedad que algunos juristas galos pretenden atribuir a la figura.

Parece que hacia el siglo XIII pasa a Francia desde Italia el criterio de que la garantía que ostenta el acreedor sobre los bienes, derechos y acciones de su deudor se conforma como una cláusula de estilo en toda clase de actos documentados; y ello, como dice D'AVANZO, habría facilitado la aceptación del principio *qui s'oblige oblige le sieu*, que tanto para el Derecho italiano como para el Derecho francés se suele poner como fundamento de la subrogatoria. Al reconocer casi de manera mecánica a todo acreedor una prenda general sobre los *bona, nomina et actiones debitoris*, no se le puede negar la facultad de ejercitar los derechos y acciones si se quiere mantener la sustancia de semejante garantía genérica, por lo que la conexión entre ésta y la subrogatoria no puede ser más evidente al presentarse la una como presupuesto y consecuencia de la otra (64).

A lo que cabe advertir, según antes se ha señalado, que si la conexión fuera tan natural y determinante, similar efecto debería haberse producido en el Derecho medieval italiano, en donde surgen las cláusulas de garantía y su modulación como cláusulas de estilo, y, sin embargo, ya se ha visto que no fue así, aparte de que mientras nos sigamos moviendo en el campo hipotecario, por más mecánico e indiscriminado que resulte el mismo, siempre existirá un obstáculo insuperable: el tránsito de la garantía real a un mecanismo genérico de tutela institucional de los derechos de crédito.

Lo cierto es, empero, que la tentación para admitir el precedente claro en el Derecho francés antiguo resulta fuerte a la vista de las expresiones tajantes de diversos autores. Así, BRILLÓN considera que el denominado *praetorium pignus* era un derecho que el pretor concedía a los acreedores para permitirles ejercitar las acciones de su deudor, y que esto era «una especie de subrogación»; y en el mismo sentido, TAMBOUR recurre al auxilio de las *Exceptiones Petri* para el Delfinado, la *Coutume de Bretagne* y la *Summa Rurale* para defender la antigüedad del mecanismo recogido en el artículo 1.166 del *Code Napoléon* (65).

Primera reflexión que suscita esta visión de las cosas: no nos hallamos muy lejos del *pignus in causa iudicati captum*, en cuanto se trataría de un derecho concedido por el magistrado en fase de ejecución del crédito, algo que nos aleja indefectiblemente de la rigurosa concepción del mecanismo subrogatorio. Segunda reflexión: da la impresión de un claro ejercicio de anacronismo al revés, pues se llama subrogación al supuesto, no porque fuera así entonces, sino porque ahora lo conceptuamos y denominamos de esa manera.

---

(64) D'AVANZO, *La surrogatoria*, op. cit., pág. 18

(65) ZUCCONI, «L'origine...», loc. cit., pág. 778

¿Cabe considerar en consecuencia, tal como hace SACCO, que el Derecho francés histórico, lejos de conocer una acción subrogatoria conocía simplemente una sujeción general de las acciones y derechos del deudor para la conservación y satisfacción de los créditos? (66). Pues sí y no, porque si bien parece cierto que todavía no estamos en presencia del pleno recurso subrogatorio y nos seguimos moviendo bajo el manto de la pignoración real, no lo es menos que empiezan a aparecer indicios de la conformación autónoma del instituto, como cuando BASNAGE habla de una «subrogación natural» para referirse a la posibilidad que tienen los acreedores de ejercitar los derechos de sus deudores (67).

De todas maneras, los indicios se multiplican. Diversas sentencias de Parlamentos franceses admiten que el acreedor, aunque sea quirografario, siempre que no cuente con otro medio para cobrar puede ejercitar una demanda de rescisión por causa de lesión, haciendo valer los derechos del propio deudor; asimismo, deviene jurisprudencia constante que los acreedores pueden aceptar las sucesiones abiertas a favor del deudor, dando caución de liberarlo de toda carga.

En todas estas hipótesis, considera ZUCCONI, el ejercicio de los derechos del deudor tiene un contenido bien diverso de la pignoración cerca de terceros, porque demandar la rescisión de la venta por lesión enorme, aceptar una herencia o reclamar la legítima no produce otro efecto que hacer adquirir al patrimonio del deudor un bien o un conjunto de bienes que sin el ejercicio efectuado por el acreedor se habrían perdido (68).

Sin duda que el campo se iba despejando y que la aparición del recurso genérico de la acción subrogatoria a favor de todo acreedor y por el solo hecho de serlo se veía progresivamente facilitada, pero quizá, sin que quepa hablar todavía de manifestaciones concretas del instituto general, sino más bien al contrario, la aceptación de éstos y otros parecidos supuestos van preparando el camino para que una posterior inducción generalizadora permita la consagración principista de la figura subrogatoria.

Quizá tenga parte de razón SACCO cuando advierte que los supuestos considerados admiten otras interpretaciones al margen de la subrogatoria, ya que en ellos nos encontramos en el ámbito de la acción revocatoria, que es autónoma de aquélla, o bien en virtud de que en Francia la herencia se adquiere *ipso iure* aunque el heredero tenga derecho a repudiarla, el acreedor se limitaba a impugnar la procedente renuncia del sucesor *mortis causa* (69); pero ello no debe hacernos olvidar que en los casos considerados la doctrina

---

(66) SACCO, *Il potere...*, op. cit., pág. 50.

(67) BASNAGE, *Traité des hypothèques*, Rouan, 1702, págs. 377 y sigs.

(68) ZUCCONI, «L'origine...», loc. cit., pág. 779

(69) SACCO, *Il potere...*, págs. 54 y sigs.

contempla la actuación del acreedor no tanto en función de un hipotético *consilium fraudis* del deudor, sino como una forma de evitar que las acciones y omisiones de éste provoquen su debilitamiento patrimonial y no pueda atender cumplidamente a la satisfacción de sus débitos.

No estaremos, por tanto, ante la plena y meridiana consagración de la figura, pero si se merodea en torno a ella se intuye su presencia, se advierte su necesidad y la formulación general de la misma se va produciendo con la poderosa lentitud de todo acontecimiento histórico de importancia (y éste, ciertamente, lo es en el ámbito jurídico de la mejor y más amplia protección de los derechos de crédito). Así, LABBÉ advierte que en el Derecho francés antiguo no era necesario seguir el orden de bienes para llegar a la subrogación, aunque piense también que sí era precisa, en cambio, la cesión de la acción del deudor, por más que los acreedores la pudiesen actuar útilmente y obtener que el Juez les subrogase en su ejercicio cuando el deudor no consintiere (70); y LEBRUN recordará que los acreedores pueden ejercitar todos los derechos y acciones de su deudor y se pueden subrogar a tal efecto cuando el deudor rehúse ejercitarlos él mismo «porque semejante omisión constituye fraude manifiesto», aunque, una vez más, se pague innecesario tributo a la acción revocatoria (71).

Por otra parte, por muchas que sean las reticencias y cautelas y por más que se estime como un precedente aislado que no tiene reproducción en otras *coutumes* francesas, existe un artículo 345 de la *Coutume de Normandie* que habla de que en ciertos casos el Fisco u otro acreedor se puede «subrogé au droit de l'ainé», y que comentando este artículo DOMAT advierte que es común al Derecho romano y al Derecho consuetudinario francés que los acreedores puedan ejercitar todos los derechos y las acciones de sus deudores (72).

Prescindiendo de la inexacta referencia al Derecho romano, lo cierto es que las palabras de DOMAT van a reproducirse, primero, en el artículo 1.166 del *Code* y, luego, en el artículo 1.234 del *Codice* con absoluta fidelidad, cuando estos preceptos asientan que «para la consecución de lo que se le debe los acreedores pueden ejercitar todos los derechos y todas las acciones del deudor, salvo los derechos que son exclusivamente inherentes a la persona del deudor». ¿Hubiera sido ello posible si de manera previa no hubiera tenido lugar en el Derecho francés el proceso tendente a conformar semejante poder general de los acreedores? Cuando el codificador francés consagra semejante fórmula legal dicho proceso ya está consumado a través de una serie de etapas

---

(70) LABBÉ, «De l'exercice des droits d'un débiteur par le créancier», en *Revue Critique de Legislation et Jurisprudence*, IX, 1856, págs. 215 y sigs

(71) LEBRUN, *Traité des successions*, París, 1692, págs. 154 y sigs

(72) DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, París, 1777, págs. 165 y sigs

que aunque no exclusivas, ni mucho menos, del Derecho francés, sí, empero, tienen en él su más aguda y caracterizada plasmación.

Estas etapas son, como es sabido, la paulatina configuración de la hipoteca general sobre los bienes del deudor como cláusula de estilo en todos los actos documentados, que otorga a los acreedores quirografarios algo que aunque no es en sí el recurso genérico de la acción subrogatoria se le parece tremendamente y, desde luego, facilita sobremanera su aparición y admisión sin forzamiento alguno.

Subrogarse en el ejercicio de los derechos del deudor en el Derecho romano era harto complejo y exigía el cumplimiento de precisos requisitos, mientras que ahora ya no se consideran necesarias la condena del deudor, la confesión del subdeudor y la insolvencia del primero acreditada por la previa ejecución de sus bienes, y, por tanto, son los acreedores los que pueden directamente sustituir al deudor incumpliente.

Y, en fin, la paulatina difuminación de la exigencia de que era precisa la cesión de acciones por parte del deudor para que el acreedor pudiera dirigir las contra el *debitor debitoris*. ¿Era suficiente este proceso para la definitiva proclamación del instituto? SACCO considera que no y estima que en todo ello no hay otra cosa que el reconocimiento del principio romano «tu hermano no ha podido obligar contra tu voluntad tu porción en la cosa que ha dado en prenda, quedando obligada hacia su acreedor únicamente la suya» (73); incurriendo en palmaria exageración cuando defiende que ni siquiera cabe estimar que el recurso está totalmente conformado en la fórmula del artículo 1.166 del Código Civil, sino que sólo nacerá en la jurisprudencia francesa del siglo XIX y, en concreto, a partir de la sentencia de la Casación de Francia de 18 de febrero de 1862 que enuncia la máxima fundamental de que cuando los acreedores ejercitan los derechos del deudor no le privan del poder de disposición sobre los mismos (74).

Tan malo es pecar de historicismo excesivo como de antihistoricismo exagerado, pues negar que la evolución que experimenta en el Derecho francés histórico la posibilidad de los acreedores de ejercitar los derechos y acciones de su deudor supone la definitiva consagración del instituto subrogatorio, en el fondo e incluso en el nombre es negar una evidencia que, por la razón que sea, no resulta correcto sustraer el acervo de las realizaciones jurídicas meritorias del Derecho francés.

ANGEL CRISTÓBAL MONTES  
Catedrático de Derecho Civil  
de la Universidad de Zaragoza

---

(73) C. 8, 21, 1.

(74) SACCO, *Il potere*, op. cit., págs. 71 y sigs.

## FE DE ERRATAS

Doña MARÍA TERESA MARTÍN MELÉNDEZ, que publicó un artículo en el núm. 634 (mayo-junio 1996), págs. 1037 y ss., titulado «Desistimiento y vencimiento del arrendamiento de vivienda en caso de matrimonio (art. 12 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos)», nos comunica que por un error en la redacción las páginas 1045, 1047 y 1072 han de corregirse en el sentido siguiente:

- \* Pág. 1045.—Línea 1.<sup>ª</sup>: en vez de «argumentos en favor y en contra de su aplicación», ha de decir: «argumentos en contra y en favor de su aplicación».  
Línea 22: en vez de «Por otra parte, en contra de la aplicación», ha de decir: «Por otra parte, a favor de la aplicación».
- \* Pág. 1047.—Línea 19: en vez de «con al menos 15 días de», ha de decir: «con al menos un mes de».
- \* Pág. 1072.—Línea 14: en vez de «vivienda familiar mediando no matrimonio», ha de decir: «vivienda familiar mediando matrimonio».



# DICTAMENES Y NOTAS



# La finalidad en la delimitación del derecho subjetivo

## 1. PRELIMINAR

Tradicionalmente, se ha distinguido entre límites externos y límites intrínsecos de los derechos subjetivos. Posiblemente en el Derecho Civil se ha desarrollado el problema de los límites externos de una manera muy extensa a través de la doctrina de la colisión de derechos amparada por algunas regulaciones del Código Civil que, al trazar las posibilidades jurídicas de los distintos sujetos están, en el fondo, previniendo posibles situaciones de colisión. Este tipo de regulaciones se hace muy visible, por ejemplo, en la descripción de los contenidos de la propiedad y de los derechos y obligaciones de las partes de los contratos.

## 2. ALGUNOS FENÓMENOS GENERALIZANTES

Sin embargo, conocemos algunos fenómenos generalizantes como delimitadores de los derechos subjetivos que importa tener en cuenta:

1.º La doctrina de los llamados límites «naturales» de los derechos o, si se prefiere, bajo la idea de la función económica o social que con el derecho subjetivo se pretende. Por ejemplo, es de recordar lo dispuesto en el artículo 467 del Código Civil respecto del usufructo al imponer al usufructuario la obligación de conservar la forma y sustancia de los bienes que precisamente pueda disfrutar. El disfrute marca todo un campo de acción y lo acota. De este acotamiento es testimonio esencial el principio *salva rerum substantia*. Como veremos más adelante, este problema de la función o los límites «naturales» puede entenderse como un anticipo de las doctrinas finalistas de las que nos ocuparemos posteriormente.

2.º La doctrina del abuso del derecho, ensayo ético jurídico de primera magnitud del que recordaremos solamente cuatro hitos: Los trabajos percuso-

res del gran JOSSERAND (1), la famosa tesis doctoral de JOSÉ CALVO SOTELO (2), la renombrada sentencia del Tribunal Supremo sobre la extracción abusiva de arenas en la zona franca de Barcelona (3) y finalmente la recepción formal del problema en la actual redacción del artículo 7.2 del Código Civil.

Quizá convenga detenerse un momento en este precepto. Recordemos su texto: «La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso».

Un problema creado por la redacción de este precepto es el de si «abuso del derecho» y «ejercicio antisocial del mismo» vienen a ser una misma cosa. Es doctrina dominante la afirmativa, o al menos, que las diferencias entre una y otra son irrelevantes. Sin embargo, la redacción alternativa del Código Civil permite mantener en pie la idea de que el legislador no ha tratado de definir un mismo fenómeno con expresiones distintas. Así lo reconoce la importante Sentencia de 23 de mayo de 1984 que, aunque con toda cautela, admite la existencia de diferencias entre una y otra noción al decir «que tales diferencias conceptuales pueden centrarse principalmente en que mientras el «abuso» suele dejar abierto el camino a la idea de una indemnización como lógica consecuencia de la lesión o daño que, en términos generales, provoca en un interés privado o particular, en el «uso antisocial», el sujeto perjudicado ofrece una mayor amplitud por cuanto puede comprender tanto a la comunidad en general como a cualesquiera de los grupos integrantes de la misma».

Por otra parte, el desenlace represivo expresamente contemplado en el artículo 7.2 del Código Civil son «la indemnización y la adopción de medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso». Sin embargo, el Tribunal Supremo no ha sido ajeno a la posible aplicación de la ineficacia como sanción de tales desviaciones jurídicas al declarar que la acción correspondiente debe ejercitarse ante los Tribunales (Sentencias de 4 de octubre 1961 y de 25 de octubre 1974).

3.º Muy en relación con lo que acaba de decir se encuentra la aplicación del principio de la buena fe a la doctrina de los límites de los derechos subjetivos, trayectoria doctrinal que es recogida por el artículo 7.1 del Código Civil vigente.

Todos estos aspectos (límites «naturales», función económico-social, abuso del derecho, ejercicio antisocial del mismo, exigencias de la buena fe) son,

---

(1) JOSSERAND, LOUIS, *De l'Abus des Droutes*, Lyon, 1905.

(2) *La doctrina del abuso del derecho*, Madrid, 1917.

(3) Sentencia del Tribunal Supremo de 14 febrero de 1944.

en efecto, serios intentos de perfeccionar la teoría y práctica de los límites del derecho subjetivo.

### 3. EL PROBLEMA DE LA FINALIDAD DEL DERECHO SUBJETIVO

Superados en cierto modo los clásicamente antagónicos conceptos que sobre el derecho subjetivo sostuvieron IHERING (doctrina del interés jurídico) y WINDSCHEID (doctrina de la voluntad), nos aproximamos más certeramente al problema del fin porque, como ha puesto de relieve THON (4), lo esencial del derecho subjetivo no es ni el interés ni la voluntad que se protege, sino el *poder* ínsito en el derecho subjetivo, es decir, empleando una expresión casi física, la *potencia* que confiere. Poder que no debe limitarse a los mecanismos defensivos que el sujeto titular puede poner en marcha en los casos de peligro o de violación, sino en el sentido más amplio y más pleno, es decir, como conjunto de todas las posibilidades de acción —no solamente protectoras— que el derecho le confiere.

Así las cosas, la finalidad del derecho subjetivo es la finalidad del poder correspondiente ya que el derecho subjetivo es un poder para un fin o un conjunto de fines determinados. El haz de derechos que corresponden al sujeto como miembro de la comunidad tiene o puede tener particulares manifestaciones, de las que el Derecho Civil es un vasto campo ordenador. Se trata de poderes concretos, de posibilidades de acción y de protección cuya moralidad última sólo puede ser encontrada a través de la idea de finalidad. Lo concreto de mi derecho me es concedido para fines determinados, no para cualquier realización egoísta o hedonista de mi personalidad o para fines distintos.

Llegados a este punto, asoma la presencia y la recordación de este problema tan esencial y tan caro al Derecho Administrativo. Nada menos que toda la doctrina y la práctica de la discrecionalidad y del uso correcto de los poderes discrecionales de la Administración descansa en la idea de fin, un fin concebido globalmente bajo la idea de interés público o de interés general. *Sabemos que los poderes administrativos no utilizados con arreglo a esta finalidad constituyen desviaciones de poder y generan nulidades.*

Es posible que esta doctrina se encuentre fragmentariamente recogida en los repliegues de los Códigos Civiles y referida, claro está, no al sujeto Administración en cuanto tal, sino al pluriverso de sujetos que forma el entramado del orden privado. Quisiéramos proponer una breve reflexión en torno a este problema.

---

(4) *Derecho subjetivo y norma jurídica* (versión italiana), Padua, 1952.

#### 4. EN EL DERECHO DE FAMILIA

Quizá por ser el Derecho de Familia el que tenga fuertes connotaciones de interés público —que no bastan a desmentir su condición de rama del Derecho Privado— sea el ámbito del ordenamiento jurídico en que pueden encontrarse puntos indudables de reflexión a los efectos que nos ocupan. Recordemos en este sentido como ejemplos de preocupación finalista de los poderes concedidos por el ordenamiento jurídico los siguientes casos:

1. El artículo 154 cuando dice que «la patria potestad se ejercerá siempre *en beneficio de los hijos...*»
2. El artículo 176, que establece que «la adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá siempre en cuenta *el interés del adoptando*».
3. El artículo 216, que dice que «las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en *beneficio del tutelado...*»

En todos estos supuestos el poder concedido por el derecho (ya sea patria potestad, tutela o los inherentes a la adopción) queda, a la luz de las redacciones transcritas, esencialmente vinculado a una finalidad bien determinada, que es el interés de la parte más débil. A los sujetos de derecho privado no se les mide en función de un poder público —como ocurre con la Administración pública—, sino de una función dotada de posibilidades e, incluso, de privilegios para el cumplimiento de una alta finalidad humana. Como hemos visto, el Código Civil ha rescatado la expresa definición de esa finalidad humana como norte y medida de los poderes concedidos. Bueno será recordar que en el Derecho Privado la idea de poder se mueve dentro de la de derecho subjetivo, mientras que en el caso de la Administración pública la idea de poder se vincula directamente a ésta, puesto que los llamados derechos públicos subjetivos son los de los administrados y la Administración no necesita de ellos para explicar su fuerza jurídica.

En todo caso, llegados a este punto cabe preguntarse si aquellas prescripciones del Código Civil han de ser reconducidas al mundo de la retórica jurídica o deben ser tratadas como auténticos principios informadores de las instituciones respectivas. Es decir, como clave de los actos correspondientes de los sujetos titulares del poder y, en su caso, como medida de la validez de lo actuado por los sujetos. Fenómenos que, *mutatis mutandis*, nos recuerdan la añeja doctrina administrativa sobre la orientación y la sanción relativas al uso de poderes discrecionales.

Evidentemente, la interpretación ética de la respectivas normas nos conduce a considerarlos como auténticos principios informadores con todas las consecuencias. Es decir, como pautas existentes de la actividad ordinaria y como criterios, en su caso, de la nulificación. En suma, como medida de responsabilidad y de bondad en el ejercicio de los derechos subjetivos.

Sería, a nuestro juicio, tremendamente pacato limitarse a desarrollos como los del artículo 7.2 para buscar la plenitud de los principios finalistas delimitadores de los derechos subjetivos. Puesto que existe otro remedio más radical y más frontal aplicable al caso: el artículo 6.3 cuando dice «los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención».

Aquí tenemos, pura y dura, la doctrina de las nulidades bien perfiladas, no la de las meras —con ser importantes— medidas precautorias y posibles indemnizaciones. Porque está bien claro que los preceptos del Derecho de Familia que hemos traído a colación como ejemplos tienen una formulación gramatical imperativa y un engranaje lógico también imperativo, por lo cual las posibilidades de aplicación del artículo 6.3 son, a nuestro juicio, indiscutibles. Todo ello sin mengua de las cautelas que en materia de nulidades impera en nuestro Código Civil, cautelas que evidencian lo que en otra ocasión hemos llamado la «propensión negocial del Código Civil español» (5) y que ha recordado la importante Sentencia de 17 octubre 1987 del Tribunal Supremo, que al clasificar los actos contrarios a la Ley nos dice: «Tercero. Actos que contraríen o falten a algún precepto legal sin que éste formule declaración expresa sobre su nulidad o validez, debiendo entonces el Juzgador extremar su prudencia en uso de una facultad hasta cierto punto discrecional, analizando para ello la índole y la finalidad del precepto legal contrariado y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados; para concluir declarando válido el acto pese a la infracción legal si la levedad del caso así lo permite o aconseja y sancionándole con la nulidad si median trascendentales razones que patenten el acto como gravemente contrariado al respeto debido a la Ley, la moral o el orden público, encontrándose inficionado de lo que el Código llama «causa torpe». Esta doctrina se completa con la de nulidad parcial de aquellos contratos en los cuales sólo algún pacto resulte contrario a la Ley y siempre que conste además que se habría conectado aun sin la parte nula (S. de 10 octubre 1967 y las que en ella se citan, y últimamente de 4 diciembre 1986)».

Dejamos así constancia de una serie de posibilidades jurídicas. La que hemos llamado «propensión negocial del Código Civil español» no las desmiente, sino que las atempera como a cualesquiera otros posibles supuestos de ineficacia. Ya que dicha propensión no nos debe impedir la indagación del sistema sancionador del Código Civil considerado en todas sus partes. Recalcamos lo que hemos querido indicar: que la esencia del derecho subjetivo es el poder (un poder), que el poder se concede para fines determinados y que

---

(5) *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 632.

estos fines tienen que ser respetados porque constituyen la esencia del poder concedido, llegando, en su caso, a la nulificación si procediere habida cuenta de la gravedad de la desviación y de la importancia de los bienes jurídicos protegidos.

CRUZ MARTÍNEZ ESTERUELAS  
Abogado del Estado  
y Letrado de las Cortes Generales

# ACTUALIDAD JURIDICA



## I. Información legislativa

### A) Tratados internacionales

1. *Consejo de Europa*.—En el *BOE* del día 9 de enero pasado se publica el Instrumento de adhesión de España al Tercer Protocolo adicional al Acuerdo general sobre privilegios e inmunidades del Consejo de Europa, hecho en Estrasburgo el 6 de marzo de 1959, y al Estatuto por el que se modifica el Fondo de Desarrollo Social del Consejo de Europa.

2. *Convención sobre Derecho del Mar*.—El *BOE* de 14 de febrero publica el Instrumento de ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecho en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982.

### B) Leyes nacionales

Ley Orgánica 3/1996, de 27 de diciembre.—Modificación parcial de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas.

Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre.—Reforma de la Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Canarias.

Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre.—Reforma de la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Aragón, modificada por la Ley Orgánica 6/1994, de 24 de marzo, de reforma de dicho Estatuto.

Ley 10/1996, de 18 de diciembre.—Medidas fiscales urgentes sobre corrección de la doble imposición interna intersocietaria y sobre incentivos a la internacionalización de las empresas.

Ley 11/1996, de 27 de diciembre.—Medidas de disciplina presupuestaria.

Ley 12/1996, de 30 de diciembre.—Presupuestos Generales del Estado para 1997.

Ley 13/1996, de 30 de diciembre.—Medidas fiscales, administrativas y de orden social.

Ley 14/1996, de 30 de diciembre.—Cesión de tributos del Estado a las Comunidades Autónomas y medidas fiscales complementarias.

### c) Normas autonómicas

*Aragón.*—Ley 8/1996, de 2 de diciembre. Delimitación comarcal de Aragón.

— Ley 11/1996, de 30 de diciembre. Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

— Ley 12/1996, de 30 de diciembre. Modificación de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón.

— Ley 1/1997, de 14 de enero. Fondo Autónomico de Inversiones Municipales de Aragón.

*Asturias.*—Ley 4/1996, de 13 de diciembre. Modificación de la Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública del Principado de Asturias.

*Baleares.*—Ley 2/1996, de 19 de noviembre. Incompatibilidades de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Comunidad Autónoma de las islas Baleares.

*Cantabria.*—Ley 5/1996, de 17 de diciembre. Carreteras de Cantabria.

*Extremadura.*—Ley 7/1996, de 24 de octubre. Modificación del artículo 3.1 de la Ley 3/1991, de 25 de abril, de creación del Consejo Económico y Social de Extremadura.

— Decreto 168/1996, de 11 de diciembre. Modernización de las explotaciones agrarias en Extremadura.

*Galicia.*—Ley 13/1996, de 30 de diciembre. Infracciones en materia de vivienda.

*Madrid.*—Ley 15/1996, de 23 de diciembre. Medidas fiscales y administrativas.

— Ley 1/1997, de 8 de enero. Reguladora de la venta ambulante de la Comunidad de Madrid.

— Ley 2/1997, de 8 de enero. Creación de la Agencia para el Desarrollo de Madrid.

— Ley 3/1997, de 8 de enero. Creación de la Agencia Financiera de Madrid.

— Ley 4/1997, de 8 de enero. Creación de la Agencia para el Empleo de Madrid.

— Ley 5/1997, de 8 de enero. Creación de la Agencia para la Formación de Madrid.

— Ley 6/1997. Protección pública a la vivienda de la Comunidad de Madrid.

*Murcia*.—Ley 8/1996, de 3 de diciembre. Creación del organismo autónomo «Agencia Regional de Recaudación».

*Navarra*.—Ley Foral 23/1996, de 30 de diciembre. Actualización de valores.

— Ley Foral 24/1996, de 30 de diciembre. Impuesto sobre Sociedades.

— Decreto Foral 690/1996, de 30 de diciembre. Modifica la Ley Foral 19/1992, de 30 de diciembre, del IVA.

— Decreto Foral 8/1997, de 13 de enero. Modifica la Ley Foral 19/1992, de 30 de diciembre, del IVA.

*País Vasco*.—Ley 8/1996, de 8 de noviembre. Finanzas de la Comunidad Autónoma.

*Valencia*.—Ley 3/1996, de 30 de diciembre. Medidas de gestión y organización.

## II. Información de actividades

1. *Cincuentenario de la Ley Hipotecaria*.—Ha continuado en el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España el ciclo de conferencias que se inició en diciembre. Las conferencias en enero y febrero han sido las siguientes:

- «La legitimación registral», por don FERNANDO CURIEL LORENTE, Registrador de la Propiedad y Mercantil.
- «Registro de la Propiedad y Catastro. La inmatriculación», por don EDUARDO JOSÉ MARTÍNEZ GARCÍA, Registrador de la Propiedad y Mercantil.
- «Registro de la Propiedad y Urbanismo», por don JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ, Registrador de la Propiedad y Mercantil, excedente.
- «Registro de la Propiedad y proceso», por don ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS, Catedrático de Derecho Civil. Magistrado de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo.
- «Registro de la Propiedad e hipoteca», por don CÉSAR GARCÍA-ARANGO DÍAZ-SAAVEDRA, Registrador de la Propiedad y Mercantil.
- «Registro de la Propiedad y anotaciones de embargo», por don PLÁCIDO PRADA ALVAREZ-BUYLLA, Registrador de la Propiedad y Mercantil.
- «Registro de la Propiedad y condición resolutoria en garantía del precio aplazado», por don JOAQUÍN PEDRO TORRENTE GARCÍA DE LA MATA, Registrador de la Propiedad y Mercantil.

- «Perspectivas en el Registro de la Propiedad en el futuro», por don LUIS MARÍA CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Registrador de la Propiedad y Mercantil. Director General de los Registros y del Notariado.

2. *Academia Matritense del Notariado.*—Dentro del ciclo de conferencias del curso 1996-1997, han tenido lugar durante los dos meses pasados las siguientes:

### 16 enero

- «La competencia: un bien social», por el Excmo. Sr. don AMADEO PETITBÓ JUAN, Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia.

### 30 de enero

- «La vinculación de los Jueces a la Ley», por el Ilmo. Sr. don MANUEL ARAGÓN REYES, Catedrático de Derecho Constitucional. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

### 27 de febrero

- «Efectos de declaración de la quiebra sobre el quebrado de carácter patrimonial», por don RAFAEL GARCÍA VILLAVERDE, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid.

3. *Oficina de información en Bruselas.*—El día 11 de febrero pasado tuvo lugar la inauguración de la oficina de información abierta por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Esta oficina consta de una biblioteca jurídica, base de datos jurídica, boletines oficiales y del Colegio y esta REVISTA. El Secretario de Estado de Justicia, en nombre de la señora Ministra que no pudo asistir como estaba previsto, pronunció una conferencia sobre el tema, «Derecho Privado y protección de los consumidores en la Unión Europea».

4. *La Universidad y las profesiones jurídicas.*—La Universidad Complutense de Madrid ha organizado este ciclo bajo el rótulo de «Deontología, función social y responsabilidad», que se ha desarrollado en enero y febrero con el siguiente programa:

**9 de enero**

- Inauguración del ciclo y conferencia sobre «Principios éticos de la abogacía», por el Excmo. Sr. don LUIS MARTÍ MINGARRO, Decano del Colegio de Abogados de Madrid.

**14 de enero**

- «Principios éticos y responsabilidad en el ejercicio de la función pública», por el Ilmo. Sr. don FERNANDO SAINZ MORENO, Catedrático de Derecho Administrativo (Universidad Complutense de Madrid) y Letrado de las Cortes.
- «Responsabilidad civil del Abogado», por el Ilmo. Sr. don MARIANO IZQUIERDO TOLSADA, Profesor Titular de Derecho Civil (Universidad Complutense de Madrid).

**15 enero**

- «Responsabilidad penal del Abogado», por el Ilmo. Sr. don LUIS RODRÍGUEZ RAMOS, Catedrático de Derecho Penal (Universidad Complutense de Madrid).
- «Principios éticos y responsabilidad en el ejercicio de la función docente», por el Ilmo. Sr. don RAFAEL NAVARRO VALLS, Catedrático de Derecho Canónico (Universidad Complutense de Madrid).

**21 de enero**

- «El Juez ordinario y la defensa de los derechos fundamentales», por el Excmo. Sr. don JAVIER DELGADO BARRIO, Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial.
- «Deontología judicial. El preciado tributo de la independencia», por el Excmo. Sr. don FRANCISCO SOTO NIETO, Magistrado del Tribunal Supremo (adscrito a la Sala 2.<sup>a</sup>), Miembro de Número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña.

**22 de enero**

- «El Fiscal en su dimensión constitucional y estatutaria», por el Excmo. Sr. don JUAN CESÁREO ORTIZ URUCULO, Fiscal General del Estado.
- «Función de los Jueces en la creación del Derecho», por el Excmo. Sr. don JOSÉ MARÍA ALVAREZ CIENFUEGOS, Magistrado Jefe del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo.

**28 enero**

- «Responsabilidad disciplinaria, civil y penal de los Jueces», por el Excmo. Sr. don RAFAEL FERNÁNDEZ VALVERDE, Consejero del Consejo General del Poder Judicial.
- «El Fiscal defensor de la legalidad. Deberes y responsabilidades», por el Excmo. Sr. don EDUARDO TORRES-DULCE LIFANTE. Fiscal Jefe de la Secretaría Técnica de la Fiscalía del Estado.

**29 enero**

- «Principios deontológicos, función social y responsabilidad profesional del Notario», por el Ilmo. Sr. don VÍCTOR GARRIDO DE PALMA, Notario de Madrid.
- «Principios deontológicos, función social y responsabilidad profesional del Registrador de la Propiedad», por el Ilmo. Sr. don JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY, Registrador de la Propiedad y Mercantil.

**4 de febrero**

- Clausura del ciclo y conferencia sobre «El Abogado en la sociedad y en el proceso», por el Excmo. Sr. don LUIS ANGULO RODRÍGUEZ, Catedrático de Derecho Mercantil (Universidad de Granada). Presidente de la Mutualidad General de la Abogacía.

# JURISPRUDENCIA



# I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

*Sentencia de 17 de diciembre de 1996.*—REPRESENTACION PROCESAL DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS.—Es necesario el Procurador con poder; sólo están exentos el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal.—Pleno.—Ponente: Sr. Rodríguez Bereijo.

*Antecedentes.*—Los hechos de los que nace la pretensión de amparo son los siguientes:

a) El Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares dictó su Sentencia 601, de 14 de noviembre de 1994 (autos n.º 482/93), desestimando el recurso promovido por doña María Soledad Martorell Castillejo contra el Decreto del Consejo de Gobierno de Baleares 18/1993, de 24 de febrero, que había declarado bien de interés cultural el molino de agua de Sa Val (Menorca).

b) La demandante, disconforme con la Sentencia, interpuso recurso de casación. La Administración de la Comunidad Autónoma se personó ante el Tribunal Supremo mediante escrito, que tuvo entrada en su Registro el 19 de enero de 1995, suscrito por el Letrado Jefe de su Departamento Jurídico.

c) La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Alto Tribunal dictó providencia, de 2 de marzo de 1995, resolviendo que la Administración de las Islas Baleares debía comparecer mediante Procurador con apoderamiento al efecto, de cuya carga procesal sólo están exentos el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, conforme determina el segundo inciso del punto 1 del artículo 97 LJCA, señalando un plazo de diez días para que la Administración autonómica pudiera subsanar el expresado defecto, bajo los apercibimientos legales.

d) La Administración balear interpuso recurso de súplica en tiempo y forma, cuestionando la corrección jurídica de la decisión anterior por implicar una interpretación de las normas procesales irrazonable y contraria a la igualdad de trato que preside el régimen de representación judicial del Estado y de las Comunidades Autónomas previsto en el artículo 447 LOPJ

e) Mediante Auto de 25 de junio de 1995 se confirmó el requerimiento anterior, reafirmando el criterio sentado por la Sección 6.ª de la misma Sala de Autos de 16 de septiembre de 1994 y 6 de abril de 1995, en el sentido de que las Comunidades Autónomas y los entes locales deben comparecer en el recurso de casación por medio de Procurador por exigirlo así el artículo 97.1 LJCA.

El Auto afirma que es evidente que ese precepto que impone la comparecencia mediante Procurador para interponer y sustanciar el recurso de casación constituye una norma especial respecto de la regla general sobre representación y defensa de las partes en el recurso contencioso-administrativo, que se contiene en el capítulo III del título II de la LJCA, y que las partes, que pueden ser representadas en principio con Abogado con poder al efecto, han de comparecer en casación mediante Procurador. No existe razón alguna que justifique el trato singular para las Comunidades Autónomas, pues la *ratio legis* del artículo 97.1 está en la necesidad de facilitar la comunicación del Tribunal de casación con las partes; lo que se consigue a través de los Procuradores de los Tribunales, quienes al tener despacho en la propia sede del Tribunal reciben en ésta las notificaciones, citaciones y demás actos de comunicación, haciendo innecesario el empleo de otros medios permitidos pero que suponen un entorpecimiento en la sustanciación del recurso, con riesgo de inseguridad y con pérdida de eficacia en la tramitación. Permitir la comparecencia de las Comunidades Autónomas sin Procurador constituiría un trato desigual, que no se compadece con el principio de igualdad de las partes en el proceso.

La diferente situación en los servicios jurídicos del Estado, con Abogados permanentemente adscritos al Tribunal de Casación y despacho en la propia sede, lo mismo que sucede con los miembros del Ministerio Fiscal, justifica que comparezcan en la tramitación y sustanciación del recurso de casación, lo que tampoco sucedería si la defensa del Estado se encomendara a un Abogado colegiado ajeno a dichos servicios jurídicos

3. La demanda de amparo legal alega que el Auto judicial impugnado efectúa una interpretación de la legislación procesal contraria al principio de igualdad y supone además una denegación de la tutela judicial en la medida en que somete a la Comunidad Autónoma a una carga procesal irrazonable.

La representación procesal de la Comunidad Autónoma ha de ser comparada, lógicamente, con la del Estado, y no solamente por la naturaleza común de sus respectivas Administraciones públicas, sino también por la similitud entre sus respectivos regímenes de asistencia jurídica (implícita en la STS 69/1985 y reiterada en numerosas resoluciones del Tribunal Supremo, como las Sentencias de 29 de noviembre de 1993 y de 7 de julio de 1992), con sólido fundamento en la Ley Balear 5/1994, de representación y defensa en juicio de la Administración, y en el tenor literal del artículo 447.2 LOPJ. Es desafortunada la referencia al principio de igualdad de armas, porque es predicable dentro del proceso y no se rompe por las desigualdades y privilegios (*privata lex*) que ostenta la Administración en la fase previa, como la no exigencia de colegiación de los Letrados (STC 69/1985).

La discriminación creada entre la Administración autonómica y la del Estado carece de justificación objetiva y razonable, pues procede del mero hecho de no contar con despacho en la sede del Tribunal Supremo. La consecuencia es un elevado coste económico a la vista de los honorarios establecidos para los Procuradores y que al cabo de un año es posible que aquélla comparezca en decenas de recursos de casación, muchos de ellos en cuantía indeterminada. Cabría interrogarse por qué razón tiene sede en el Alto Tribunal el Abogado del Estado y no las Comunidades Autónomas cuando aquél tiene competencia en todo el territorio nacional. Al ser la Administración del Estado la competente para proveer los medios de administrar justicia (arts. 149.1.5 CE y 37.1 LOJP) y ser la propietaria de los locales donde se ubican

físicamente los Juzgados y Tribunales, se reserva parte de dichos edificios para sus propios representantes. Es evidente que la Administración autonómica no puede disponer de una parte de la sede del Tribunal Supremo, pero esta circunstancia no puede justificar una desigualdad de trato tan grave. Si a la Administración del Estado se le otorga un trato preferente como propietaria del edificio que ocupa el Tribunal Supremo, nunca se le puede exceptuar del cumplimiento de requisitos procesales, que han de ser exigidos por igual a todas las Administraciones públicas.

El artículo 97.1 LJCA se refiere a los particulares, no a las Administraciones, legalmente exceptuadas del precepto en virtud del artículo 447.2 LOPJ. Además, la decisión impugnada es desproporcionada, pues la comunicación con el Tribunal Supremo puede conseguirse haciendo que la Comunidad Autónoma designe un domicilio en Madrid a efecto de notificaciones, de acuerdo con el artículo 4. LEC. A mayor abundamiento, la decisión cuestionada no responde a un criterio común de otras Secciones de la Sala Tercera.

Finalmente, el Auto impugnado deniega injustificadamente la tutela judicial que la Constitución garantiza en términos de efectividad. La arbitrariedad de la actuación judicial conlleva una vulneración del artículo 24, al mismo tiempo que del artículo 14. Los órganos judiciales no pueden imponer requisitos o deducir consecuencias de la legislación, que es la que define las condiciones de acceso a la justicia que impidan, obstaculicen, limiten o disuadan dicho acceso. Por el contrario, deben aplicar las condiciones legalmente establecidas desde la óptica más favorable para el ejercicio de la acción. En la medida en que el artículo 447.2 LOJP está vigente, tiene rango de Ley Orgánica y establece la norma especial por razón del sujeto que rige la representación en juicio de las Administraciones públicas, la decisión impugnada deniega la tutela judicial efectiva a que la Comunidad Autónoma tiene derecho.

*Fallo.*—El Tribunal Constitucional ha denegado el amparo basándose en los siguientes

### **Fundamentos jurídicos**

1. La Administración autonómica recurrente alega vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión, que enuncia el artículo 24.1 CE, así como de su derecho a la igualdad del artículo 14 CE, porque la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo le requiere que comparezca ante ella, en el recurso de casación pendiente, mediante Procurador de Madrid. Las resoluciones judiciales impugnadas se fundan en el artículo 97.1 LJCA, que dispone que la Sala ante la que se prepara el recurso de casación «emplazará a las partes para su comparecencia, mediante Procurador, en el plazo de treinta días ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo».

La representación de la Administración balear sostiene que ese requerimiento ignora que la representación y defensa de las Comunidades Autónomas corresponde a los Letrados que sirven en los servicios jurídicos de sus Administraciones, tal y como dispone el artículo 447.2 LOPJ. Además, al exigirles que actúen a través de Procurador se les hace de peor condición que a la Administración del Estado (cuya representación viene regulada en términos análogos en el apartado 1º de ese mismo art. 447), cuyos Abogados disponen

de despacho para notificaciones en el mismo edificio que sirve de sede al Tribunal Supremo, lo que determina una discriminación constitucionalmente inaceptable.

2. Que las Comunidades Autónomas deban comparecer ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo mediante Procurador de los de Madrid, a tenor del artículo 97.1 LJCA, o puedan efectuarlo mediante los Letrados de sus servicios jurídicos, en virtud del artículo 447 2 LOPJ, es una cuestión procesal discutible, como acreditan las diversas resoluciones adoptadas por las Secciones que forman la Sala Tercera que menciona la demanda de amparo. Pero cualquiera de las dos soluciones se encuentra fundada en la Ley, sin que en modo alguno pueda ser considerada arbitraria ninguna de ellas.

Sin embargo, desde la perspectiva constitucional, las resoluciones judiciales impugnadas, que exigen que en el recurso de casación la Administración se persone mediante Procurador no vulneran en modo alguno el artículo 24.1 CE. Este precepto garantiza «el acceso a la justicia como elemento esencial del contenido de la tutela judicial, consistente en provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en la decisión del Juez (STC 19/1981)». En cambio, «el sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le dé cada una de [las] leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, sin que ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan, salvo en lo penal (SSTC 140/1985, 37/1988 y 106/1988)». Respecto al acceso a los recursos establecidos por la Ley, el artículo 24 CE solamente veda que la vía del recurso sea cerrada «arbitrariamente o *intuitu personae*». Cuando existen dos interpretaciones admisibles según el tenor de las leyes procesales vigentes, la balanza constitucional no puede inclinarse en ningún sentido para optar entre dos soluciones ambas razonables sin interferir en el núcleo de la potestad de juzgar cuya independencia de criterio predica la Constitución (STC del Pleno de este Tribunal 37/1995, fundamentos jurídicos 5.º y 6.º, y resoluciones posteriores sintetizadas en la STC 138/1995, fundamento jurídico 2.º).

3. El razonamiento, fundamentado en el artículo 24 CE de la Comunidad Autónoma recurrente, se apoya en la premisa que el Tribunal Supremo debía haber seguido la interpretación de la Ley Procesal más favorable para el acceso al recurso de casación de entre las varias posibles. Pero ese criterio ha sido revisado en nuestra jurisprudencia constitucional a partir de la STS 37/1995, como indica el Ministerio Fiscal.

El núcleo del derecho a la tutela judicial de quienes fueron parte en el proceso judicial previo quedó, pues, satisfecho en la Sentencia de fondo dictada en la instancia por el Tribunal Superior de Justicia de Baleares. El derecho al recurso que la Ley haya podido crear, en el presente caso el recurso de casación contencioso-administrativo, debe ser satisfecho cumpliendo los requisitos procesales establecidos por la norma e interpretados de manera no arbitraria por el Tribunal competente para conocer del recurso, como así ha acontecido.

Por añadidura, en el presente caso la Sala ha ofrecido una oportunidad a la parte para subsanar el requisito de personación omitido. Por lo que tampoco desde esta perspectiva cabe hablar de indefensión.

4. La alegación del principio de igualdad del artículo 14 CE no puede prosperar.

En primer lugar, nuestra jurisprudencia ha declarado que «los entes públicos no pueden ser considerados como titulares del derecho fundamental a la no discriminación amparado por el artículo 14 CE, que se refiere a los españoles, y no es de aplicación a las personas jurídico-públicas en cuanto tales» (STC 13/1996, fundamento jurídico 3.º, y AATC 135/1985, 139/1985 y 106/1988)

No obstante, este Tribunal, no sin ciertos matices y cautelas (SSTC 64/1988, fundamento jurídico 1.º *in fine*; 197/1988, fundamento jurídico 4.º; 257/1988, fundamento jurídico 3.º; 91/1995, fundamento jurídico 2.º; 129/1995 y 123/1996, fundamentos jurídicos 3.º y 4.º), ha reconocido a las personas jurídicas de Derecho Público el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en cuanto el ordenamiento les reconoce capacidad para ser parte en un proceso (SSTC 4/1982, fundamentos jurídicos 4.º y 7.º; 19/1983, fundamento jurídico 2.º) y, por ello, tales personas tienen también acceso al recurso de amparo frente a la violación de tal derecho (STC 100/1993, fundamento jurídico 3.º). Pero, como ya se declaró en la STC 100/1993 antes citada, no cabe extender sin más esta doctrina sobre la titularidad de las Entidades públicas del derecho a la tutela judicial efectiva a otros derechos fundamentales susceptibles de ser invocados en amparo. Por consiguiente, la presente alegación de trato desigual entre la representación procesal de la Administración de la Comunidad Autónoma y la de la Administración General del Estado carece de relevancia constitucional, pues el principio de igualdad del artículo 14 CE, cimentado en la dignidad de la persona como fundamento del orden público (art. 10.1 CE) y que está en la base de la noción misma del derecho fundamental es de todo punto ajeno a la cuestión.

La afirmación anterior no se ve acompañada por la STC 302/1994 (fundamento jurídico 5.º), mencionada por la parte demandante. Esa Sentencia rechazó la alegación de igualdad que había suscitado la Generalidad de Valencia, sin entrar a analizar su aplicabilidad, por la simple razón de que no se postulaba ninguna igualdad de tratamiento, sino, al contrario, un trato diferente, *prima facie*, ajeno al artículo 14 CE; pues es doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho a la igualdad consagrado en el citado precepto constitucional no ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, esto es, el hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato (SSTC 52/1987, fundamento jurídico 3.º; 136/1987, fundamento jurídico 6.º; 48/1989, fundamento jurídico 5.º). Por consiguiente, siendo ajena al ámbito del artículo 14 CE la llamada «discriminación por indiferenciación» (SSTC 86/1985, fundamento jurídico 3.º; 19/1988, fundamento jurídico 6.º, y 308/1994, fundamento jurídico 5.º), la supuesta quiebra del principio de igualdad que se aduce por este motivo debe ser rechazada.

Finalmente, cabe añadir que la doctrina que niega que la Constitución pueda respaldar la exigencia de un trato igual a las distintas Administraciones públicas —exigencia cuya oportunidad, utilidad y acierto debe ser valorada por los cauces políticos y administrativos pertinentes, no por los de protección constitucional de los derechos fundamentales— encuentra su respaldo en la misma razón de ser de la propia jurisdicción de amparo. Como ha subrayado la STC 257/1988, el recurso de amparo «no constituye una vía abierta a los poderes públicos para la defensa de sus actos y de las potestades en que éstos se basan, sino, justamente, un instrumento para la correcta limitación de tales potestades y para la eventual depuración de aquellos actos en defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas de los particulares» (fun-

damento jurídico 4 °, en el mismo sentido que el ATC 139/1985 y la STC 123/1996).

La conclusión alcanzada priva de significado a las restantes alegaciones formuladas por la recurrente en este proceso.

F. C. D.

## II. Resoluciones de la Dirección General

Por JOSÉ M.<sup>a</sup> CHICO Y ORTIZ,  
JUAN M.<sup>a</sup> DÍAZ FRAILE  
y MARÍA LEONOR RODRÍGUEZ SÁNCHEZ

*ES INSCRIBIBLE LA VENTA DE UNA VEINTIOCHAVA PARTE DE UN SEMISOTANO DESTINADO A GARAJE QUE FIGURA COMO FINCA INDIVIDUAL CON UNA SOLA DESCRIPCIÓN DE LA TOTALIDAD DE SU SUPERFICIE Y CON EL NÚMERO 1 DE PROPIEDAD HORIZONTAL, MENCIONÁNDOSE QUE ALBERGA VEINTICINCO PLAZAS DE APARCAMIENTO SEÑALADAS CON NUMERACIÓN DEL UNO AL VEINTICINCO. LA VENTA SE HACE EN ESCRITURA PÚBLICA, RENUNCIANDO EN INSTANCIA PRIVADA LA COMPRADORA AL USO EXCLUSIVO DE UNA PLAZA SEÑALADA CON UN NÚMERO EN EL PLANO DE DISTRIBUCIÓN. A LA ESCRITURA DE VENTA LE PRECEDE OTRA DE RECTIFICACIÓN Y SUBSANACIÓN DE ERROR DONDE SE DICE QUE LAS PLAZAS DE GARAJE EN VEZ DE SER VEINTICINCO SON VEINTIOCHO, ESCRITURA QUE NO TIENE ACCESO AL REGISTRO. (RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 26, 29 Y 30 DE ABRIL DE 1996. BOE DE 28 DE MAYO DE 1996).*

*Advertencia: Se reproduce solamente el texto de la primera Resolución por ser idénticos los fundamentos de derecho, diferenciándose los hechos en que son distintos los compradores y que la escritura de subsanación de la Resolución de 30 de abril es posterior a la de venta (17 de diciembre la de subsanación y 10 de diciembre la de venta).*

*Hechos.—I.* El día 16 de octubre de 1985, mediante escritura autorizada por el Notario de Murcia don José Baños Gironés, complementada por otra de 16 de diciembre del mismo año, la compañía mercantil «Ibérica de Promociones y Contratas, Sociedad con Anónima», declaró la obra nueva y dividió horizontalmente un edificio sito en Murcia, partido de Santiago y Zairaiche, calle Moncayo, sin número, describiéndose entre sus elementos privativos un semisótano (elemento número uno) destinado a plazas de aparcamiento, numeradas del 1 al 25, inclusive, quedando inscrito como una sola finca registral bajo el número uno de división horizontal y con una sola descripción comprensiva

de la totalidad de su superficie y de sus linderos generales, sin que se formase con las plazas de aparcamiento fincas independientes.

Posteriormente, el día 17 de diciembre de 1987, mediante escritura de subsanación otorgada ante el Notario de Murcia don Antonio Yago Ortega, la sociedad citada anteriormente rectificó la mención del número de plazas de aparcamiento, haciendo constar que el número de plazas en que el garaje se dividía era de 28, numeradas del 1 al 28, sin que esta escritura haya tenido acceso al Registro de la Propiedad.

El día 24 de marzo de 1988, mediante escritura otorgada por el Notario antes referido, la mercantil «Ibérica de Promociones y Contratas, Sociedad Anónima», vendió a doña Emilia Fernández Martín, separada judicialmente, una cuota indivisa consistente en la veintiochava parte indivisa del sótano del edificio (haciéndose constar que eran 28 el número de plazas del local-garaje, conforme a la escritura de rectificación reseñada anteriormente), estipulándose que dicha participación indivisa daría derecho a la compradora a utilizar con carácter exclusivo la zona marcada en el plano de distribución con el número 5.

II. Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Murcia número 4, junto con una instancia privada de 18 de octubre de 1994, con firma legitimada suscrita por la compradora en la que desistía de cualquier referencia que en la citada escritura de compraventa pueda hacer a derechos de uso exclusivo en que se concreta la cuota indivisa adquirida sobre la finca, fue calificada con la siguiente nota: «Habiéndose aportado instancia suscrita el 8 de octubre de 1994 por doña Emilia Fernández Martín, cumplido el artículo 429 del Reglamento Hipotecario, no puede practicarse la inscripción del precedente documento por los siguientes defectos: 1) La participación de la finca vendida está inscrita a favor de tercera persona (art. 20 LH); 2) para la inscripción sería necesario, además, la modificación de la declaración de obra nueva y de constitución del régimen de propiedad horizontal, ya que la venta de una veintiochava parte indivisa de la finca contradice: A) la descripción contenida en la inscripción 1.ª de la finca 14.041, que comprende 25 plazas de garaje numeradas del 1 al 25, sin que sea suficiente para modificar tal descripción la referencia que se hace en el precedente documento a 28 plazas de garaje; B) los Estatutos de la Comunidad, contenidos en la inscripción 2.ª de la finca matriz, registral 13.701, y que transcribe el documento presentado, y C) la transmisión e inscripción, de conformidad con el artículo 68 del Reglamento Hipotecario, de diez veinticincoavas partes indivisas de la finca con derecho a utilizar en exclusiva las plazas de garaje números 6, 3, 5, 8, 10, 15, 16, 17, 19 y 21; habiendo sido objeto de una anotación de demanda otra veinticincoava parte indivisa de la finca, concretada en la plaza de garaje número 14 La modificación pretendida requiere la unanimidad de todos los propietarios del edificio o la correspondiente resolución judicial [arts. 16 LPH y 40.d) LH], sin que sea suficiente la renuncia a los derechos de uso exclusivo en que se concreta la cuota vendida (art. 6.2 CC); 3) no se acredita el estado civil de la compradora. Siendo insubsanables los defectos señalados en primer y segundo lugar, se deniega la inscripción solicitada. Contra esta calificación puede interponerse recurso gubernativo en el plazo de cuatro meses, a contar desde esta fecha, ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de conformidad con los artículos 19 de la Ley Hipotecaria y 111 y siguientes de su Reglamento. Murcia, 24 de octubre de 1994.—La Registradora, *María Angeles Cuevas de Aldasoro.*»

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra los defectos 1 y 2 de la anterior calificación, y alegó: Que el documento presentado es válido y perfectamente eficaz y que la nota no le atribuye ningún defecto intrínseco insubsanable, reconociendo implícitamente su validez. Que supuesta la plena validez sustantiva del negocio de compraventa contenido en la escritura calificada, el único obstáculo que podría impedir su acceso al Registro sería la falta de tracto o de previa inscripción en sentido amplio. Que no hay en absoluto tal falta, pues «Ibérica de Promociones y Contratas, Sociedad Anónima», tiene inscrita a su favor en el Registro de la Propiedad una partición indivisa superior al 40 por 100 del pleno dominio del sótano y puede disponer de la misma por veinticincoavas partes, por puntos porcentuales, por veintiochoavas partes, por séptimas partes o por fracciones sencillas o porcentajes que tenga por conveniente. Que la nota de calificación carece de suficientes argumentos jurídicos. a) El primer argumento es incongruente con la solitud de inscripción que se dirige al Registrador al presentarle la escritura que se explicita y completa con la de instancia acompañatoria de la escritura. En efecto, al Registrador no se le pide que modifique la descripción del sótano número uno; b) El segundo argumento de calificación, los estatutos de la comunidad excluyen el derecho de retracto de comuneros, pero no contienen ninguna prohibición semejante a la que parece aludir la nota, es decir, no prohíben la venta del sótano por fracciones distintas de una veinticincoava parte; c) En lo referente al tercer argumento, hay que señalar que si la compradora ha adquirido en escritura pública válida y eficaz una cuota indivisa de finca de quien ostenta titularidad suficiente sobre la finca, tiene derecho estricto a que dicha compra se inscriba en el Registro de la Propiedad. Cuando se agote la titularidad de la sociedad vendedora procederá denegar la inscripción por falta de tracto. Que si las cuotas indivisas o alguna de ellas no indican exactamente en qué plaza de aparcamiento se concreta la cuota indivisa adquirida e inscrita, ya lo decidirán los copartícipes o, en su defecto, el Juez; pero todo ello no puede constituir obstáculo jurídicamente apreciable a la inscripción de la escritura. Que dada la insuficiencia legal y jurídica de los argumentos que obstan a la inscripción, la falta de la misma supondría en virtud de los embargos y ejecuciones que se transmitan contra la sociedad vendedora la anulación efectiva de la compraventa calificada, lo que iría no sólo contra elementales principios de justicia, sino contra el criterio legal y jurisprudencial del *favor negoti* recogido en el artículo 1 284 del Código Civil. Que son de destacar las Resoluciones de 3 de junio de 1992 y todas aquellas que por ser numerosas no se citan, que establecen un criterio favorable a la inscripción de los documentos siempre que no se siga ni pueda seguirse perjuicio para tercero, como ocurre en el caso que se discute.

IV. La Registradora de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: 1) Que la escritura autorizada el día 17 de diciembre de 1987, por la que «Ibérica de Promociones y Contratas, Sociedad Anónima», modifica la escritura de declaración de obra nueva y constitución de propiedad horizontal, no se ha tenido a la vista a la hora de redactar la nota de calificación recurrida por no haber sido aportada ni alegada en el documento calificado. Que, aparte del hecho de estar vendido la totalidad del edificio, la escritura adolece de una grave incoherencia, ya que se modifica la descripción del elemento uno, pero no los estatutos de la comunidad. 2) Que en el garaje en planta semisótano, finca registral 14.041, se practicaron dos anotaciones de embargo, actualmente canceladas. Igualmente se ha practicado una anotación de demanda sobre la veinticincoava

parte indivisa, plaza 14, instando la eficacia de un contrato privado. Que habiéndose configurado la comunidad sobre el garaje como una comunidad funcional, constan separadas dos participaciones de una veinticincoava parte indivisa, plazas 6 y 3, fincas registrales 14.041-1 y 14.041-2, habiendo seguido los propietarios, para obtener la inscripción, sendos procedimientos judiciales contra la sociedad vendedora. Que de ello resulta que los adquirentes de plazas de garaje que han acudido a los Tribunales de Justicia han obtenido o están en vías de obtener la satisfacción de su pretensión de inscribir su derecho en el Registro. 3) Que mediante la escritura autorizada el 24 de marzo de 1988 se vendió una veintiochoava parte indivisa del garaje, con derecho a utilizar en exclusiva el aparcamiento número cinco, sin que en la misma se hiciera referencia a la escritura de modificación horizontal antes mencionada. 4) Que como fundamento de derecho hay que señalar: A) Que se debe seguir atribuyendo el carácter de insubsanable a los defectos de la nota de calificación al no haberse aportado la escritura de subsanación de obra nueva y división horizontal al tiempo de la calificación, ni haberse negado la existencia en la escritura de compraventa calificada. B) Que en cuanto a los defectos impugnados de la nota de calificación: 1.º Que hay que tener en cuenta lo establecido en los artículos 5, 13 y 16 de la Ley de Propiedad Horizontal y la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1975. Que la simple modificación descriptiva entra en contradicción con los estatutos, es claro que se pretende una modificación encubierta de los mismos, que requiere el concurso de todos los propietarios del edificio. Que la inscripción de la venta pretendida estaría dando entrada en el Registro por la puerta falsa a la escritura de 17 de diciembre de 1987, vulnerando el derecho de los propietarios de departamentos del edificio que no la ratificaron en su día y el derecho de todos los actuales propietarios del edificio y del garaje que, disconformes con la misma, tampoco la ratifican ahora. 2.º Que en lo que concierne a la inexactitud de los asientos y rectificación, vienen reguladas en los artículos 1, apartado 3.º, 39 y 40 de la Ley Hipotecaria. Que, en consecuencia, además de ser dudoso que se trate de una verdadera inexactitud registral, no puede rectificarse la inscripción por un defecto del título inscrito sin consentimiento de todos los propietarios del edificio o sin resolución judicial. Tampoco puede admitirse la inscripción de la cuota vendida de una veintiochoava parte indivisa sin rectificación registral alguna por impedirlo el principio de especialidad y por la falsedad que supondría. 3.º Que la doctrina considera que las comunidades de garaje son una comunidad romana regulada en los artículos 392 y siguientes del Código Civil. Que el artículo 68 del Reglamento Hipotecario prevé la forma de inscribir en el Registro de la Propiedad la transmisión de cuota indivisa de finca destinada a garaje que lleva adscrito el uso de una o unas plazas determinadas. Que la Dirección General de los Registros da carta de naturaleza a la comunidad especial de garaje en las Resoluciones de 18 y 27 de mayo de 1983 y 20 de febrero de 1989. Que las comunidades funcionales aparecen consagradas legislativamente, como la misma propiedad horizontal (art. 396 CC) o por la práctica, la doctrina y la jurisprudencia como la multipropiedad (Resolución de 4 de marzo de 1993). Que, en todo caso, lo cierto es que establecido este especial régimen de comunidad sobre una finca no puede variarse el mismo sin acuerdo unánime de todos los comuneros (art. 397 CC), y no puede el garaje de un edificio venderse en parte como comunidad funcional y en parte como comunidad romana sin pretender variar el régimen establecido. En este sentido hay que citar la Resolución de 31 de julio de 1987. Que la pretensión del adquirente supone infringir los estatutos y que la renun-

cia del derecho de uno supone un perjuicio para terceros (art. 6.2 CC) que son los propietarios del edificio que han de concurrir a la modificación de estatutos y los copropietarios del garaje que han de consentir unánimemente al cambio de régimen de comunidad, estableciendo en lugar de la comunidad funcional prevista una simple comunidad romana. Que se trata de la simple aplicación de la Ley y no de un mero formalismo de práctica registral.

V. El Presidente del Tribunal Superior de la Región de Murcia confirmó la nota de la Registradora fundándose en la eficacia constitutiva del Estatuto y la necesidad del acuerdo unánime de todos los condominios para modificarla y, por tanto, en los artículos 5 y 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, 397 del Código Civil y 20 y 40 de la Ley Hipotecaria.

VI. El Notario recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, considerando que tanto los argumentos del señor Registrador como los del auto parten de errónea idea de que se pretenden rectificar los asientos registrales y los estatutos de una copropiedad, haciendo constar en el Registro que el número de plazas es distinto del que allí consta, y esto no es así; únicamente se pretende inscribir una compraventa de cuota de propiedad que figura inscrita en el Registro a favor de la sociedad transmitente, renunciando a la inscripción de un dato o mención (el número de plazas de garaje) en la escritura calificada que no concuerda con los datos del Registro, que se hace mediante la instancia acompañatoria a la escritura que es absolutamente fundamental para la correcta valoración y calificación de los problemas que se plantean en el recurso.

### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 396 y 401 del Código Civil, 8 de la Ley Hipotecaria y 3 de la Ley de Propiedad Horizontal, y la Resolución de esta Dirección General de 8 de mayo de 1995

1. En el supuesto de hecho del presente recurso concurren las siguientes circunstancias:

a) Por escritura de 16 de octubre de 1985, adicionada por otra de 16 de diciembre del mismo año, se constituyó en régimen de propiedad horizontal un edificio sito en Murcia, partido de Santiago y Zairaiche, con fachadas a las calles de Asturias y de Moncayo, sin número, del cual forma parte como elemento número uno el garaje en la planta semisótano que consta de 25 plazas numeradas del 1 al 25, que constituye la finca registral 14.041.

b) Por escritura de 17 de diciembre de 1987 se modificó la descripción de dicho garaje, haciendo constar que el número de plazas en que aquél se dividía era de 28, numeradas del 1 al 28, sin que esta escritura haya tenido acceso al Registro de la Propiedad, ni se tuvo a la vista por el Registrador en el momento de redactar la nota de calificación.

c) Por escritura de 24 de marzo de 1988, en la que se hacía constar que eran 28 el número de plazas del local-garaje, se vendió a una señora que hizo constar que se hallaba separada por sentencia firme una veintiochoava parte indivisa de la finca antes expresada, estipulando que dicha participación indivisa daría derecho a la parte compradora a utilizar con carácter exclusivo una zona que se hallaba marcada en el plano de distribución con el número 5.

d) La compradora de la indicada participación indivisa hizo constar en instancia privada, con firma legitimada, que desistía de cualquier referencia

que en la citada escritura de compraventa pueda hacer a derechos de uso exclusivo en que se concrete la cuota indivisa adquirida sobre dicha finca.

e) Presentada la citada escritura de compra junto con la instancia, cuando aún quedaban inscritas a favor del transmitente suficientes cuotas indivisas del local-garaje para poder practicarse la inscripción, el Registrador deniega ésta por los efectos insubsanables. 1. Estar inscrita la participación vendida a favor de tercera persona. 2. Ser necesaria la previa inscripción de la modificación de la declaración de obra nueva y constitución en propiedad horizontal, ya que la venta de una veintiochoava parte indivisa de la finca contradice la descripción registral contenida en la inscripción primera de la finca 14.041, que comprende 25 plazas de garaje numeradas del 1 al 25, así como los estatutos de la comunidad, y que se han inscrito diez veinticincoavas partes indivisas de la finca con derecho a utilizar en exclusiva las plazas de garaje números 6, 3, 5, 8, 10, 15, 16, 17, 19 y 21, de ellas dos cuotas a favor de dos titulares distintos y ocho a favor de un solo titular, habiendo sido objeto de una anotación de demanda otra veinticincoava parte indivisa concretada en la plaza número 14 y no ser suficiente la renuncia a los derechos de uso exclusivo en que se concreta la cuota vendida. 3. No acreditarse el estado civil de la compradora.

2. Antes de entrar en el fondo de la cuestión es necesario precisar los defectos que han sido recurridos. El Notario recurrente, tanto en su escrito de interposición del recurso como en el de la apelación, no hace objeto de discusión el defecto señalado con el número 3, referente al estado civil de la compradora, por lo que esta cuestión ha de dejarse al margen. Los argumentos del recurrente tendentes a apoyar su solicitud de inscripción de la escritura combaten, sin señalarlos, indistintamente los defectos números 1 y 2. En este sentido hay que señalar que ambos defectos en realidad constituyen uno solo, ya que el primero sólo gozaría de sustantividad si las cuotas indivisas constituyesen fincas independientes, que es la verdadera cuestión sobre la que hay que decidir en este expediente.

3. Para la resolución del presente recurso debe partirse de la doctrina sentada en la resolución citada en los vistos, según la cual la fijación de determinadas cuotas indivisas como consecuencia de la pretendida división de un local-garaje que forma parte como finca independiente de una propiedad horizontal, que en el supuesto ahora debatido se fijan en 25 cuotas, no da lugar a que las cuotas indivisas puedan ser calificadas jurídicamente como fincas independientes dentro de un nuevo régimen de subpropiedad horizontal constituido sobre dicho local, respecto de las cuales puedan operar en todo su rigor los principios hipotecarios, y entre ellos el de tracto sucesivo; de conformidad con los artículos 396 y 401 del Código Civil, 3 de la Ley de Propiedad Horizontal y 8 de la Ley Hipotecaria, para que pueda hablarse de propiedad separada en un régimen de propiedad horizontal no basta con definir una cuota abstracta respecto del todo, sino que se precisa, además, la delimitación suficiente de un espacio susceptible de aprovechamiento independiente sobre el que se proyecta ese derecho singular y exclusivo de propiedad y en cuyo goce se concreta esa participación abstracta.

Faltando esa delimitación especial, las cuotas que se señalen por el propietario único del local carecerán de sustantividad jurídica actual que permita diferenciarlas entre sí, por más que a cada una se le asigne un número; la sola cuota indivisa no es más que una medida de participación de cada comunero en la titularidad compartida y, por tanto, no tiene sentido jurídico distinguir

cuotas indivisas en el derecho perteneciente a un solo sujeto, ni tampoco cabe, en caso de comunidad, hablar de otra cuota que la global que corresponda a cada titular.

4. En el supuesto debatido ha de estimarse que cuando se pretende el acceso al Registro, el transmitente lo que en realidad ostenta es la titularidad de una porción abstracta de la superficie total del garaje, y lo que se pretende inscribir se refiere a una porción abstracta de esa superficie total, la cual, sumada a las ya transmitidas, no excede de la que correspondía a esa cuota global única que retiene el transmitente, por lo que no hay razón para suspender su despacho por falta de tracto sucesivo. La discrepancia en las numeraciones entre la asignada a la plaza incluida en la compraventa y las que registralmente corresponden a las pretendidas cuotas indivisas diferenciadas aún retenidas por el transmitente no es argumento suficiente en contra, porque ni en aquélla ni en éstas tales números identifican objetos jurídicos distintos, sino meras fracciones puramente ideales de un mismo objeto jurídico. En este caso concreto, además, el comprador ha renunciado a la asignación de una plaza concreta.

5. No modifica lo anterior la existencia de una escritura de subsanación de la descripción del local-garaje ya que no ha tenido acceso al Registro de la Propiedad.

Por todo ello, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso en cuanto los defectos 1 y 2, revocando el auto apelado y la nota del Registrador.

#### CONSIDERACIONES CRÍTICAS

El resumen de las tres Resoluciones de 26, 29 y 30 de abril de 1996 (pertenecientes a la etapa anterior al cambio de Director General de los Registros y del Notariado) se me antoja un tanto oscuro y difícil para poder interpretar la decisión final que se le da a los casos planteados. A medida que uno avanza en la lectura y examina la decisión registral, los argumentos notariales para basar el recurso y los decisivos que dan al fin del recurso, se notan ciertas diferencias que resulta necesario poner de manifiesto, ya que si bien el artículo 68 del Reglamento Hipotecario dicta una norma referente a los garajes, no debe olvidarse que también hay que tener en cuenta el artículo 54 del mismo Reglamento y otras disposiciones.

Según los datos iniciales parece que existe un edificio inscrito en división horizontal en el que el semisótano está destinado a garaje o plazas de aparcamiento, que figuran numeradas del uno al veinticinco, quedando inscrito «como una finca registral comprensiva de la totalidad de su superficie y con sus linderos generales», sin que la numeración antes citada provoque la formación de plazas independientes, susceptibles de posible inscripción separada y especial. Se trata de una finca en comunidad.

En el relato que sigue se dice que por una escritura posterior se subsana la de división de propiedad horizontal y en vez de veinticincoavos partes el garaje se estructura en veintiochoavos partes. Esta escritura «no se inscribe» en el Registro de la Propiedad y deja los hechos tal y como se relatan al comienzo: veinticincoavos partes. Más adelante aparece una compradora —en situación conyugal de separada judicialmente— que compra una veintiochoava parte en que se ha dividido el garaje y que en instancia con firma legitimada renuncia al uso exclusivo en que se concrete su cuota indivisa. En la escritura

se hace referencia a la autorizada para subsanar el número de cuotas que se admite son veintiocho y no veinticinco. La verdad es que los hechos hacen referencia más que a «cuotas *pro indiviso*» a «plazas del local garaje», aunque en otras se atribuye el uso de la plaza de garaje que corresponde a su cuota.

Hace años un Notario —a quien ocurrió el hecho— relataba con mucha gracia cómo un paisano gallego después de haber dividido una enorme finca en tres partes iguales seguía disponiendo de «muchas más terceras partes» y alegaba que dada la enorme dimensión de la finca en ella cabían cantidad de «terceras partes». Si la finca registralmente figura con veinticincoavos partes, no me llevo a explicar cómo puede venderse una veintiochoava parte. Y una de dos, o estamos en el caso del paisano gallego, o aquí existe otra razón más poderosa.

El Notario en su recurso alega que el 40 por 100 indiviso del garaje es de la sociedad anónima vendedora, y lo que ya no sabe es si el 60 por 100 restante es el que está dividido en veinticincoavos partes o es el total del garaje el que —dividido en veinticinco cuotas— pertenece en un 40 por 100 de ellas a la sociedad vendedora. El arranque de la calificación registral no aclara mucho en este sentido, pues se limita a denegar la inscripción por estar inscrita «la participación vendida (veintiochoava) a favor de tercera persona», reconociendo, sin embargo, que la finca está dividida en «diez veinticincoavos partes indivisas». En los hechos también se habla de una anotación de demanda sobre una cuota de veinticincoavos partes.

La Dirección General aclara un poco más, pues habla de que las plazas de garaje —conforme a los estatutos de la comunidad y a la inscripción registral— son veinticinco y que se han inscrito DIEZ VEINTICINCOAVAS PARTES, de las cuales dos pertenecen a dueños diferentes y ocho a favor de un solo titular, habiendo sido anotada preventivamente una demanda sobre otra veinticincoava parte. Ante estos hechos, vamos a ver las diferentes posturas de las tres partes: calificación registral, argumentos notariales del recurso y fallo de la Dirección General. Intencionalmente hablo de «fallo».

#### A) CALIFICACIÓN REGISTRAL

De los tres defectos que la Registradora señala en su calificación, solamente vamos a fijarnos en los dos primeros que son los que dan motivo al recurso, pues el tercero, referido al estado civil de la compradora, sólo afecta en el caso de inscripción.

La Registradora estima que la participación de la finca vendida está inscrita ya a favor de otra persona y su reflejo registral a favor de la nueva titular lo impide el principio de tracto sucesivo. Igualmente estima que para verificar esa inscripción es necesario reformar las de obra nueva, propiedad horizontal, los estatutos de la comunidad y el acuerdo unánime de los propietarios del edificio.

Resulta difícil —ante estas alegaciones— saber cómo figuraba inscrita la finca destinada a garaje. Hemos quedado que era un semisótano que alberga 25 plazas de garaje, sin que éstas formen fincas independientes. Todos saben que las formas de hacer constar en el Registro los garajes son las siguientes: Como elemento privativo con un número de orden y cuota respectiva, pudiendo corresponder en forma indivisa a todos los titulares del mismo y garaje dividido en zonas de aparcamiento de propiedad individual diferente; garaje como elemento común de la comunidad horizontal, y garaje procomunal (se

trata de un elemento privativo en que existe vinculación a los demás elementos del edificio).

Tal y como parece de los hechos, el semisótano es una propiedad separada en situación de condominio, relacionada con la propiedad horizontal del edificio en base de ser uno de sus elementos componentes y tener una cuota fija en la participación total. Registralmente este semisótano está «adscrito» al uso para garaje, tiene señaladas veinticinco partes indivisas y todo ello se hace estatutariamente, lo cual sujeta inicialmente la intervención de la Junta de Propietarios para ciertos actos. Por ello, en principio parecen válidas las objeciones que la Registradora da para su oposición a la inscripción que aumenta las plazas de 25 a 28. Lo curioso del caso es que la vendedora de esa hipotética veintiochoava parte la vende tres veces: una el 11 de enero de 1988 (a don Francisco Valero Martín), el 24 de marzo de 1988 (a doña Emilia Fernández Martín) y el 10 de diciembre de 1987 (a doña María Dolores Serna Hernández). Las tres ventas y su petición de inscripción son rechazadas por la Registradora y recurridas conforme a las tres Resoluciones de 26, 29 y 30 de abril de 1996. Las tres ventas de esa hipotética veintiochoava parte están autorizadas por el mismo Notario. Las ventas de esa parte indivisa dan derecho a ocupar las plazas de garaje señaladas en cada una de las escrituras (5, 22 y 23). Tres cuotas más de las 25 iniciales.

#### B) ARGUMENTOS NOTARIALES

El Notario recurrente arranca con el pronunciamiento de que el documento presentado es «válido y eficaz», lo cual no quiere decir que sea inscribible. Creo que no debe juzgarse aquí con la famosa frase de NÚÑEZ LAGOS de que el documento no es válido y eficaz porque se inscribe, sino que se inscribe por ser válido y eficaz, pues lo primero es falso ya que la eficacia la da la inscripción, y lo segundo también es falso, pues no siempre se puede inscribir un título válido y eficaz.

Añade como argumentos que al tener la sociedad anónima más del 40 por 100 de las cuotas del semisótano puede vender como quiera y a quien quiera, y los estatutos (no se sabe si son de la comunidad del semisótano o de la propiedad horizontal) no prohíben la venta por fracciones distintas de las veinticincoavas partes. También dice que no se trata de «modificar» la descripción del semisótano y que mientras la sociedad vendedora tenga titularidad suficiente puede seguir vendiendo. Antes de todo ello califica de «poco jurídicos» los argumentos que se esgrimen.

No sé si al invocar el principio de especialidad se está o no utilizando un «argumento jurídico», pero de cualquier forma este principio exige —en base del art. 54 RH— que toda inscripción de partes indivisas de una finca o derecho debe precisar la porción ideal de cada condueño con datos matemáticos que permitan concretarla indudablemente. Se observó esto con auténtica rigurosidad, pues en la inscripción de propiedad horizontal el semisótano figuraba como finca número uno de la misma, sin que se forme con las plazas de garaje fincas independientes, pero señalando que eran veinticinco, es decir, veinticincoavas partes. Posteriormente se habla en una escritura que no se inscribe que se trata de veintiochoavas partes. Si sólo son veinticinco, conforme al Registro, veinticinco serán las posibles inscripciones independientes de cada cuota, conforme al artículo 68 del Reglamento Hipotecario. Pretender

que ahora sean veintiocho —sin rectificar la inscripción— es condenar a tres veintiochoavas partes a que no puedan ser inscritas independientemente.

La Registradora, por su parte, en el informe en defensa de su nota dice —y dice con razón— que no se modificaron los estatutos en los que constaban las veinticinco plazas y su modificación sólo consta en una escritura que no se presenta ni se inscribe y que ni contiene el acuerdo de todos los propietarios, que tampoco la ratifican en el momento de solicitar la inscripción referida. Pero aun suponiendo —y este es argumento mío— que el semisótano estuviera desconectado de la propiedad horizontal y se rigiese por la normativa de la comunidad del Código Civil, se precisaría —en todo caso— una «mayoría» de los partícipes, que parece no existir. Todo con relación al artículo 398 del Código Civil que habla de «administración y mejor disfrute», y el acto que se realiza en la escritura trasciende de esos actos, por lo que el artículo aplicable sería el 397 del mismo Código Civil. Realmente, estos argumentos son utilizados por la Registradora en el informe.

### C) POSTURA DE LA DIRECCIÓN

La Dirección General —después de resumir los hechos que hemos relatado a lo largo de este comentario— arranca con una afirmación que, a mi entender, viola los artículos 54 y 68 del Reglamento Hipotecario, pues dice que la fijación de cuotas indivisas «que en el supuesto ahora debatido se fijan en veinticinco no da lugar a que las cuotas indivisas puedan ser calificadas jurídicamente como fincas independientes». El artículo 54 del Reglamento Hipotecario exige la fijación de cuotas, y el artículo 68 permite a cada cuota abrir folio registral. Aun suponiendo que sea otra la interpretación que se le da al artículo 68 del Reglamento Hipotecario y se exija que la cuota abstracta se «concrete» en la delimitación suficiente de un espacio susceptible de aprovechamiento independiente, es evidente que así se hizo en la escritura e inscripción de la propiedad horizontal. Por supuesto, la presentación de esa instancia en la cual la compradora renuncia al «uso exclusivo» de una plaza numerada es «papel mojado» aun teniendo firma legitimada, conforme al artículo 1.230 del Código Civil.

Para la Dirección General la asignación de un número no es suficiente para que la cuota tenga sustantividad, pues se necesita una «delimitación especial». Supongo que lo que está pretendiendo la Dirección es el señalamiento de linderos, precisión de superficie, acceso a las rampas de entrada y salida... Esto —en la práctica— ya no es comunidad, es propiedad separada y especial. Y se me ocurre preguntar la razón por la que el artículo 64 permitía inscribir las cuotas de agua; por qué se admite la hipoteca y el embargo sobre parte indivisa de una finca; por qué el párrafo segundo del artículo 54 del Reglamento Hipotecario habla de partes de un mismo bien «aunque pertenezcan a un solo propietario».

Pensando de esta manera, la Dirección General dice que lo que el comprador o compradora adquiere es una «cuota abstracta» de la superficie total del garaje, pero la afirmación que ya no es «argumento suficiente» es la de que sumada dicha cuota abstracta no debe exceder de la cuota global única y aquí se excede, pues registralmente son veinticinco cuotas (se habla de veinticincoavas partes) y se quiere que sean veintiocho (se habla de venta de la veintiochoava parte).

Entiendo que la cosa es clara. La sociedad anónima encargada de construir el edificio lo fue vendiendo y calculó que con 25 plazas de garaje se cubrían sus aspiraciones monetarias, pero vio que «remodelando» el semisótano podían salir 28; se fue al Notario y se hizo una escritura de rectificación que, por las razones que sean, no se inscribió (y me imagino que por no haber observado los puntos clave de la modificación) y luego comenzó a vender esas tres plazas que habían salido «por nueva medición de finca». Algo así como un exceso de cabida. No debe olvidarse que en este conglomerado de hechos la venta de una veintiochoava parte se hace el 10 de diciembre de 1987 y la escritura de rectificación es de fecha 17 de diciembre de 1987 (siete días después).

A mí lo que me gustaría ver es la forma que se le da a la inscripción de la venta de esas veintiochoavas partes, en la que deberá figurar la manifestación del vendedor de la alteración o ampliación de cuotas. Todo ello generará una inseguridad jurídica, un motivo de discordia, una falta de claridad y una ausencia de «seguridad preventiva».

JOSÉ M.<sup>º</sup> CHICO Y ORTIZ

*INMATRICULACION MEDIANTE EXPEDIENTE DE DOMINIO, ARTICULO 199.a) DE LA LEY HIPOTECARIA: PUESTO QUE LA LEY HIPOTECARIA DISPONE QUE EL AUTO FIRME RECAIDO EN EL EXPEDIENTE ES TITULO SUFICIENTE PARA INMATRICULAR, CARECE DE FUNDAMENTO LA DENEGACION POR EL REGISTRADOR DE LA INSCRIPCION DEL TESTIMONIO PRESENTADO. (RESOLUCIONES DE 21 Y 22 DE NOVIEMBRE DE 1995. BBOO DE 4 DE ENERO DE 1996 Y 30 DE DICIEMBRE DE 1995.)*

*RESOLUCION de 21 de noviembre de 1995, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Angel Luis Doñoro Yebra contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Alcalá de Henares número 4 a inscribir un testimonio de auto dictado en expediente de dominio en virtud de apelación del recurrente.*

En el recurso gubernativo interpuesto por don Angel Luis Doñoro Yebra contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Alcalá de Henares número 4 a incribir un testimonio de auto dictado en expediente de dominio en virtud de apelación del recurrente.

*Hechos.*—1. En el año 1982, don Angel Luis Doñoro Yebra, casado con doña María Jesús Anchuelo Sánchez, adquirió por compra a don Claudio Sánchez Alborno un solar de 249 metros cuadrados, sito en la calle del Corso, sin número [hoy calle Lavadero, número 11, de Anchuelo (Madrid)]. De dicha adquisición carece de documento escrito. Y, asimismo, el solar no estaba inscrito en el Registro de la Propiedad.

El señor Doñoro, efectuada la compraventa, construyó en el solar una vivienda de 138 metros cuadrados de superficie, expidiéndose certificado final de obra, visado por el Colegio de Arquitectos el día 5 de diciembre de 1984. A continuación se obtuvo la cédula de habitabilidad, de fecha 13 de junio de 1985, y se dio de alta en contribución territorial urbana, presentando la declaración el día 17 de abril de 1985, expidiéndose a su nombre los recibos anuales.

El día 27 de marzo de 1992, por el señor Doñoro se instó expediente de dominio ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Alcalá de Henares, acompañando al correspondiente escrito la certificación registral en el que se expresa que no aparece inscrita la finca a favor de persona alguna y demás documentos acreditativos. Que practicadas las pruebas documentales y testificales propuestas, con intervención del Ministerio Fiscal, el citado Juzgado dictó auto de fecha 23 de octubre de 1992 en el que se declaró justificado el dominio a favor de don Luis Doñoro Yebra y doña María Jesús Anchuelo Sánchez en régimen de gananciales de la finca que se describe y acordó la inscripción de dicho dominio en el Registro de la Propiedad de Alcalá de Henares número 4.

II. Presentado testimonio de la anterior resolución en el Registro citado, fue calificado con la siguiente nota: «Presentado el precedente testimonio de auto el día 16 de diciembre último, bajo el asiento 1105 del Diario número 10, deniego la inmatriculación solicitada por no ser el expediente de dominio el procedimiento adecuado para lograr la inscripción a favor del promotor cuando su adquisición dominical tiene su causa inmediata en un documento privado; la falta de título formal debe suplirse, en este caso, mediante la elevación a público del documento privado, obtenida voluntariamente, o en el procedimiento contradictorio que corresponda. Extiendo esta nota, que no rebasa el ámbito de calificación permitido por el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, a la vista del artículo 24 de la Constitución española; artículos 3, 40 y 200 de la Ley Hipotecaria; artículos 272 y 282 del Reglamento Hipotecario; artículos 1.279 y 1.280 del Código Civil, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de julio de 1973, 29 de agosto de 1983, 16 de febrero de 1988, 30 de mayo de 1988 y 21 de junio de 1991. Contra la presente nota de calificación cabe interponer recurso mediante escrito dirigido al excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la forma y plazos que prevén los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario. Alcalá de Henares, 8 de enero de 1993.—El Registrador, *José Ernesto García Trevijano Nestares.*»

III. Don Angel Doñoro Yebra interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: A) Que se ha omitido la aplicación de preceptos legales: 1. Ley Hipotecaria Artículos 199 y 201 2.º; Reglamento Hipotecario: Artículos 272, 274, 275, 282 y 283. Que del examen conjunto de los preceptos citados se puede convenir en que: a) Se permite la inmatriculación de fincas no inscritas a nombre de persona alguna mediante expediente de dominio; b) Que en el expediente ha de acreditarse la falta de inscripción por certificación registral, y c) Que el solicitante acompañará su título de adquisición si lo tuviere y demás documentos acreditativos de su derecho, sin que pueda exigírsele aquel título de adquisición cuando alegue que carece del mismo. Que siendo el expediente de dominio un procedimiento establecido por la Ley para lograr la inmatriculación y habiéndose respetado todas las normas exigibles en su tramitación, es claro que el señor Registrador debe dar cumplimiento a lo establecido en la regla 6.ª del artículo 201 de la Ley Hipotecaria y artículo 283 de su Reglamento, procediendo a la inscripción del testimonio del auto en el que consta su firmeza Y B) que sorprende que el Registrador base su calificación denegatoria en entender que existe un documento privado que ha de elevarse a público voluntaria u obligatoriamente, y no se sabe de dónde ha extraído tal conclusión. Que no

existe ningún documento que se haya de elevar a público para que pueda acceder al Registro conforme a lo previsto en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria. Existió un contrato de compraventa que se efectuó en forma verbal, forma admitida por el Código Civil y por el Tribunal Supremo, Sentencias de 30 de abril de 1955, 28 de octubre de 1944 y 3 de julio de 1943. Contrato verbal cuya existencia nadie ha discutido ni nadie se ha opuesto. Que por consiguiente, no hay una situación litigiosa que pudiera indicar al recurrente la necesidad de exigir judicialmente a los causahabientes del transmitente (porque éste falleció) rellenar la forma de elevación a escritura pública de un contrato verbal, máxime cuando tampoco el transmitente tenía título inscrito. Que hay una coincidencia exacta con la doctrina sentada por la Resolución de 30 de mayo de 1988, citada por el Registrador.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que el tema objeto del debate es si el procedimiento de jurisdicción voluntaria puede suplir, a exclusiva voluntad de una de las partes y sin intervención de la otra, a la formación voluntaria del título inscribible, escritura pública ajustada a lo ordenado en los artículos 205 de la Ley Hipotecaria y 298 del Reglamento o, en su caso, hay que acudir al procedimiento contencioso pleno que corresponde según la cuantía. La cuestión viene resuelta por el artículo 24 de la Constitución española. Que si hay unos conocidos herederos del vendedor debe formalizarse la escritura pública, pues las ventajas de la escritura frente al expediente son evidentes en tiempo y coste. Que la escritura es el medio ordinario para obtener la inmatriculación; en cambio, el expediente de dominio es un medio supletorio, pues su objeto es dotar de título al que no puede formar la titulación ordinaria. La Dirección General de los Registros y del Notariado sigue el mismo criterio en el fundamento de Derecho tercero de la Resolución de 21 de junio de 1991, y este es el caso del presente recurso. Que hay que concluir diciendo que: 1. Desde la primitiva legislación hipotecaria de 1861, 1869 hasta hoy, el expediente de dominio tiene naturaleza supletoria de la titulación ordinaria; así resulta del artículo 272 del Reglamento Hipotecario y lo reconoce la generalidad de la doctrina y la propia Dirección General de los Registros y del Notariado. 2. No es lo mismo consentimiento del vendedor o sus causahabientes que la mera citación y falta de oposición. 3. Ni siquiera se acredita el carácter de causahabientes de los citados a efectos del artículo 201 de la Ley Hipotecaria. 4. La adquisición por posesión quieta y pacífica debe acreditarse, en su caso, por la sentencia favorable obtenida en juicio contradictorio. 5. A efectos de la calificación es indiferente la existencia de contrato privado o verbal, pues en ambos casos se requiere la obtención de título formal inscribible. 6. La Dirección General de los Registros y del Notariado ha resuelto ya casos análogos.

V. La Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Alcalá de Henares informó que el expediente de dominio se ha tramitado conforme a lo prevenido en la vigente legislación hipotecaria.

VI. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmó la nota del Registrador fundándose en que en el presente caso se menciona la existencia de documento privado, pero en modo alguno se demuestra que no fue posible elevarlo a escritura pública compeliendo a la otra parte.

VII. El recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que la resolución judicial no ha captado la verdadera cuestión, pues lo que sucede es que no existe documento privado.

### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 199.a), 201 y 205 de la Ley Hipotecaria y 293 y 298 del Reglamento Hipotecario.

En el presente recurso se debate exclusivamente sobre si procede inmatricular una finca en el Registro de la Propiedad en virtud de auto recaído en expediente de dominio tramitado con arreglo al artículo 201 de la Ley Hipotecaria, por el cual se declara justificado el dominio a favor del promotor, quien lo había adquirido por título de compra en 1982 a determinada persona identificada en el expediente.

Establecido en los artículos 199.a), 201, regla 6.ª, de la Ley Hipotecaria y 283 del Reglamento Hipotecario que el auto firme recaído en el expediente de dominio tramitado de conformidad con los preceptos citados, por el que se declara justificado el dominio del promotor es título suficiente para la inmatriculación de la finca e inscripción de su dominio a favor de dicho promotor; y señalándose en la regla 2.ª del citado artículo 201 de la Ley Hipotecaria que para la justificación del dominio del solicitante presentará éste, si los tuviere, los documentos acreditativos pertinentes, carece de todo fundamento la denegación de la inscripción pretendida, sin que pueda el Registrador en el ámbito de su función calificadora y cualesquiera que sean los argumentos incoados valorar la aptitud del expediente de dominio como cauce para la inmatriculación e ignorar la virtualidad que la Ley le ha conferido.

Por todo ello esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar el auto apelado y la nota del Registrador

Madrid, 21 de noviembre de 1995.—El Director general, *Julio Burdiel Hernández*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

*RESOLUCION de 22 de noviembre de 1995, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Juan Manuel Castro Doñoro contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Alcalá de Henares número 4 a inscribir un testimonio de auto dictado en expediente de dominio en virtud de apelación del recurrente.*

En el recurso gubernativo interpuesto por don Juan Manuel Castro Doñoro contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Alcalá de Henares número 4 a inscribir un testimonio de auto dictado en expediente de dominio en virtud de apelación del recurrente.

*Hechos.*—I El día 15 de abril de 1975, don Juan Manuel Castro Doñoro compró para su sociedad de gananciales, mediante contrato privado a sus propietarios don A. Bonifacio García Pérez y doña Ramona García Mateos, la parcela número 37 del polígono 6 de Santorcaz (Madrid), sobre la que se construyó una casa de una superficie aproximada de 450 metros cuadrados, de los cuales 200 corresponden a la construcción principal destinada a vivienda y seis de construcción secundaria, correspondiendo el resto a patio, jardín y cobertizos. La finca mencionada no consta inmatriculada en el Registro de la Propiedad correspondiente a nombre de persona alguna. Por el señor Castro se inició expediente de dominio ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Alcalá de Henares, al que correspondió el número 85/1995, que siguió sus trámites legales, y se cumplieron los requisitos previstos en la

legislación hipotecaria y recayó Auto con fecha 15 de marzo de 1990, declarando justificados los extremos reseñados por el instante ordenándose la inscripción del mismo.

II. Presentado testimonio de la anterior resolución en el Registro de la Propiedad de Alcalá de Henares número 4, fue calificado con la siguiente nota: «Presentado nuevamente en este Registro el documento que precede, a las nueve treinta horas del día 12 de febrero último, según el asiento 1637 del Diario de operaciones número 10, se deniega la inmatriculación solicitada en el mismo por no ser el expediente de dominio el procedimiento adecuado para lograr la inscripción a favor del promotor cuando su adquisición dominical tiene su causa inmediata en un documento privado; la falta de título formal debe suplirse en este caso mediante la elevación del documento privado, obtenida voluntariamente o en el procedimiento contradictorio que corresponda. Extiendiendo esta nota, que no rebasa el ámbito de calificación permitido por el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, a la vista del artículo 24 de la Constitución española; artículos 3, 40 y 200 de la Ley Hipotecaria; artículos 272 y 282 del Reglamento Hipotecario; artículos 1.279 y 1.280 del Código Civil, y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de julio de 1973, 29 de julio de 1983, 16 de febrero de 1988, 30 de mayo de 1988 y 21 de junio de 1991 Esta nota es idéntica a la extendida con fecha 29 de mayo de 1992, según nota puesta al margen del asiento de presentación 956 del Diario 9. Contra esta nota cabe interponer el denominado recurso gubernativo mediante escrito dirigido al excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el plazo de cuatro meses, a contar desde esta fecha, conforme a los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario. Alcalá de Henares, 3 de marzo de 1993.—El Registrador, *José Ernesto García Trevijano Nestares* »

III. Don Juan Manuel Castro Doñoro interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que el señor Registrador confunde claramente cuál es la finalidad del expediente de dominio que tiene establecida tanto la doctrina como la Dirección General de los Registros y del Notariado; el mismo no persigue la acreditación de la propiedad que se puede discutir en un procedimiento declarativo, sino que tiene por finalidad acreditar que se ha adquirido la propiedad de una determinada finca. Que la Ley Hipotecaria, en su artículo 201.2.ª, último párrafo, y el Reglamento Hipotecario en sus artículos 275 y 282 prevén la posibilidad de aportar «los procedimientos acreditativos del derecho del solicitante, si los tuviere»; y dentro de éstos es obvio que también se encuentran los documentos privados. Que el señor Registrador también confunde entre los diferentes usos o finalidades especiales para qué puede servir un expediente de dominio. En este sentido se citan los artículos 199-201 de la Ley Hipotecaria y la Resolución de 11 de enero de 1958. Que no cabe oponer la doctrina de la Resolución de 30 de mayo de 1950, que trata de un supuesto de hecho distinto al aquí contemplado (Resolución de 15 de noviembre de 1990).

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que el tema objeto del debate es si el procedimiento de jurisdicción voluntaria puede suplir, a exclusiva voluntad de una de las partes y sin intervención de la otra, a la formación voluntaria del título inscribible, escritura pública ajustada a lo ordenado en los artículos 205 de la Ley Hipotecaria y 298 del Reglamento o, en otro caso, hay que acudir al procedimiento contencioso pleno que corresponde según la cuantía. La cuestión viene resuelta por el artículo

24 de la Constitución española. Que si hay unos conocidos herederos del vendedor debe formalizarse la escritura pública, pues las ventajas de la escritura frente al expediente son evidentes en tiempo y coste. Que la escritura es el medio ordinario para obtener la inmatriculación; en cambio, el expediente de dominio es un medio supletorio, pues su objeto es dotar de título al que no puede formar la titulación ordinaria. La Dirección General de los Registros y del Notariado sigue el mismo criterio en el fundamento de Derecho tercero de la Resolución de 21 de junio de 1991, y este es el caso del presente recurso. Que hay que concluir diciendo que: 1. Desde la primitiva legislación hipotecaria de 1861, 1869 hasta hoy, el expediente de dominio tiene naturaleza supletoria de la titulación ordinaria; así resulta del artículo 272 del Reglamento Hipotecario y lo reconoce la generalidad de la doctrina y la propia Dirección General de los Registros y del Notariado. 2. No es lo mismo consentimiento del vendedor o sus causahabientes que la mera citación y falta de oposición. 3. Ni siquiera se acredita el carácter de causahabientes de los citados a efectos del artículo 201 de la Ley Hipotecaria. 4. La adquisición por posesión quieta y pacífica debe acreditarse, en su caso, por la sentencia favorable obtenida en juicio contradictorio. 5. A efectos de la calificación es indiferente la existencia de contrato privado o verbal, pues en ambos casos se requiere la obtención de título formal inscribible. 6. La Dirección General de los Registros y del Notariado ha resuelto ya casos análogos.

V. El Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Alcalá de Henares informó que el expediente de dominio se ha tramitado conforme a lo prevenido en la vigente legislación hipotecaria.

VI. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmó la nota del Registrador fundándose en que en el supuesto que exista documento privado de compraventa rebasa las previsiones legales y no puede ser admitido a los fines del expediente de dominio. El documento privado es inscribible, cumpliendo lo dispuesto en el artículo 1.279 del Código Civil, y en el caso presente no se demuestra que no fue posible elevar el documento privado a escritura pública.

VII. El recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió que se hace mención expresa de lo establecido en el artículo 272 del Reglamento Hipotecario. Este artículo no excluye el contrato privado de compraventa de la vía del expediente de dominio. Que no se niega que el documento privado sea inscribible cumpliendo lo dispuesto en el artículo 1.279 del Código Civil, pero ello no obsta a que igualmente se pueda realizar inmatriculación por medio de un expediente de dominio, máxime si tenemos en cuenta las circunstancias concretas del presente supuesto, en que han transcurrido dieciocho años desde la realización del contrato privado y se desconoce el paradero de los vendedores. Que el hecho que el documento privado sea inmatriculado a través de un expediente de dominio para nada vulnera el artículo 1.279 del Código Civil.

### **Fundamentos de Derecho**

Vistos los artículos 199.a), 201 y 205 de la Ley Hipotecaria y 283 y 298 del Reglamento Hipotecario

En el presente recurso se debate exclusivamente sobre si procede inmatricular una finca en el Registro de la Propiedad en virtud de auto recaído en expediente de dominio tramitado con arreglo al artículo 201 de la Ley Hipo-

tecaria, por el cual se declara justificado el dominio a favor del promotor, quien lo había adquirido por título de compra en 1975 a determinadas personas identificadas en el expediente.

Establecido en los artículos 199.a), 201, regla 6.ª, de la Ley Hipotecaria y 283 del Reglamento Hipotecario que el auto firme recaído en el expediente de dominio tramitado de conformidad con los preceptos citados, por el que se declara justificado el dominio del promotor, es título suficiente para la inmatriculación de la finca e inscripción de su dominio a favor de dicho promotor; y señalándose en la regla 2.ª del citado artículo 201 de la Ley Hipotecaria que para la justificación del dominio del solicitante presentará éste, si los hubiere, los documentos acreditativos pertinentes, sin precisar si ha de tratarse de documentos públicos o privados (y, por tanto, sin que estos últimos queden excluidos), carece de todo fundamento la denegación de la inscripción pretendida, sin que pueda el Registrador en el ámbito de su función calificadora y cualesquiera que sean los argumentos incoados valorar la aptitud del expediente de dominio como cauce para la inmatriculación e ignorar la virtualidad que la Ley le ha conferido (obsérvese que en el presente caso aun cuando se consiguiese la elevación a público del documento privado de compra, dicho documento carecería por sí solo de aptitud inmatriculadora inmediata (*vid.* arts. 205 LH y 298 RH).

Por todo ello esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar el auto apelado y la nota del Registrador.

Madrid, 22 de noviembre de 1995.—El Director general, *Julio Burdiel Hernández*.

Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

## 1. EL SUPUESTO DE HECHO Y LA CUESTIÓN DEBATIDA

La cuestión de debate en los expedientes que dieron lugar a las Resoluciones de la DGRN de 21 y 22 de noviembre de 1996 se centraba en decidir si resulta o no admisible como título jurídico hábil para causar un asiento de inmatriculación el testimonio del auto probatorio de un expediente de dominio tramitado con tal finalidad inmatriculadora con arreglo al artículo 201 de la Ley Hipotecaria, por el cual se declara justificado el dominio a favor del promotor, quien resulta ser adquirente del citado dominio por título de compra o en documento privado (en el caso resuelto por la Resolución de 21 de noviembre), o bien careciendo de documento escrito de tal título (en el supuesto resuelto por Resolución de 22 de noviembre).

## 2. LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR

El Registrador sostiene en su nota de calificación la tesis negativa por considerar que la falta de título formal para la inscripción, en tales casos, debe suplirse mediante la formalización o elevación a documento público del contrato celebrado, obtenido voluntariamente o en el procedimiento contradictorio que corresponda, argumentando en base a los siguientes razonamientos: a) que la admisión del expediente de dominio causaría una situación de indefensión en el transmitente que intervino en la compraventa, en contra de

lo dispuesto por el artículo 24 de la Constitución, al no ser el expediente de dominio un procedimiento contradictorio sino de jurisdicción voluntaria; *b*) que el expediente de dominio como medio inmatriculador tiene carácter supletorio con objeto de dotar de título inscribible al que no puede formar la titulación ordinaria integrada por la escritura pública, otorgada de modo voluntario o judicialmente a través del correspondiente procedimiento contradictorio.

### 3. EL CRITERIO DE LA DGRN Y SU ARGUMENTACIÓN

La DGRN desestima en las mencionadas Resoluciones tal planteamiento en base a lo establecido en los artículos 199.a), regla 6.ª, de la Ley Hipotecaria, y 283 del Reglamento Hipotecario, según los cuales el auto firme recaído en el expediente de dominio tramitado de conformidad con los preceptos citados, por el que se declara justificado el dominio del promotor, es título suficiente para la inmatriculación de la finca e inscripción de su dominio a favor de dicho promotor, a lo cual agrega la DGRN que la regla 2.ª del artículo 201 de la Ley Hipotecaria prevé que para la justificación del dominio del solicitante podrá presentar éste, si los hubiere, los documentos acreditativos, sin precisar si ha de tratarse de documentos públicos o privados, de donde colige el Centro Directivo que estos últimos no quedan excluidos. Hasta aquí la argumentación de la DGRN.

### 4. COMENTARIO

Ciertamente la legislación hipotecaria regula el expediente de dominio con el objeto de declarar probada la adquisición de dominio de la finca del promotor, esto es, que se ha producido un acto o causa idónea para tal adquisición, y ello con la finalidad de dotar o de habilitar de título de dominio inscribible al que carazca del mismo, bien por no haber sido la adquisición probada objeto de documentación inicial o sobrevenidamente, bien por haber sufrido su pérdida, extravío o sustracción, bien por presentar tal documentación defectos o deficiencias que determinen su ineptitud para servir de vehículo de acceso formal del acto de adquisición al Registro de la Propiedad (cfr. art. 272 RH). Una de las carencias o deficiencias que cierran el acceso del título al Registro puede ser —como sucedía en el caso por la Resolución de 21 de noviembre de 1996— su constancia en documento meramente privado dada la exigencia de documentación pública que, por evidentes razones de seguridad jurídica, impone el artículo 3.º de la Ley Hipotecaria. Ahora bien, el hecho de que la ausencia de título escrito de dominio (caso de la Resolución de 22 de noviembre de 1996), o su existencia en concurrencia de cualquier causa que determine su «ininscribibilidad», actúe como presupuesto habilitante del propio expediente de dominio, no implica en modo alguno la inexistencia de un acto o causa idónea para tal adquisición, por cuanto que la prueba de esto último constituye precisamente el objeto del expediente de dominio. Es decir, la carencia o deficiencia del título, que actúa como presupuesto del expediente, vienen referidas al título en sentido formal o instrumental, no al título en sentido material o sustantivo, título en sentido material (causa de adquisición) que «en todo caso» ha de expresarse en el escrito de

incoación del expediente (*vid.* art. 274, núm. 2.º, RH) y, posteriormente, habrá de ser objeto de la declaración formal de su existencia por parte del auto resolutorio del expediente, ya que, conforme ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo (*vid.* Sentencias de 6 de octubre de 1965, 26 de enero de 1967 y 9 de mayo de 1970), así como la propia DGRN (*vid.* Resoluciones de 16 de febrero de 1988, 30 de mayo de 1988 y 24 de enero de 1994), el expediente de dominio no se ha de limitar a una simple declaración de dominio, sino que ha de declarar la existencia de un hecho adquisitivo por sí legalmente suficiente para adquirirlo. Pudiendo, por lo demás, aportarse al expediente los documentos acreditativos del derecho del solicitante —no aptos, no obstante, para causar su inscripción— (*vid.* art. 201, núm. 2.º, 2, *in fine*, LH y art. 275 de su Reglamento)

Por consiguiente, no puede entenderse que la circunstancia de que el acto adquisitivo del promotor tuviese lugar mediante la celebración —que no formalización documental pública— de un contrato de compraventa actúe como un requisito básico para la tramitación del expediente, según lo expresado, y al propio tiempo y de forma simultánea como una causa obstativa o impeditiva de la viabilidad registral del auto aprobatorio de tal expediente. Ello implicaría la existencia de una antinomia legal que exigiría en la práctica, en los supuestos, por lo demás los más frecuentes con mucho, de adquisición de origen contractual, entender enervada la posibilidad legal de su acreditación a través del expediente de dominio a los efectos de la inmatriculación registral de la finca correspondiente, privando de coherencia lógica a la Ley en este punto (máxime si consideramos, como apunta el Registrador en su informe, que parte de la doctrina ha puesto en duda la idoneidad jurídica del expediente de dominio para acreditar otros modos de adquirir el dominio de origen no contractual, como la prescripción adquisitiva). La innecesariedad de la elevación a público del documento privado de compraventa celebrado, con objeto de erigirlo en necesario medio de inmatriculación, lo evidencia, por otra parte, lo dispuesto en el párrafo 15 del artículo 298 del Reglamento Hipotecario, que admite como vehículo inmatriculador hábil el acta de notoriedad a la que se incorpore el *título de adquisición privado*, si bien de la misma resulta haberse cumplido lo preceptuado en las reglas 3.ª y 4.ª del artículo 203 de la Ley, y que las fincas estén amillaradas o catastradas a nombre del titular.

Frente a las anteriores consideraciones no cabe invocar la doctrina sentada por la DGRN en sus Resoluciones de 30 de mayo de 1988 y 21 de junio de 1991, que parecen inspirar la tesis del Registrador, basadas en la idea de que la falta de títulos formales adecuados para la inscripción ha de ser superada mediante el reconocimiento y pública documentación de dichos actos, de forma voluntaria o a través de la declaración judicial de su existencia obtenida en juicio contradictorio, a través del ejercicio de la acción que nace del artículo 1.279 en relación con el artículo 1.280, número 1, del Código Civil, por cuanto que tal doctrina no responde tanto a un riguroso criterio de supletoriedad del expediente de dominio, como titulación especial, frente a la documentación escrituraria u ordinaria, cuanto a la razón de que la finalidad concreta perseguida por el expediente en los casos resueltos en tales Resoluciones, y otras de idéntico o parecido tenor, era la de la reanudación del tracto sucesivo que se decía interrumpido, cuando en la realidad de los hechos no se había producido interrupción alguna del tracto al traer el promotor del expediente —titular extrarregistral actual— causa directa del titular registral, por lo que el supuesto de hecho referido no encaja entre los que

están previstos legalmente para desencadenar la tramitación del expediente. En tales casos existía, pues, un titular registral cuyo asiento gozaba de la salvaguardia y amparo de los Tribunales (art. 1, núm. 3, LH) y del principio de legitimación registral (art. 38 LH), por lo que su cancelación quedaba sometida al régimen general del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, que exige el consentimiento de su titular o resolución judicial firme obtenida en juicio contradictorio, lo que no se compadece bien con la cancelación que habría de devenir en caso de éxito en el proceso de inscripción del testimonio del auto resolutorio del expediente (cfr. art. 286 RH). Todo ello, como resulta evidente, como consecuencia de la existencia de un titular registral, el cual, por definición, no existe cuando de lo que se trata es, no de reanudar el tracto interrumpido, sino de inmatricular una finca. A este respecto de dominio distingue entre sus tres finalidades —inmatriculación, reanudación del tracto y registración de excesos de cabida— y contiene junto a las normas comunes a sus tres modalidades otras especiales para cada una de ellas en cuanto a presupuestos, requisitos y tramitación (cfr. Resolución de 27 de noviembre de 1958).

Por todo ello, ante la inviabilidad legal del expediente de dominio en tales casos de adquisición directa del titular registral, se ha de exigir de este último como una consecuencia más derivada de la naturaleza del contrato (cfr. art. 1.258 CC) la formalización del mismo en documento público a través, a falta de prestación voluntaria del consentimiento, de la acción de compelimiento que brinda el artículo 1.279, en relación con el artículo 1.280, número 1, del Código Civil. Ahora bien, tratar de configurar el ejercicio de la acción del artículo 1.279 como un deber, no ya para el compelido, sino en todo caso para el adquirente del dominio en función de su interés en lograr la inscripción y sin haber sido objeto de un previo compelimiento por la otra parte contratante, supone desvirtuar la interpretación que de tales preceptos ha hecho la jurisprudencia. En efecto, la aparente contradicción existente entre el artículo 1.279 del Código Civil (que a la necesidad de formas especiales para que el contrato desenvuelva su eficacia obligatoria) y el artículo 1.278 del mismo Cuerpo legal (que proclama la validez y la obligatoriedad de los contratos cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado), ha sido resuelta por nuestra jurisprudencia en el sentido espiritualista propio de nuestra tradición jurídica, favorable a la libertad de formas en la contratación y a la perfección meramente consensual de los contratos como regla general, considerando que la validez del contrato no queda subordinada a la cumplimentación de la forma en los supuestos enumerados por el artículo 1.280 del propio Código Civil (núm. 1, «los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles»), por ser los requisitos de forma exigidos por tal precepto meramente *ad probationem* y no *ad solemnitatem* de manera especial para la perfección del contrato, sin perjuicio de que las partes puedan ejercer la «facultad» de exigir de la otra constancia del negocio celebrado en escritura pública a los efectos que se estimen precedentes (inscripción en el Registro —art. 3 LH—, prueba frente a terceros —art. 1.218 CC—, etc.) mediante lo que la técnica notarial conoce como contratos de fijación jurídica que responden al designio de dar claridad, certeza y estabilidad a situaciones jurídicas preexistentes al propio documento formalizado (cfr. art. 1.224). Pero en el bien entendido que lo que el artículo 1.279 del Código Civil establece es una facultad, no una obligación, a favor de ambos contratantes, y una facultad de ejercicio meramente potestativo cuyo no ejercicio no encierra ningún tipo de dejación o renuncia de los

derechos nacidos del contrato, por cuanto que las formas exigidas por el artículo 1.280 siendo, como se ha dicho, de valor probatorio y no constitutivo no representan la única prueba admisible del contrato celebrado, por más que puede ser la ordinaria o común y más extendida, por lo que una parte de nuestra doctrina prefiere para tales requisitos la denominación de *ad utilitatem* y no *ad probationem*. Y es aquí donde hay que recordar de nuevo la virtualidad probatoria del expediente de dominio, cuyo objeto es precisamente la prueba o acreditación de la adquisición del dominio de la finca que se pretende inmatricular.

Todo ello implica que los medios de inmatriculación que enumera el artículo 199 de la Ley Hipotecaria no están sometidos a un rígido orden jerarquizado de subordinación, sino que su empleo es discrecional y alternativo para el titular del dominio, como ya declaró la Dirección General de los Registros y del Notariado respecto de los supuestos que establece el artículo 40 de la Ley Hipotecaria (toma de razón del título correspondiente, reanudación del tracto por expediente de dominio o acta de notoriedad, y resolución judicial que ordene la rectificación) en ocasión de la Resolución de 24 de enero de 1963, en la que declaró que entre los medios de rectificación del Registro citados no existe orden de preferencia alguno.

Y todo ello sin perjuicio de que las mayores garantías que presenta el procedimiento inmatriculador del expediente de dominio frente al del título público (mayor publicidad de los edictos, intervención del Ministerio Fiscal, período probatorio, etc.) genere una virtualidad inmatriculadora de efectos plenos inmediatos, frente a la suspensión de efectos respecto a terceros que durante dos años establece el artículo 207 de la Ley Hipotecaria para las inmatriculaciones practicadas a virtud de título público conforme al artículo 205 de la misma Ley, cuya suspensión es tributaria de la menor rigurosidad de los requisitos propios de este último procedimiento.

Por otra parte, ha de repararse en que la mera formalización documental pública del contrato de compraventa de que trae causa el promotor del expediente no dejaría expedito el acceso inmediato al Registro del mismo a falta de los requisitos adicionales exigidos para la inmatriculación mediante título traslativo por los artículos 205 de la Ley Hipotecaria y 298 del Reglamento Hipotecario, con lo que el adquirente quedaría remitido, de nuevo, al expediente de dominio (en los casos resueltos por las Resoluciones comentadas se acredita que la finca se halla catastrada a favor del adquirente no del transferente, sin que la titularidad de este último quede acreditada de modo alguno, y mucho menos de forma fehaciente)

Por último, en cuanto a la supuesta tacha de inconstitucionalidad por vulneración de los derechos de defensa y tutela judicial efectiva de los derechos (consagrados por el art. 24 de nuestra Constitución) que se pudiera seguir de la admisión en este caso del expediente de dominio dada su condición de procedimiento de jurisdicción voluntaria, cuestión sobre la que no se pronuncia expresamente la Dirección General, ha de rechazarse igualmente en base a lo siguiente: a) La posibilidad de que se convierta en un proceso contencioso al admitir que la oposición formulada sobre la justificación del dominio se sustancie y decida dentro del propio expediente; b) La carencia de los efectos propios de la cosa juzgada material del asunto resolutorio del expediente, ya que no impide la incoación posterior de juicio contradictorio por quien se considere perjudicado —art. 284 RH—, donde se podrán residenciar cuantas pretensiones se estimen oportunas con plenitud de cognición,

controversia y garantías procesales, lo cual cumple con las exigencias de posibilidad de acceso a los órganos jurisdiccionales con respecto a los principios de audiencia, contradicción y defensa, y con obtención de una resolución fundada en Derecho, impuestas por tales principios constitucionales, que no sufren, pues, quebranto o violación alguna.

JOSÉ M<sup>a</sup> DÍAZ FRAILE  
Registrador de la Propiedad  
(Boletín del CEH de Cataluña)

*LA SENTENCIA FIRME ESTIMATORIA DE UNA TERCERA DE MEJOR DERECHO AL COBRO NO ES ADMISIBLE, PUES SU OBJETIVO ES DETERMINAR PREFERENCIAS DE COBRO EN EL ORDEN PROCESAL, SI BIEN SERIA CONVENIENTE SU CONSTANCIA MEDIANTE NOTA AL MARGEN DE LA CORRESPONDIENTE ANOTACION DE EMBARGO A EFECTOS MERAMENTE INFORMATIVOS. (RESOLUCIONES DE 23 Y 24 DE ABRIL Y 3 DE JUNIO DE 1996. BBOO DE 27 DE MAYO Y 16 DE JUNIO DE 1996.)*

En el recurso gubernativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Elena Gil Bayo, en nombre de «Banco de Alicante, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Elche número 1 a hacer constar las preferencias de una anotación preventiva de embargo sobre otra en virtud de apelación del recurrente.

*Hechos.*—I En autos del juicio ejecutivo número 475/1987 del Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Elche se acordó y practicó anotación preventiva de embargo trabado, a favor de don Cayetano Pinel Cano, sobre unos inmuebles propiedad de los demandados, doña Margarita Soto Javaloyes, don Francisco Siguenza Soler y la compañía «Creaciones Silany, Sociedad Limitada», inscritos en el Registro de la Propiedad de Elche número 1.

Posteriormente, el «Banco de Alicante, Sociedad Anónima», interpuso demanda en juicio ejecutivo número 465/1987, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de los de Alicante, contra las citadas personas por deudas con dicha entidad, en el que se acordó y practicó anotación preventiva de embargo trabado sobre las referidas fincas. El actor en este segundo procedimiento interpuso tercera de mejor derecho ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Elche, tramitada con el número 54/1989, contra el actor y demandado en el juicio ejecutivo número 474/1987. El día 4 de julio de 1989 se dictó sentencia en dicho procedimiento, declarando el mejor derecho de los embargos a favor de «Banco de Alicante, Sociedad Anónima», y una vez firme la misma se dirigió mandamiento al Registrador de la Propiedad de Elche número 1 ordenando que se haga constar en el Registro la preferencia del embargo decretado a instancias de la entidad bancaria en el procedimiento 465/1987, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de los de Alicante sobre el embargo decretado a instancias de don Cayetano Pinel Cano en el juicio ejecutivo número 475/1987 seguido en el Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Elche.

II Presentado el anterior mandamiento en el Registro de la Propiedad de Elche número 1, fue calificado con la siguiente nota: «No procede hacer constar en el folio registral abierto a la finca 29.442 la preferencia solicitada en el

precedente mandamiento, porque la tercería de mejor derecho no provoca ningún asiento que proteja dicho conflicto judicial, ya que el resultado 2 de las tercerías de esta naturaleza es determinar la preferencia en el cobro de los créditos objeto de litigio, cuestión ésta de carácter personal que tiene su protección en el ámbito del proceso correspondiente, y no, como ya se ha dicho, en los asientos del Registro de la Propiedad. Elche, 30 de diciembre de 1992.—El Registrador.—Firmado: *Francisco Pascual Riquelme Rubira.*» Nuevamente presentado el citado mandamiento en el mismo Registro fue objeto de la siguiente calificación. «Al no variar el contenido de la precedente nota, de lo ordenado en el precedente mandamiento, respecto al asiento registral que se solicita, se extiende igual nota calificadora que la precedente de fecha 30 de diciembre de 1992. Elche, 13 de agosto de 1993.—El Registrador —Firmado: *Francisco Pascual Riquelme Rubira.*»

III. La Procuradora de los Tribunales doña Elena Gil Bayo interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que el señor Registrador desconoce por completo la esencia de lo que es una tercería de mejor derecho. Que un mandamiento de embargo es un derecho personal que luego, en su momento, tiene una cierta trascendencia real cuando se ejecuta el crédito. Que una tercería de mejor derecho es una cuestión personal en la que titulares de dos asientos de embargo discuten cuál de los dos es preferente, y esta decisión judicial tiene que tener un reflejo en la realidad registral, máxime cuando se produce en un proceso contradictorio en el que han sido parte el titular registral y los dos acreedores en pugna. Que si la situación personal del embargo tiene un reflejo en el Registro, también puede reflejarse en el Registro la decisión del asiento preferente dimanante de un procedimiento contradictorio. Que un mandamiento de embargo en el Registro de la Propiedad concede, en principio, preferencia por el orden cronológico y de no rectificarse el Registro existirá una discordancia entre la apariencia registral y la superior decisión de los Tribunales, es evidente que el señor Registrador tiene que anotar esta decisión. Que de prosperar la tesis del señor Registrador arruinaría la utilidad práctica de las tercerías de mejor derecho, lo que es muy grave. Que si no se inscribe la preferencia, al subastar el Banco de Alicante subastaría con la carga anteriormente inscrita de don Cayetano Pinel Cano y el adjudicatario de la subasta no podría solicitar la cancelación de la anotación del señor Pinel, lo que es un absurdo.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: 1.º Que para aclarar la cuestión planteada en el recurso, o sea, resolver el tratamiento registral que merecen las tercerías de mejor derecho, es preciso determinar previamente cuál es la finalidad y concepto de la misma. 2.º Las tercerías de derecho por sí mismas no tienen trascendencia registral al no estar previsto su encuadre en ninguno de los supuestos del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, ni siquiera por la vía del número 1. Pues la pretensión o interés general del tercerista de mejor derecho no es lograr el mantenimiento, conservación o preferencia de su anotación registral si de ella fuere titular, sino que únicamente va encaminada a que se declare judicialmente su mejor derecho al cobro con cargo a las sumas realizadas como consecuencia del remate del bien embargado. 3.º Que es preciso distinguir entre la prioridad registral de la anotación, que origina la llamada prioridad formal, y de ámbito estrictamente registral, y la preferencia crediticia, de ámbito estrictamente civil y procesal y que origina lo conocido por prioridad sustantiva. Esta última es una cualidad de crédito, de contenido y eficacia

procesales, pues quien ejercitó una tercería de mejor no pretende una prescripción de un sujeto obligado, sino un determinado pronunciamiento judicial: Que se le entregue una cantidad de dinero antes que a otro, y ello se hará en el momento procesal determinado por la Ley de Enjuiciamiento Civil. 4.º Que en este punto hay que señalar lo declarado por la Resolución de 22 de noviembre de 1985. 5.º Que el recurrente desconoce las más elementales nociones de Derecho procesal, Derecho registral y Derecho civil común, pues confunde mandamiento con embargo y éste con la anotación preventiva. 6.º Que como fundamentos de Derecho hay que señalar: a) El artículo 44 de la Ley Hipotecaria; b) Artículos 1.923.4.º y 1.927.2 del Código Civil. Que como aclara la doctrina no hay autonomía entre estos dos preceptos, pues el 1.923, número 4, se ocupa del aspecto sustantivo del privilegio, y el segundo, en su número 2, se ocupa del aspecto procesal, del orden de cobro. La posible disparidad entre el rango de la anotación preventiva y la preferencia del crédito en ella constatado debe resolverse siendo coherente con el sentido de carga procesal de la anotación de embargo, en cuanto viene a garantizar el satisfactorio resultado del proceso, independientemente de cual sea el crédito que en definitiva se ha satisfecho al actor o tercerista. En consecuencia, es el proceso de mejor rango el que tiene virtualidad cancelatoria de todas las anotaciones posteriores. El acreedor de peor rango se ve en la necesidad de pretender su mejor derecho al cobro en el proceso correspondiente a la anotación de rango preferente. Que las preferencias o privilegios credituales atribuidos por la Ley no son más que cualidad del crédito que no alteran su naturaleza personal, que sólo determinan una anteposición en el pago en el caso de concurso con otros acreedores; por ello, lo declarado en la Resolución de 22 de noviembre de 1988. c) Los artículos 1.518, 1.520 y 1.536 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; d) La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1901; e) Artículo 175, número 2, del Reglamento Hipotecario.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana confirmó la nota del Registrador fundándose en las razones alegadas por éste, y en que las inscripciones registrales, en sentido amplio, vienen determinadas por el principio de *numerus clausus*.

VI. La Procuradora recurrente apeló el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones y añadió. Que la decisión del Registrador hace inútil la interposición y estimación de la tercería de mejor derecho por cuanto el acreedor postergado, conocedor de la insuficiencia de los bienes embargados para cubrir el crédito del tercerista y ante la seguridad de que no va a haber sobrante para él, adopta la decisión de no pedir la ejecución de la sentencia en su juicio ejecutivo, y como en ese juicio el tercerista no es parte, no puede pedir la ejecución; el tercerista tiene que pedir la ejecución en el juicio ejecutivo por él instado, pero en dicha ejecución sería condición imprescindible que el adjudicatario acepte las cargas anteriores, pues así lo imponen terminantemente las reglas 8.ª y 13 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y el artículo 1.512 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Que la única solución es que se anote en el Registro la preferencia y posposición acordada por el Juzgado en proceso contradictorio, y de este modo el proceso de ejecución se habrá de desenvolver sin ningún problema, pues al pasar el «primero» a «segundo» se le notifica como acreedor posterior y se da cumplimiento a las reglas 8.ª y 13 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y artículo 1.512 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 192 y siguientes del Código Civil, 911 del Código de Comercio; 131, reglas 8.<sup>a</sup> y 13 de la Ley Hipotecaria; 242 del Reglamento Hipotecario, y 919, 1.439, 1.440, 1.473, 1.483, 1.488, 1.497, 1.504, 1.505, 1.512, 1.520, 1.532, 1.534, 1.536 y 1.539 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

1. En el supuesto del presente recurso concurren los siguientes elementos definidores: 1) En autos de juicio ejecutivo número 475/1987 del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Elche, se acuerda practicar anotación de embargo trabado sobre determinados bienes del deudor; con posterioridad se anota sobre los mismos un segundo embargo acordado en juicio ejecutivo número 465/1987, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Alicante. 2) El actor en este segundo procedimiento interpone tercería de mejor derecho ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Elche (tramitada con el número 54/1989) contra el actor y el demandado en el juicio ejecutivo número 475/1987. 3) En dicha tercería recae sentencia estimatoria firme en la que se declara el mejor derecho del tercerista frente al acreedor que promovió el ejecutivo número 475/1987, para resarcirse con el producto de los bienes embargados al deudor en este procedimiento; declarando, asimismo, que el producto de tales bienes hasta cubrir la responsabilidad reclamada por el tercerista debe quedar a su disposición. 4) Con base en esta sentencia se despacha mandamiento al Registro de la Propiedad para que haga constar la preferencia del embargo decretado en el juicio ejecutivo número 465/1987 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Alicante, sobre el embargo decretado en el juicio de menor cuantía 475/1987 del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Elche. 5) El Registrador rechaza el despacho del mandamiento por estimar que la tercería de mejor derecho no provoca ningún asiento que proteja dicho conflicto judicial, pues su objetivo es determinar la preferencia para el cobro en el ámbito del proceso correspondiente. 6) El recurrente alega que la decisión del Registrador hace inútil la interposición y estimación de la tercería de mejor derecho por cuanto el acreedor postergado, conocedor de la insuficiencia de los bienes embargados para cubrir el crédito de tercerista y ante la seguridad de que no va a haber sobrante para él, adopta la decisión de no pedir la ejecución de la sentencia en su juicio ejecutivo, y como en ese juicio el tercerista no es parte, no puede pedir la ejecución; el tercerista tiene que pedir la ejecución en el juicio ejecutivo por él instado (el número 465/1987 del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Alicante), pero en dicha ejecución será condición imprescindible que el adjudicatario acepte las cargas anteriores, pues así lo imponen terminantemente las reglas 8.<sup>a</sup> y 13 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y el artículo 1.512 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; ante ello la única solución es que se anote en el Registro de la Propiedad la preferencia y posición acordada.

2. Podría argumentarse que, admitidos los negocios de posposición del rango entre las hipotecas (cfr. art. 241 RH), procedería admitir igualmente la posposición de un embargo anterior en beneficio del posterior cuando es decretado por el propio Juez que acordó la traba que se pospone y no existen titulares intermedios que puedan resultar perjudicados. Ahora bien, ha de reconocerse que la posposición no es una figura que se adapte a la naturaleza específica y diferenciada del embargo respecto de la hipoteca y, menos aún, que tal posposición pueda ser la consecuencia de una sentencia estimatoria de

la tercería de mejor derecho, y ello aun cuando de tal posposición de embargos pueda, en algunos casos, derivarse ventajas.

3. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo: 1) Que el embargo es un acto procesal de trascendencia jurídico-real, pero cuyo objetivo no es el de constituir una garantía directa y exclusiva en favor del crédito que lo motiva, sino el aseguramiento del buen fin de la ejecución en curso mediante la afectación *erga omnes* del bien trabado al procedimiento en el que se decreta, sin prejuzgar el modo de reparto del precio obtenido en la venta de aquél; el precio obtenido con la enajenación del bien embargado no se destinará necesariamente al pago preferente del crédito que determinó la incoación del procedimiento en el que se acordó la traba, pudiendo ocurrir que con dicho importe se paguen de modo preferente otros créditos del ejecutado, quedando el del actor insatisfecho (cfr. art. 1.536 LEC). 2) Que, consecuentemente con lo antes señalado, la colisión entre embargos recayentes sobre el mismo bien no debe confundirse con la existente entre los créditos subyacentes, aquélla se desenvuelve en la esfera jurídica real y ha de resolverse por el criterio de la prioridad temporal, en tanto que la segunda se decide por la regla general de la *par conditio creditorum* sin perjuicio de las excepciones legalmente establecidas (cfr. arts. 1.921 y sigs. CC y 911 y sigs. CCom.), sin que la relación de preferencia existente entre los créditos concurrentes pueda, pues, interferir en la relación de prioridad entre los respectivos embargos. 3) Que ni la colisión de embargos puede presuponer la colisión entre los créditos subyacentes ni, a la inversa, la colisión entre créditos implicará necesariamente colisión entre embargos; puede perfectamente darse la una sin la otra, y es que —fuera de los casos de procedimientos concursales— la colisión de créditos sólo se produce cuando en una ejecución singular se interpone la correspondiente tercería de mejor derecho (cfr. arts. 1.532 y sigs. LEC), de modo que aun existiendo un solo embargo sobre el bien puede darse colisión de créditos sin el procedimiento en que se decretó la traba, otro acreedor del propietario embargado interpone tercería de mejor derecho, y a la inversa, coexistiendo dos embargos sobre un mismo bien acordados en procedimientos diferentes, no se dará colisión entre los respectivos créditos si el embargante posterior no concurre al procedimiento iniciado antes por medio de su respectiva tercería. 4) Que el objetivo exclusivo de la tercería de mejor derecho es la determinación del orden en que, con el precio obtenido en la venta de los bienes embargados, se efectuará el pago de los créditos concurrentes en una ejecución individual (cfr. arts. 1.520, 1.532 y 1.536 LEC), sin que pueda deducirse de aquí una alteración de la prioridad respectiva entre los embargos que en sus respectivos procedimientos pudieron ser decretados a instancia de los acreedores que luego concurren en uno de ellos, piénsese lo que ocurriría de aceptar la tesis del recurrente si entre los embargos acordados a instancia de los acreedores existentes existiesen anotaciones intermedias de otros embargos acordados en procedimientos distintos a instancia de acreedores que fueran de peor condición que el crédito postergado en esa tercería, 5) Que obtenida sentencia estimatoria en la tercería de mejor derecho, es innecesaria la inversión del rango entre los embargos que pudieran estar trabados a instancia de cada uno de los contendientes (piénsese que el tercerista puede no haber iniciado un procedimiento específico por el cobro de su crédito), pues el crédito del tercerista puede hallar satisfacción en el propio juicio ejecutivo al que accedió en vía de tercería, y ello aun cuando el acreedor pospuesto no pidiese ejecución de su sentencia de remate. Esta afirmación no está recogida de modo

expreso en la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero se infiere de modo indubitado del conjunto de la regulación dedicada al juicio ejecutivo. En efecto, es cierto que el tercerista no es parte en la fase declarativa del juicio ejecutivo, esto es, en el procedimiento ejecutivo *stricto sensu* (vid. epígrafes del título XV, libro II, LEC, y de sus acciones 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup>), por cuanto en él se debate sobre si el título ejecutivo invocado por el actor es suficiente para justificar la continuación de la ejecución (cfr. arts. 1.439, 1.440 y 1.473 LEC), en tanto que el tercerista de mejor derecho no objeta sobre la procedencia o improcedencia de tal ejecución, sino exclusivamente sobre el reparto de lo obtenido en esa ejecución; pero no es menos cierto que lo que se infiere de los artículos que integran este título XV, libro II, de la Ley de Enjuiciamiento Civil es la consideración del juicio ejecutivo como una ejecución de bienes, en principio de carácter individual, que se pone en marcha por consecuencia de la demanda ejecutiva de un acreedor, pero que queda abierta a la concurrencia de otros posibles acreedores (de ahí la admisión de la tercería de mejor derecho —contemplada expresamente como una incidencia suya—; cfr. art. 1.534 LEC), y consecuencia obligada de ello es reconocer que una vez producida tal concurrencia la continuación de esa ejecución no sólo podrá fundarse en la sentencia de remate, sino también en la eventual sentencia estimatoria de la tercería (cfr. art. 919 LEC), y que cuando hay una sentencia de remate y sentencia estimatoria de la tercería, la condición de actor en la fase de apremio (con todas las consecuencias que ello lleva inherente —cfr. arts. 1.483, 1.488.3.º, 1.493, 1.497, 1.504, 1.505, etc., LEC—) corresponderá a ambos, tercerista y acreedor; sería absurdo que el tercerista triunfante, luego de obtener una sentencia en la que no sólo obtiene una condena al pago contra el deudor, sino también un derecho de preferencia en el cobro frente al otro acreedor (uno y otro han de ser demandados en la tercería conforme al art. 1.539 LEC), no pudiera pedir que en ese juicio ejecutivo al que concurrió se pase directamente al apremio de los bienes embargados a instancia del acreedor pospuesto (frente al que tiene preferencia de cobro) y hubiera de solicitar del mismo Juez que decretó el embargo (cfr. art. 919 LEC) un segundo embargo de esos mismos bienes para proceder a su apremio en ejecución de su sentencia; piénsese que este nuevo embargo podría ser imposible jurídicamente si los bienes hubieran pasado ya a propiedad de tercero, y aun cuando fuere posible este segundo embargo, la duplicidad de trámites, multiplicación de costes y dilación de actuaciones que ello implicaría poco se compaginarían con los principios de economía que deben inspirar el proceso; piénsese, igualmente, que puede ocurrir que la sentencia estimatoria de la tercería preceda cronológicamente a la sentencia del procedimiento ejecutivo y que ésta tenga el contenido previsto en el artículo 1.473.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en tal supuesto no tendría ningún sentido que el Juez que conoció del procedimiento ejecutivo y de la tercería deba alcanzar el embargo en él acordado, y que después el tercerista haya de solicitar de ese mismo Juez nuevamente el embargo de esos bienes para poder ejecutar su sentencia, con el consiguiente riesgo de la existencia de otros embargos intermedios.

Por lo demás, debe señalarse que en aras de la mejora y plenitud de la publicidad registral y de una más completa información tabular de la situación jurídica de cada finca sería conveniente para general conocimiento que la sentencia estimatoria de la tercería de mejor derecho se reflejara por medio de una nota al margen de la anotación de embargo decretado en el procedimiento en que se interpuso la tercería.

Por todo ello, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, confirmando el auto apelado en los términos de los anteriores considerandos.

Madrid, 24 de abril de 1996 —El Director General, *Julio Burdiel Hernández*

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Valencia.

*RESOLUCION de 3 de junio de 1996, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales don José Javier Arribas Valladares, en nombre de «Banco de Valencia, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Valencia número 10 a hacer constar la preferencia de una anotación preventiva de embargo sobre otra en virtud de apelación del recurrente.*

En el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales don José Javier Arribas Valladares, en nombre de «Banco de Valencia, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Valencia número 10 a hacer constar la preferencia de una anotación preventiva de embargo sobre otra en virtud de apelación del recurrente.

*Hechos.*—I. En autos del juicio ejecutivo número 1.620/1991 del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Valencia se acordó y practicó anotación preventiva de embargo trabado, a favor de «Pastor Skanding Leasing, Sociedad Anónima», sobre finca propiedad de los demandados, «Industrias Bache Arnal, Sociedad Anónima», y otros, inscrita en el Registro de la Propiedad de Valencia número 1.

Posteriormente, el «Banco de Valencia, Sociedad Anónima», interpuso demanda en juicio ejecutivo, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Valencia, contra las demandados en el juicio anterior por deudas con dicha entidad, en el que se acordó y practicó anotación preventiva de embargo trabado sobre la referida finca. El actor en este segundo procedimiento interpuso tercera de mejor derecho ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Valencia, tramitada con el número 364/1993, contra el actor y demandados en el número 1.620/1991. El día 13 de diciembre de 1993 se dictó sentencia en dicho procedimiento, declarando el mejor derecho de «Banco de Valencia, Sociedad Anónima», a reintegrarse de lo que se obtenga de la subasta de los bienes embargados por la entidad «Pastor Skanding Leasing, Sociedad Anónima», en el juicio ejecutivo 1.620/1991, una vez firme la misma, se dirigió mandamiento al Registrador de la Propiedad de Valencia número 10, ordenando que se deje la oportuna constancia de lo que en ella se dispone en cuanto a la preferencia reconocida al título del «Banco de Valencia, Sociedad Anónima», frente al del demandado en la presente tercera y que, en caso de subasta, deba entenderse preferente el crédito del «Banco de Valencia, Sociedad Anónima», con los efectos que sobre el particular establecen los artículos 131.8.c) y siguientes de la Ley Hipotecaria, en relación con los correspondientes 1.518 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

II. Presentado el anterior mandamiento en el Registro de la Propiedad de Valencia número 10, fue calificado con la siguiente nota: «El precedente mandamiento no resulta inscribible por carecer de trascendencia real, pues el rango registral de las cargas anotadas es siempre el derivado del orden de

presentación y despacho de los titulares que las motivan, sin que la declaración del mejor derecho al cobro altere el rango registral. Todo ello sin perjuicio de que la citada declaración produzca en vía ejecutiva, en el procedimiento que motivó la anotación ahora vencida, los efectos previstos en los artículos 1.520 y 1.536 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que ello implique en el Registro sustitución ni modificación del sistema de purga. Valencia, a 16 de junio de 1994.—El Registrador.—Firmado: *Jaime del Valle Pintos* »

III. El Procurador de los Tribunales don José Javier Arribas Valladares, en nombre del «Banco de Valencia, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que la calificación objeto del recurso se considera contraria a derecho por las propias razones de índole jurídica que dimanar de las disposiciones que en ella se citan, habida consideración que no es cierto que lo acordado por sentencia, cuyo testimonio se acompaña, carezca de trascendencia registral. Que es doctrina reiterada de los Tribunales que la entidad acreedora, cuyo crédito sea declarado preferente, no puede subrogarse en el procedimiento del acreedor preterido en el caso de inactividad de éste para, desde su procedimiento, cobrar primero el crédito reclamado por el tercerista, destinándose el sobrante al pago de los demás créditos que figuren en el orden de embargos, por cuya razón, si es el «Banco de Valencia, Sociedad Anónima», el que desde su procedimiento tiene que instar la subasta de la finca expresada, necesariamente tiene que hacerlo desde su posición actual en los términos que resulten del pronunciamiento de la sentencia de tercería de mejor derecho, de cuya sentencia se solicita quede expresa mención en el Registro para la purga de cargas que se expresa. De otro modo, el resultado de la tercería será ineficaz a los efectos de lo expuesto, teniendo en cuenta que, por otra parte, de conformidad de cuanto se establece en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 1.435) del embargo practicado sobre bienes inmuebles, deberá tomarse la correspondiente anotación en el Registro de la Propiedad donde se encuentran inscritos, y en este caso se produciría un reflejo falso de la realidad si no se dejare mención suficiente del pronunciamiento contenido en la sentencia de tercería, en los términos que por esta parte se pretenden, a los efectos de cuanto antecede. Que procede, por lo tanto, ordenar al Registro de la Propiedad de Valencia número 10 que mediante nota marginal o cualquier otro medio que registralmente considere oportuno deje constancia del contenido de la sentencia de tercería para la debida advertencia en la subasta de dicho inmueble de quienes pujen por él y, en su consecuencia, para que desde dicha función, a su vez, la entidad acreedora, «Banco de Valencia, Sociedad Anónima», quede obligada a notificar a todos los acreedores posteriores que de la certificación registral resulten lo actuado sobre la misma para que puedan participar en los actos previos de la subasta y en el remate del bien, conforme en derecho corresponde. Que como fundamento de Derecho se dan por reproducidos íntegramente los que resultan de la sentencia de base al mandamiento acordado.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que el alcance cancelatorio que pretende el recurrente como consecuencia de la ejecución de la anotación de embargo protectora de su crédito no depende de que ahora se extienda el asiento que «se considere oportuno», ya que éste recogerá la parte dispositiva de la sentencia de tercería, que literalmente declara: «El mejor derecho del «Banco de Valencia, Sociedad Anónima», a reintegrarse de lo que obtenga en la subasta de los bienes embargados por la entidad «Pastor Skanding Leasing, Sociedad Anónima», en el juicio ejecutivo

Una vez se subastan los bienes de los deudores se destine su producto al pago al «Banco de Valencia, Sociedad Anónima». Que luego, extendido el asiento, ni los titulares de cargas intermedias ni los licitadores de la subasta tendrían otra información que la que resulta del propio asiento, que es que ejecutada la anotación letra A hay un acreedor con mejor derecho al cobro. Efecto que resulta del artículo 1.536 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que no necesita publicidad alguna; ni los titulares de cargas intermedias ni los posibles licitadores pueden deducir de la lectura del asiento que, ejecutada la anotación letra F, se va a producir el barrido de cargas desde la anotación letra A, porque no hay un solo artículo en la Ley sustantiva o procesal que así lo diga. En todo caso, tal pretensión no resultará del asiento, sino del futuro mandamiento cancelatorio. Que el Registrador, aunque esté extendido el asiento, no comunicará el estado de la ejecución a los titulares de las cargas intermedias al expedir la certificación prevista en el artículo 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de acuerdo con el artículo 1.490 de dicha Ley, y el artículo 353 del Reglamento Hipotecario. Que de todo ello resulta que de la extensión del asiento que ahora se solicita no puede deducirse el efecto cancelatorio que pretende el recurrente. La posible cancelación de cargas a partir de la anotación letra A, no obstante, ejecutarse la anotación letra F, será, en todo caso, una pretensión que resulte del futuro mandamiento dimanante del ejecutivo, pero no del asiento que se pretende. Que para la calificación de dicho mandamiento el Registrador tendrá que atenerse a lo dispuesto en el artículo 1.518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De practicarse el asiento solicitado, siempre será de fecha posterior a las anotaciones intermedias y, en ningún caso, resultará del mismo la obligación de cancelar las anotaciones intermedias entre la ejecutada y la vencida en la tercería; y a la misma conclusión lleva el artículo 1.512 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Que no resultando de la anotación o nota que se pretende la preferencia sobre las cargas intermedias, sino tan sólo la anotación letra A, el asiento pretendido no impediría la subsistencia de las cargas intermedias. Que se puede llegar a las siguientes conclusiones: Que la tercería de mejor derecho es un incidente en un procedimiento de ejecución que otorga, en su caso, el derecho de ser reintegrado con carácter preferente al acreedor ejecutante, artículo 1.536 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Que otorga preferencia para el cobro, concurriendo al procedimiento en que se decretó la traba, pero no otorga preferencia al asiento protector del crédito vencedor. Resolución de 21 de noviembre de 1991. Que el asiento que en su caso se practique, reconociendo el mejor derecho al cobro, no altera la posición jurídica de los titulares de los créditos que constan protegidos por anotaciones de fecha anterior a la ejecutada, que seguirá gozando para el cobro de su crédito de la preferencia de los artículos 44 de la Ley Hipotecaria y 1.923 y 1.927 del Código Civil. Que hay que señalar lo declarado en las Resoluciones de 20 de marzo y 28 de septiembre de 1968. Que la declaración de mejor derecho de un crédito no altera el rango registral de su asiento protector, pues diferenciando entre crédito y cargo, la preferencia entre cargas viene determinada por la fecha de sus anotaciones e inscripciones. El sistema de purga establecido viene determinado exclusivamente por la fecha del asiento, y así resulta de los artículos 1.518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil antes citado y 175, apartado segundo, del Reglamento Hipotecario. El mismo criterio está presente en el sistema de purga derivado del procedimiento judicial sumario, y así resulta de los artículos 131 de la Ley

Hipotecaria y 225 del Reglamento, y de las Resoluciones de 29 de abril y 22 de noviembre de 1988, y de 23 de marzo y 5 de mayo de 1993.»

V. La Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Valencia informó respecto del juicio declarativo de menor cuantía sobre tercería de dominio del que trae causa este recurso gubernativo interpuesto por el «Banco de Valencia, Sociedad Anónima», destacándose que el 13 de diciembre de 1993 recayó sentencia por la que se declaró el mejor derecho de dicha entidad a reintegrarse de lo que se obtenga de la subasta de los bienes embargados por la entidad «Pastor Skanding Leasing, Sociedad Anónima», el juicio ejecutivo 1.620/1991.

VI. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana confirmó la nota del Registrador, fundándose en las razones expuestas por éste, puesto que en el Registro de la Propiedad no pueden acceder los derechos de naturaleza personal, y en el principio de que las inscripciones registrales no vienen presididas por el sistema de *numerus apertus*, sino por el de *numerus clausus*.

VII. El recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, haciendo especial mención y estudio de lo establecido en los artículos 1.490 y 1.518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y Resolución de 6 de abril y 15 de diciembre de 1994

### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 192 y siguientes del Código Civil; 911 del Código de Comercio; 131, reglas 8.ª y 13 de la Ley Hipotecaria; 242 del Reglamento Hipotecario, y 919, 1.439, 1.440, 1.473, 1.483, 1.488, 1.497, 1.504, 1.505, 1.512, 1.520, 1.532, 1.534, 1.536 y 1.539 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y Resoluciones de 23 y 24 de abril de 1996.

1. En el supuesto del presente recurso concurren los siguientes elementos definidores. *a)* En autos de juicio ejecutivo número 1.629/1991 del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Valencia, se acuerda y practica anotación de embargo trabado sobre determinados bienes del deudor; con posterioridad se anota sobre los mismos bienes un segundo embargo acordado en juicio ejecutivo seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Valencia. *b)* El actor, en este segundo procedimiento, interpone tercería de mejor derecho ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Valencia (tramitada con el número 364/1993) contra el actor y el demandado en el juicio ejecutivo número 1.620/1991. *c)* En dicha tercería recae sentencia estimatoria firme en la que se declara el mejor derecho del tercerista frente al acreedor que promovió el ejecutivo número 1.620/1991, por resarcirse con el producto de los bienes embargados al deudor en este procedimiento; declarando, asimismo, que el producto de tales bienes hasta cubrir la responsabilidad reclamada por el tercerista debe quedar a su disposición. *d)* Con base en esta sentencia se despacha mandamiento al Registro de la Propiedad para que haga constar la preferencia del embargo decretado en el juicio ejecutivo seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Valencia, sobre el embargo decretado en el juicio de menor cuantía 1.620/1991 del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Valencia. *e)* El Registrador rechaza el despacho del mandamiento por estimar que la tercería de mejor derecho no provoca ningún asiento que proteja dicho con-

flicto judicial, pues su objetivo es determinar la preferencia para el cobro en el ámbito del proceso correspondiente.

2. Podría argumentarse que, admitidos los negocios de posposición del rango entre las hipotecas (cfr. art. 241 RH), procedería admitir igualmente la posposición de un embargo anterior en beneficio del posterior cuando es decretado por el propio Juez que acordó la traba que se pospone y no existen titulares intermedios que puedan resultar perjudicados. Ahora bien, ha de reconocerse que la posposición no es una figura que se adapte a la naturaleza específica y diferenciada del embargo respecto de la hipoteca y, menos aún, que tal posposición pueda ser la consecuencia de una sentencia estimatoria de la tercería de mejor derecho, y ello aun cuando de tal posposición de embargos pueda, en algunos casos, derivarse ventajas.

3. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo: a) Que el embargo es un acto procesal de trascendencia jurídico-real, pero cuyo objetivo no es el de constituir una garantía directa y exclusiva en favor del crédito que lo motiva, sino el aseguramiento del buen fin de la ejecución en curso mediante la afectación *erga omnes* del bien trabado al procedimiento en el que se decreta, sin prejuzgar el modo de reparto del precio obtenido en la venta de aquél; el precio obtenido con la enajenación del bien embargado no se destinará necesariamente al pago preferente del crédito que determinó la incoación del procedimiento en el que se acordó la traba, pudiendo ocurrir que con dicho importe se paguen de modo preferente otros créditos del ejecutado, quedando el del actor insatisfecho (cfr. art. 1.536 LEC). b) Que, consecuentemente con lo antes señalado, la colisión entre embargos recayentes sobre el mismo bien no debe confundirse con la existente entre los créditos subyacentes, aquélla se desenvuelve en la esfera jurídica real y ha de resolverse por el criterio de la prioridad temporal, en tanto que la segunda se decide por la regla general de la *par conditio creditorum*, sin perjuicio de las excepciones legalmente establecidas (cfr. arts. 1.921 y sigs. CC y 911 y sigs. CCom.), sin que la relación de preferencia existencia entre los créditos concurrentes pueda, pues, interferir en la relación de prioridad entre los respectivos embargos. c) Que ni la colisión de embargos puede presuponer la colisión entre los créditos subyacentes ni, a la inversa, la colisión entre créditos implicará necesariamente colisión entre embargos; puede perfectamente darse la una sin la otra, y es que, fuera de los casos de procedimientos concursales, la colisión de créditos sólo se produce cuando en una ejecución singular se interpone la correspondiente tercería de mejor derecho (cfr. arts. 1.532 y sigs. LEC), de modo que aun existiendo un solo embargo sobre el bien puede darse colisión de créditos sin el procedimiento en que se decretó la traba, otro acreedor del propietario embargado interpone tercería de mejor derecho, y a la inversa, coexistiendo dos embargos sobre un mismo bien acordados en procedimientos diferentes, no se dará colisión entre los respectivos créditos si el embargante posterior no concurre al procedimiento iniciado antes por medio de la respectiva tercería. d) Que el objetivo exclusivo de la tercería de mejor derecho es la determinación del orden en que, con el precio obtenido en la venta de los bienes embargados, se efectuará el pago de los créditos concurrentes en una ejecución individual (cfr. arts. 1.520, 1.532 y 1.536 LEC), sin que pueda deducirse de aquí una alteración de la prioridad respectiva entre los embargos que en sus respectivos procedimientos pudieron ser decretados a instancia de los acreedores que luego concurren en uno de ellos; piénsese lo que ocurriría de aceptar la tesis del recurrente si entre los embargos acordados a instancias de

los acreedores concurrentes existiesen anotaciones intermedias de otros embargos acordados en procedimientos distintos, a instancia de acreedores que fueran de peor condición que el crédito postergado en esa tercería, e) Que obtenida sentencia estimatoria en la tercería de mejor derecho, es innecesaria la inversión del rango entre los embargos que pudieran estar trabados a instancia de cada uno de los contendientes (piénsese que el tercerista puede no haber iniciado un procedimiento específico por el cobro de su crédito), pues el crédito del tercerista puede hallar satisfacción en el propio juicio ejecutivo al que accedió en vía de tercería, y ello aun cuando el acreedor pospuesto no pidiese ejecución de su sentencia de remate. Esta afirmación no está recogida de modo expreso en la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero se infiere de modo indubitado del conjunto de la regulación dedicada al juicio ejecutivo. En efecto, es cierto que el tercerista no es parte en la fase declarativa del juicio ejecutivo, esto es, en el procedimiento ejecutivo *stricto sensu* (vid. epígrafes del título XV, libro II, LEC, y de sus acciones 1.ª y 2.ª), por cuanto en él se debate sobre si el título ejecutivo invocado por el actor es suficiente para justificar la continuación de la ejecución (cfr. arts. 1.439, 1.440 y 1.473 LEC), en tanto que el tercerista de mejor derecho no objeta sobre la procedencia o improcedencia de tal ejecución, sino exclusivamente sobre el reparto de lo obtenido en esa ejecución, pero no es menos cierto que lo que se infiere de los artículos que integran este título XV, libro II, de la Ley de Enjuiciamiento Civil es la consideración del juicio ejecutivo como una ejecución de bienes, en principio, de carácter individual, que se pone en marcha por consecuencia de la demanda ejecutiva de un acreedor, pero que queda abierta a la concurrencia de otros posibles acreedores (de ahí la admisión de la tercería de mejor derecho, contemplada expresamente como una incidencia suya; cfr. art. 1.534 LEC), y consecuencia obligada de ello es reconocer que una vez producida tal concurrencia la continuación de esa ejecución no sólo podrá fundarse en la sentencia de remate, sino también en la eventual sentencia estimatoria de la tercería (cfr. art. 919 LEC), y que cuando hay una sentencia de remate y sentencia estimatoria de la tercería, la condición de actor en la fase de apremio (con todas las consecuencias que ello lleva inherente; cfr. arts. 1.483, 1.488 3., 1.493, 1.497, 1.504, 1.505, etc., LEC) corresponderá a ambos, tercerista y acreedor; sería absurdo que el tercerista, luego de obtener una sentencia en la que no sólo obtiene una condena al pago contra el deudor, sino también un derecho de preferencia en el cobro frente al otro acreedor (uno y otro han de ser demandados en la tercería conforme al art. 1.539 LEC), no pudiera pedir que en ese juicio ejecutivo al que concurrió se pase directamente al apremio de los bienes embargados a instancia del acreedor pospuesto (frente al que tiene preferencia de cobro) y hubiera de solicitar del mismo Juez que decretó el embargo (cfr. art. 919 LEC) un segundo embargo de esos mismos bienes para proceder a su apremio en ejecución de su sentencia; piénsese que este nuevo embargo podría ser imposible jurídicamente si los bienes hubieran pasado ya a propiedad de tercero, y aun cuando fuere posible este segundo embargo, la duplicidad de trámites, multiplicación de costes y dilación de actuaciones que ello implicaría poco se compaginarían con los principios de economía que deben inspirar el proceso; piénsese, igualmente, que puede ocurrir que la sentencia estimatoria de la tercería preceda cronológicamente a la sentencia del procedimiento ejecutivo y que ésta tenga el contenido previsto en el artículo 1.473.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en tal supuesto no tendría ningún sentido que el Juez que conoció del procedi-

miento ejecutivo y de la tercería deba alzar el embargo en él acordado, y que después el tercerista haya de solicitar de ese mismo Juez nuevamente el embargo de esos bienes para poder ejecutar su sentencia, con el consiguiente riesgo de la existencia de otros embargos intermedios.

Por lo demás, debe señalarse que en aras de la mejora y plenitud de la publicidad registral y de una más completa información tabular de la situación jurídica de cada finca sería conveniente, para general conocimiento, que la sentencia estimatoria de la tercería de mejor derecho se reflejara por medio de una nota al margen de la anotación de embargo decretado en el procedimiento en que se interpuso la tercería.

Por todo ello, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, confirmando el auto apelado en los términos de los anteriores considerandos.

Madrid, 3 de junio de 1996.—El Director General, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Valencia.

#### COMENTARIO A LAS RRDGRN DE 23 Y 24 DE ABRIL Y 3 DE JUNIO DE 1996

La doctrina sostenida por la DG en estas resoluciones sobre la improcedencia de alterar el rango registral de dos embargos anotados preventivamente en el Registro de la Propiedad como consecuencia de una sentencia estimatoria de una tercería de mejor derecho es acorde con la naturaleza del embargo y la finalidad de la tercería. Esto no deja de ser una materia compleja porque se entrecruzan aspectos que caen en la órbita de tres ramas del Derecho: el Civil, el Hipotecario y el Procesal.

El embargo, como es sabido, es una medida cautelar que afecta *erga omnes* los bienes trabados a un proceso, asegurando que la sentencia que se dicte se pueda ejecutar sobre los mismos con idéntica eficacia que si se hubiere dictado el mismo día en que se trabó el embargo (SSTS 27-2-1990, 26-3-1991 y 14-12-1992). Ahora bien, esta afección o vinculación hay que referirla no al crédito para cuya satisfacción se inició el procedimiento, sino al propio procedimiento (RRDGRN 6-9-1989, 12-6-1989 y 15-12-1994). En el embargo, como en la hipoteca, se afectan bienes determinados a una ejecución y se individualizan los bienes sobre los que ha de recaer una actividad de apremio caso de que llegue a producirse aunque existan entre ambos importantes diferencias, pues si el embargo se practica por un órgano judicial (o administrativo, en su caso), la hipoteca, por regla general, se constituye por acuerdo de los interesados: si el embargo forma parte de un proceso pendiente, la hipoteca es un acto extraprocesal; si el embargo se realiza una vez despachada la ejecución (al margen de la posibilidad del embargo preventivo), la hipoteca se constituye en atención a una ejecución futura y eventual; si el embargo no otorga al acreedor ningún derecho real, la hipoteca es un derecho real; si la inscripción tiene carácter constitutivo respecto de la hipoteca, la anotación no la tiene respecto del embargo, pues aunque el artículo 43.2.º de la Ley Hipotecaria la califica de obligatoria cuando se trate de juicio ejecutivo «según lo dispuesto en el artículo 1.453 de la LEC», y éste ordena que «del embargo de bienes inmuebles se tomará anotación preventiva en el Registro de la Propiedad»,

tanto el TS como la DGRN han declarado reiteradamente que la anotación de embargo no tiene tal valor, limitándose a ser un trámite procesal obligado para que el embargo y la posterior ejecución del derecho embargado puedan afectar a posteriores adquirentes del mismo, que, caso contrario, quedarían protegidos por la fe pública registral.

Como consecuencia del embargo el ejecutante sólo adquiere ciertas expectativas procesales: que iniciada la vía de apremio sea destinado el bien embargado a la satisfacción de su crédito y que esta afección tenga carácter preferente, como se desprende del artículo 1.520 LEC, con una salvedad: los créditos cuya preferencia sustantiva hayan hecho valer sus titulares a través de una tercería de mejor derecho. Por su parte, el ejecutado no pierde la facultad dispositiva sobre los bienes de su propiedad, aunque lógicamente la ve limitada; no puede, por ejemplo, constituir hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento de la posesión (art. 4 de la Ley de 16 de diciembre de 1954), ni disponer de ellos más que en la medida en que son suyos, esto es, con la carga del embargo. Y tampoco la anotación preventiva del embargo de inmuebles altera esta situación (arts. 71, 38 y 126 LH, 143 y 353 RH, 1.490 LEC). En este punto la interpretación tradicional de la DG sostenía que el embargo sólo concede preferencia respecto de actos dispositivos posteriores a su anotación, que no en cuanto los anteriores, aunque no hubieren sido registrados o lo fueren con posterioridad; en consecuencia, si después de practicada una anotación preventiva de embargo se inscribía un acto dispositivo de fecha anterior a la misma debía cerrarse el Registro a la venta judicial en que en su día pudiera culminar el procedimiento en el que se decretó el embargo. En las Resoluciones de 6 de septiembre de 1988 y 12 de junio de 1989, el Centro Directivo, en una línea intermedia, pasa a conceder una primordial importancia a la fecha de la diligencia de embargo, pues dado que éste se constituye en la esfera judicial, los actos anteriores a la anotación preventiva no tienen por qué ser siempre preferentes, tras la diligencia de embargo el dueño sólo puede disponer de la finca en la medida en que es suya, y por tanto, con la carga de embargo, salvo que el adquirente reúna los requisitos necesarios para quedar protegido por la fe pública registral, cosa que no ocurrirá si la venta posterior a la traba y anterior a la anotación accede al Registro después de practicada ésta. Posteriormente, y como consecuencia de la nueva redacción dada al artículo 1.512 de la LEC por la LMURP de 30 de abril de 1992, el RD de 13 de noviembre de 1992 reforma el artículo 175 del RH, ordenando, caso de enajenación judicial de la finca o derecho embargado, la cancelación de todos los asientos posteriores a la anotación de embargo, aunque se refieran a enajenaciones o gravámenes anteriores, salvo que estén basados en derechos inscritos o anotados con anterioridad a la anotación. Consecuentemente, la DG, en Resoluciones de 23 de marzo y 5 de mayo de 1993, dictadas para supuestos anteriores a la mencionada reforma, declaró que la venta inscrita después de la anotación, aunque sea de fecha anterior al embargo, debe cancelarse como consecuencia de la adjudicación derivada del procedimiento de apremio, citando diversos argumentos, entre los que destacaremos los siguientes: desde el punto de vista práctico, se asegura la efectividad de la ejecución judicial y se protege a los que confían en la apariencia registral y en el procedimiento; desde el punto de vista jurídico procesal, es acorde esta solución con la regulación de las tercerías de dominio, con el principio de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución y con el deber de colaborar con la administración de justicia impuesto a autoridades y funcionarios por los artículos 118 de la Constitución y 17 LOPJ; y desde el punto de vista estricta-

mente registral, es una consecuencia del principio de prioridad registral y congruente con los artículos 175 y 434 del RH. Con esta interpretación se facilita enormemente la mecánica registral, pues no se obliga al Registrador a calificar prioridades sustantivas.

Y la misma regla, con mayor razón, habrá que aplicar cuando el conflicto no se dé entre embargo y acto dispositivo, sino entre el crédito para cuya efectividad se inició el procedimiento en que se decretó el embargo y otro crédito. Y es que el embargo, como acto procesal, no altera la naturaleza personal del crédito que lo motiva, al igual que el crédito tampoco concede su preferencia al embargo, sino que cada uno conserva la suya, moviéndose en sus respectivos planos. Como ha declarado la RDGRN de 15 de diciembre de 1994, la preferencia crediticia sólo juega en los casos de concurrencia de créditos, ya en una ejecución colectiva, ya en una ejecución individual, a través de la tercería de mejor derecho. Iniciado un procedimiento de ejecución individual, cualquier otro acreedor del ejecutado que quiera hacer valer su eventual preferencia y en el plano registral no quiera verse afectado por el criterio de purga total de las cargas posteriores a la anotación del embargo, tendrá que acudir al proceso puesto en marcha, interponiendo la oportuna tercería de mejor derecho.

En este punto tenemos que hacer un breve inciso para adentrarnos en el marco del Derecho Procesal y exponer algunas ideas básicas sobre el régimen jurídico de las tercerías. El término «tercería», en sentido general y vulgar, designa aquellos medios que el Derecho pone a disposición de terceros para hacer valer sus derechos en otro proceso pendiente. Nuestra LEC regula conjuntamente dos tipos de tercerías, de dominio y de mejor derecho, como incidente del juicio ejecutivo, aunque las mismas normas se aplicarán a las que interpongan en los procedimientos para ejecución de sentencia y cualquier otro en que se proceda por embargo y venta de bienes (arts. 739 y 1.543). Ambos tipos de tercería presentan ciertas notas comunes, pues. 1) deben sustanciarse por los trámites del declarativo ordinario que corresponda según su cuantía, 2) están destinadas a incidir en un proceso de ejecución ya comenzado (arts. 1.535 y 1.536), lo que no implica que sean supuestos de intervención principal ni procesal, 3) sólo podrán, en consecuencia, ejercitarse mientras el proceso esté pendiente; 4) no son parte natural ni esencial del proceso de ejecución; 5) el conocimiento de las demandas corresponde en exclusiva a la jurisdicción civil (sin que importe la naturaleza penal, administrativa o laboral del órgano que ha trabado los bienes y procede a su realización, art. 1.543), pues ningún otro órgano, jurisdiccional o no, podría pronunciarse definitivamente —sí, a veces, de modo provisional— sobre materias de índole civil sin sobrepasar los límites objetivos de su jurisdicción (STS 30 octubre 1983). La competencia para conocer en primera instancia de las tercerías está atribuida al Juez que conoce de la ejecución en virtud de una norma de competencia funcional (arts. 55 y 148), pues la LEC considera las tercerías, como ya hemos señalado, como una incidencia en el proceso de ejecución. Ahora bien, esta competencia funcional está sometida a una doble condición: que el Juez que ejecuta tenga jurisdicción civil y que dicho Juez tenga competencia por razón de la cuantía. En cualquier caso, parece que estas notas comunes a los dos tipos de tercería apenas justifican su regulación unitaria, atendiendo al distinto fundamento y finalidad de ambas: la de dominio es el medio que tiene el propietario del bien trabado para desvincularlo de un proceso de ejecución que le es ajeno; y la de mejor derecho es el cauce

a través del cual un acreedor puede hacer valer la preferencia de su crédito en el procedimiento de ejecución ya iniciado. Centrándonos ya en ésta, señalaremos que el artículo 1.520.1.º LEC, como consecuencia del principio de prevención que rige la ejecución forzosa, ordena al Juzgador el destino que debe dar a las cantidades obtenidas en la ejecución forzosa de los bienes embargados (el pago al ejecutante) y reconoce al ejecutante sobre las mismas un derecho al cobro, que no se ve obstaculizado por la existencia de otros acreedores, salvo aquellos cuyo crédito haya sido declarado judicialmente preferente; se alude con esta salvedad a las normas en que el legislador, por razones políticas de distinta índole, ha jerarquizado los créditos y establecido entre ellos una prelación a la hora del cobro (arts. 1.921-1.929 CC; 375, 376, 665 y sigs. CCom , y ciertos privilegios recogidos en leyes especiales). Ahora bien, si la prelación de créditos debe hacerse según estas normas de derecho material, dado que el privilegio existe siempre en función de un proceso de ejecución singular o concursal, corresponderá al Derecho Procesal determinar cómo se puede hacer efectivo este privilegio. Y es que la cualidad de privilegiado del crédito se ha de hacer efectiva a través de un comportamiento del Juez ejecutor, la entrega de una cantidad de dinero a un acreedor antes que a otro. Precisamente para la efectividad de esta cualidad, en el marco de la ejecución singular, se arbitra la tercera de mejor derecho. Los presupuestos para la procedencia de ésta son la existencia de dos créditos frente al mismo deudor, la anticipación en el procedimiento para obtener la satisfacción de su crédito por el acreedor ejecutante, el mejor derecho alegado por el tercerista (sin que proceda cuando ambos créditos tengan igual condición) y la justificación de ese mejor derecho por título apto. La demanda deberá dirigirse conjuntamente contra ejecutante y ejecutado, unidos así por un litisconsorcio pasivo necesario. Tradicional se ha interpretado que la tercera implicaba una acumulación de acciones: una contra el ejecutante, constitutiva procesal, en cuanto se pretende enervar la facultad que a éste concede el artículo 1.520 LEC (que no de condena, ya que el tercerista no ostenta frente a él ningún crédito, ni meramente declarativa, pues ésta sería insuficiente para cambiar el destino del precio de remate), y una acción de condena contra el ejecutado, solicitando que se declare la existencia del crédito del tercero y se condene al deudor a su pago. Sin embargo, no será necesaria la condena al ejecutado si el crédito del tercerista consta ya en sentencia firme, sin perjuicio de que en este caso también sea necesario dirigir la demanda contra ambos.

En cualquier caso, la interposición de la tercera, admisible desde el momento en que se despacha la ejecución hasta el momento mismo en que el Juez haga entrega al ejecutante de la suma recaudada (art. 1.533.1 LEC), no perturba el curso del procedimiento, sustanciándose en pieza separada, y al margen de la posibilidad de que el ejecutante pida la mejora de embargo, la ejecución sigue su curso, suspendiéndose sólo si realizada la venta del bien embargado todavía no se ha resuelto la tercera. La cantidad obtenida con dicha venta se destinará, primero, a pagar las costas de la ejecución, y, después, al pago de los acreedores, por el orden que determine la sentencia de tercera. Caso de que triunfe ésta hay una alteración en el desarrollo de la actividad ejecutiva, pues el acreedor que se molestó en instar la ejecución pasa a un segundo plano en favor de otro que no lo hizo (y que incluso podía no estar en posesión de un título ejecutivo).

Como conclusión, debe quedar claro que la sentencia de tercera determina sólo el orden de pago de los créditos concurrentes con cargo al precio obte-

nido en la venta del bien; caso de que el tercerista, por estar en posesión de un título ejecutivo, hubiere instado previa o posteriormente otro ejecutivo en que se trabara embargo sobre los mismos bienes, dada la finalidad de la tercería, de la sentencia estimatoria de la misma, no podrá nunca derivarse una alteración del orden de las anotaciones que reflejen registralmente tales embargos. Si el embargo, como acto procesal, nada prejuzga sobre la naturaleza o cualidad del crédito, tampoco puede alterarla su anotación preventiva, limitándose a concederle preferencia sobre los bienes anotados y en cuanto a créditos de fecha posterior (arts. 44 LH, 1.924 y 1.927 CC). Las resoluciones comentadas distinguen perfectamente entre la colisión de embargos y la de créditos subyacentes, ésta sólo puede existir, fuera del caso de los procedimientos concursales, a través de la tercería de mejor derecho.

Pasemos ahora a comentar uno de los puntos más interesantes sustentados por la doctrina de la DG en estas resoluciones: el reconocimiento al tercerista, una vez recaída sentencia estimatoria de la tercería, de la condición de «actor» en la fase de apremio (no, lógicamente, en la declarativa) del juicio al que concurrió. Estamos ante una interpretación progresista de la LEC que resuelve algunos problemas prácticos que plantea el desenvolvimiento de la tercería. De hecho, ningún precepto de la LEC prevé expresamente la intervención del acreedor preferente en el juicio ejecutivo, limitándose a consagrar ese derecho a recibir con preferencia el acreedor ejecutante el dinero obtenido en la subasta. Y ante este silencio legal cabría entender que el tercerista no cuenta con medios de reacción para el caso de que el ejecutante, ante la amenaza que supone que esa eventual o ya efectiva declaración de preferencia de otro crédito pierda su interés por continuar con el proceso de ejecución o adopte una actitud que dificulte la satisfacción del crédito del tercerista, puede, por ejemplo, no nombrar perito para el avalúo de los bienes, o no pedir la mejora del embargo pensando que sobre los nuevos bienes también se pueda hacer efectiva la preferencia de aquél, o no pedir coetáneamente la celebración de segunda y tercera subasta, o no acudir a las subastas pasando así de conseguir posturas más elevadas; puede también pedir que se le adjudiquen los bienes en pago de su crédito. Cualquiera de estas actitudes del ejecutante puede en principio frustrar el interés del tercerista, quien no podrá tampoco iniciar otro proceso para reclamar el cobro frente a su deudor, el ejecutado, pues éste le opondría la excepción de cosa juzgada. Pues bien, saliendo al paso de todos estos peligros, el Centro Directivo viene a admitir esa especie de «sustitución procesal» en base a argumentos lógicos y de economía procesal, pero sin apoyo explícito en el Derecho Positivo. De acuerdo con esta interpretación, habrá que admitir la legitimación del tercerista para pedir la adjudicación en pago de su crédito con preferencia al acreedor ejecutante, así como para solicitar del órgano judicial que decrete la prórroga de la anotación preventiva de embargo.

Para terminar el comentario, tenemos que plantearnos otro problema desde el punto de vista registral: cuáles son los efectos de la sentencia estimatoria de la tercería frente a los titulares registrales posteriores de derechos, gravámenes o afecciones sobre el mismo bien, y los efectos de esa nota marginal a que aluden las resoluciones como medio de reflejar la misma en el Registro de la Propiedad. El principal interrogante es determinar si tomada la anotación preventiva de embargo y consignada en ella «la cifra de la obligación que originó el embargo», como exige el artículo 72.2 LH, o «el importe que por principal, intereses y costas se trata de asegurar», como matiza el artículo

166.3 RH, tal cifra supone o no una limitación cuantitativa al derecho de cobro del ejecutante y del tercerista. Si la doctrina tradicional y mayoritaria así lo ha interpretado, SARMIENTO RAMOS, en su obra *En torno a la naturaleza jurídica del embargo*, refuta esta tesis de la concreción, basándose, en síntesis, en los siguientes argumentos: 1.º No parece una tesis muy coherente en el caso de que el bien embargado permanezca todo el tiempo en el patrimonio del ejecutado, sin haberse constituido sobre él ningún tipo de gravamen. 2.º Los únicos preceptos que permiten sustentarla están en la legislación hipotecaria y no en la procesal, y dado que el embargo no necesita para su existencia de contratación registral, sería imposible fundamentar su concreción frente al adquirente de finca no inmatriculada. 3.º Presenta importantes desajustes en sus resultados prácticos. 4.º No es acorde con la regulación de la LEC, entre otras razones porque, tal y como configura el embargo, hay que concluir que ésta recae sobre los bienes en sí mismos y no sobre cuotas de su valor en cambio, porque admitida la posibilidad de ampliar la ejecución a nuevos plazos de la obligación que venzan durante la tramitación del juicio ejecutivo por los artículos 1.456 y 1.457, no se impone una mejora del embargo efectuado, y porque así se desprende de los artículos 1.520 y 1.526 en sede de tercerías, pues el primero de ellos ordena que en tanto no resulte reintegrado el ejecutante del capital e intereses de su crédito no podrán aplicarse las sumas realizadas a ningún otro objeto que no haya sido declarado preferente por ejecutoria; y el segundo, para el caso de interponerse la tercería ordena que continúe el apremio hasta la venta y que el importe total (y no sólo la parte que cubría el crédito del ejecutante) se deposite en establecimiento destinado al efecto para hacer el pago a los acreedores por el orden de preferencia que resulte de la sentencia. 5.º No corresponde a la LH definir el alcance sustantivo del embargo, sino sólo sus consecuencias registrales. 6.º Si la tesis de la concreción sólo se puede fundar en la legislación hipotecaria, no cabrá sustentarla frente a embargos no anotables, o anotables pero no anotados. 7.º El artículo 72 LH se limita a exigir la constancia del «importe» de la obligación, pero no establece que tal importe limite su alcance. 8.º Es el artículo 166.3 RH el que permite deducir con mayor fundamento la tesis de la concreción, pero una norma reglamentaria carece de autoridad para definir la sustancia de una institución que dada su naturaleza procesal está reservada a las leyes procesales (art. 117 de la Constitución). 9.º Y la tesis de la concreción tiene su fundamento en una abusiva y equivocada asimilación entre embargo e hipoteca. En opinión de SARMIENTO, la necesidad de constatar en la anotación el importe de la deuda no tiene su fundamento en la concreción de responsabilidad, sino en fijar el alcance de la preferencia que los artículos 1.923.4 CC y 44 LH atribuyen al crédito anotado como consecuencia de la anotación, que no del embargo.

Y la propia DGRN se ha inclinado abiertamente por esta teoría en materia de costas; así, la Resolución de 21 de noviembre de 1991 revocó la nota de un Registrador que suspendió la cancelación de las anotaciones posteriores a la del actor ordenada en un mandamiento judicial dictado en autos de juicio ejecutivo, donde el precio de remate fue superior a lo que por principal, intereses y costas se consignó en la anotación preventiva del embargo trabado en el procedimiento, y no se expresó que el exceso se pusiera a disposición de titulares de las anotaciones posteriores cuya cancelación se ordenaba, sino que en él se manifestaba que no había habido sobrante por ser el importe definitivo de las costas causadas muy superior al inicialmente estimado. Los

argumentos de esta resolución son coincidentes con los que venimos exponiendo a lo largo de este comentario: 1.º De las normas civiles e hipotecarias resulta que la anotación preventiva no concede por sí misma ninguna preferencia sustantiva en relación con los créditos ya existentes al tiempo de la anotación (arts 44 LH y 1.923.4 CC), ni altera las reglas procesales de la ejecución singular o colectiva de los créditos, ni las establecidas para hacer valer el mejor derecho que puede tener otro acreedor. 2.º En nuestro sistema procesal es principio incontrovertido que embargado un bien del deudor para la efectividad de una deuda de un acreedor, cualquier otro acreedor meramente personal de aquel deudor que pretenda cobrar con cargo al bien trabado deberá concurrir al procedimiento en el que se decretó la traba, bien promoviendo el correspondiente procedimiento de ejecución colectiva si se dan los presupuestos para ello, bien pidiendo la retención del sobrante resultante después de atendidas las responsabilidades que hayan hecho valer en aquel procedimiento (posibilidad que recogía el art. 1.516 LEC, vacío de contenido tras la LMURP 10/1992, de 30 de abril), bien por la vía de la tercería de mejor derecho. Afirma la citada resolución que todas las sumas realizadas en el procedimiento quedan afectas a la «íntegra satisfacción» del actor, y sólo después de producida ésta se determinará el sobrante que será retenido en beneficio de otros acreedores personales del deudor que no hubiesen interpuesto la oportuna tercería de mejor derecho y triunfado en ella. De ello se desprende que, triunfante el tercerista, el precio de remate se destinará al pago de su crédito y el sobrante, si lo hay, al completo reintegro al ejecutante del capital e intereses de su crédito; y sólo si después sigue habiendo sobrante entrará en juego la norma del artículo 1.512.2 LEC, que ordena su entrega, previo depósito, a los acreedores posteriores o a quien corresponda.

En la misma línea, la citada RDGN de 15 de diciembre de 1994 declara que «el embargo no vincula el bien trabado al crédito que lo determina, sino al proceso en que se decreta, al efecto de facilitar la actuación de la justicia y asegurar la efectividad de la ejecución, independientemente de cuál sea el crédito que en definitiva resulte satisfecho (bien el del actor, bien el del tercero que interpuso y venció en la correspondiente tercería)», con lo que parece admitir la vinculación de todo el valor en cambio del bien al proceso en curso y su desenvolvimiento, independientemente de cuál sea la cuantía del crédito que termine satisfaciéndose.

Admitida esta tesis, la nota marginal que refleje la sentencia estimatoria de una tercería de mejor derecho tendría una finalidad meramente informativa pero ningún alcance práctico, puesto que publicada la existencia de un proceso de ejecución en curso a través de la correspondiente anotación preventiva de embargo, cualquier tercero que acceda después al Registro de la Propiedad debería saber que, salvo que su derecho le legitime para interponer una tercería, tendrá que correr con los riesgos de la ejecución en curso y de sus incidencias y aceptar la posibilidad de que no exista sobrante del precio de venta pese a ser el crédito que se refleja en la anotación muy inferior al valor en cambio del bien trabado caso de que aparezca un tercero de mejor derecho vía tercería. Y así parece deducirse de las palabras de las resoluciones comentadas «sería conveniente» y «para general conocimiento».

Ahora bien, si la tesis expuesta es acorde con la configuración del embargo y la tercería en nuestra Ley Procesal, no lo es tanto con la esencia y finalidad de nuestro sistema de publicidad registral (dar seguridad al tráfico jurídico inmobiliario) y lleva en su desenvolvimiento a consecuencias no siempre de-

seables ni justas. Así: 1.º Puede originar especulaciones en materia de cesión de créditos. 2.º Puede dificultar enormemente el tráfico jurídico de los bienes embargados, aunque el embargo lo haya originado el procedimiento iniciado para la satisfacción de un crédito de cuantía irrisoria en relación con el valor del bien. 3.º Conocidas por todos las diferencias básicas entre el embargo y la hipoteca, no parece lógico que se dé un mejor trato jurídico al tercerista que acude a un proceso ajeno en curso que a un acreedor hipotecario que tuvo la precaución de prever el posible incumplimiento y exigir una garantía, el cual sólo podrá ejercitar su acción real hipotecaria en perjuicio de terceros por el importe señalado en la escritura de constitución como cifra de responsabilidad máxima en perjuicio de terceros, aunque las costas devengadas y los intereses impagados sean muy superiores, en tanto que en el caso de ejecución del embargo anotado el tercerista y el acreedor ejecutante podrán absorber todo el valor en cambio del bien en perjuicio de cualquier tercero. Además, si caso de hipoteca sobre varios bienes se impone la necesaria distribución de la responsabilidad hipotecaria entre ellos, no ocurre lo mismo en el caso de que sean varios los bienes embargados. 4.º No parece justo que el acreedor que acudió a un procedimiento de ejecución iniciado por otro y respecto del cual su crédito sea preferente pueda, sirviéndose de la diligencia del otro, cobrar el importe total de su crédito, absorbiendo todo el precio de la cosa, en perjuicio de otros acreedores que iniciaron diligentemente su proceso de ejecución y obtuvieron la oportuna anotación preventiva de embargo, y más teniendo en cuenta el posible carácter relativo de los privilegios credituales (pues el crédito privilegiado siempre lo es, pero puede serlo respecto de unos y no de otros créditos) 5.º Es totalmente injusta la tesis de la no concreción en el caso de que el bien haya pasado a ser propiedad de un tercer poseedor y aparezca luego un acreedor que habiendo podido instar oportunamente la ejecución cuando el mismo permanecía todavía en poder del deudor no lo hizo y acude al proceso iniciado por otro después de que el bien haya salido del patrimonio de su deudor y, por tanto, del ámbito en que se desenvuelve el principio de responsabilidad patrimonial universal 6.º Pensemos ahora en otra posibilidad: que la sentencia recaída en el juicio de tercería declarase la existencia, eficacia y exigibilidad del crédito del tercerista frente al deudor ejecutado, pero no su carácter preferente frente al crédito del ejecutante, en cuyo caso el precio de remate se destinará, primero, al pago de principal, intereses y costas del ejecutante, pero si hay sobrante se entregará al tercerista antes que al ejecutado; y dada la configuración del embargo como una vinculación del bien al proceso en curso y todas sus incidencias, habría que llegar a otra conclusión todavía más injusta: que el tercerista, que carecía de preferencia sobre el acreedor ejecutante, pueda cobrar antes que otros acreedores, titulares de posteriores anotaciones preventivas de embargo, o en detrimento de un tercer poseedor. Y ni siquiera es presupuesto necesario para la procedencia de la tercería la insuficiencia de los bienes del deudor.

Probablemente, y al ser nuestra vigente LH posterior a la LEC, la exigencia que consagra su artículo 72, desarrollado por el 166 RH, no responda, al menos exclusivamente, a la finalidad de determinar el alcance del privilegio que la anotación preventiva concede al crédito que la motivó, pues ello ya se desprende del propio CC, sino a la tesis de la concreción de responsabilidad frente a terceros que se acojan al sistema registral, acorde con los principios de especialidad y de publicidad. Admitida esta tesis, el tercerista triunfante sólo tendrá un derecho preferente al cobro hasta donde alcance la suma se-

ñalada para el ejecutante pospuesto, y no en cuanto al posible exceso del premio de remate habiendo terceros; cabría entonces preguntarse si esta nota marginal a que aluden las resoluciones comentadas para el reflejo registral de la sentencia estimatoria de la tercería conllevaría un efecto sustantivo, dando publicidad al aumento de la cuantía de la responsabilidad por la que se trabó el embargo, pudiendo perjudicar a terceros que accedan al Registro con posterioridad; pero las referidas resoluciones no dejan lugar a dudas sobre el alcance meramente informativo de esta «conveniente» nota marginal, y admitir otra cosa obligaría a complicadas construcciones, pues habría que distinguir, frente a terceros, dos momentos separados por la extensión de la citada nota; pensemos en la dificultad de que el Juez conozca los asientos de gravámenes, afecciones o dominio relativos al bien embargado que se hayan podido practicar después de expedida la certificación registral de dominio y cargas, y antes de la práctica de la nota que refleje la sentencia de tercería, y la dificultad de fijar criterios para la distribución del precio de remate si se distinguen dos grupos de terceros en base a la referida nota.

Para terminar destacaremos que si la doctrina sustentada por la DGRN sobre el reflejo registral de las tercerías es acertada, el desenvolvimiento de las consecuencias prácticas de esta ilimitada vinculación del bien embargado al proceso en curso, acorde con la legislación procesal, es de difícil coordinación con los principios hipotecarios; sería deseable que en este punto se promoviera una reforma legislativa que limitara la procedencia de las tercerías de mejor derecho a los casos de inexistencia de bienes libres del deudor ejecutado y regulara su alcance frente a los titulares de otros derechos sobre el bien embargado, teniendo en cuenta la situación anómala que las mismas originan, en tanto que el tercerista se va a aprovechar de la actuación diligente de otro acreedor, en perjuicio de éste y en perjuicio de esos titulares posteriores de derechos, incluso terceros poseedores, cuando nuestro Derecho ya arbitra otros medios para atacar las enajenaciones hechas en fraude de acreedores

M. LEONOR RODRÍGUEZ SÁNCHEZ

Registrador de la Propiedad y Mercantil

# III. Sentencias del Tribunal Supremo

## 1. DERECHO CIVIL

### A) PARTE GENERAL

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

#### *PROTECCION AL HONOR DERECHO DE INFORMACION PERIODISTICA. CARGO PUBLICO. (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1996.)*

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelante contra la sentencia de la Sala Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 5 de esta capital, a salvo la indemnización, fijada por el Juzgado en 500 000 pesetas y que la Audiencia eleva a dos millones de pesetas, conforme a los siguientes fundamentos:

Primero. El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Madrid dicta Sentencia en 20 de julio de 1987 en la que estima en parte la demanda interpuesta por el actor, don Luis Reyes Pérez, contra los codemandados, «Información y Revistas, S.A.», declarando que las manifestaciones y los hechos publicados en la revista *Cambio 16* el día 8 de diciembre de 1986 constituyen la intromisión prevista en el artículo 7.7 de la Ley Orgánica correspondiente, con la parte dispositiva que queda transcrita, con base a las siguientes afirmaciones que se vierten por los demandados: «... “el cese fulminante del Director del Aeropuerto de Ibiza, Luis Reyes Pérez, parece encubrir un caso de abuso de funciones y utilización de fondos públicos en beneficio personal” y “Bajo la sombra de la lacónica nota oficial se ocultaban, sin embargo, un caso de abuso de funciones y de utilización de fondos públicos en negocios privados”... Su propia empresa (de don Luis Reyes) hacía las obras de acondicionamiento, y que las empresas constructoras «Aglomerados Ibiza» y «Ferrer Pons Hermanos» —ambas con domicilio social en el mismo edificio— han sido los contratistas de una buena parte de las obras de acondicionamiento y mejora que han llevado a cabo en el Aeropuerto de Ibiza en los últimos años... Viene a decir, además, que Luis Reyes Pérez dirigía el Aeropuerto Internacional de Ibiza como si se tratara de una finca particular...»; interpuesto recurso de apelación por los codemandados, se

resolvió por Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimotercera, de 27 de abril de 1992, a cuyo recurso se adhirió la parte actora, desestimando el interpuesto por la codemandada apelante «Informaciones y Revistas, S.A.», confirmando la de instancia, salvo en el punto 2.º de su parte dispositiva, con el contenido que se ha hecho constar en la transcripción efectuada; y con la siguiente *ratio decidendi*. En su FJ 2.º se hace constar que los hechos provienen de la publicación del artículo «Ibiza: los bajos vuelos de un astuto Director», publicado en el número 784 de la revista semanal *Cambio 16*, de fecha 8 de diciembre de 1986 (págs. 66 y 67), referido al Director del Aeropuerto Internacional de Ibiza don Luis Reyes Pérez —actor—, tras descartar la duda en torno a la denunciada preferencia o preeminencia competencial de la jurisdicción penal para el conocimiento de los hechos, por cuanto FJ 2.º «se refieren a la actuación de don Luis Reyes Pérez en el ejercicio de su cargo público al declararse extinguida por prescripción la acción penal por el Juzgado de Instrucción número 43 de esta capital, en Auto de fecha 6 de marzo de 1992, recaído en el procedimiento incoado en virtud del testimonio remitido por este Tribunal, conforme lo acordado en Auto de 23 de enero del corriente año, dando exacta aplicación a la doctrina que emana de la Sentencia 241/91, de 16 de diciembre, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, evitando con ello la declaración de nulidades y reproducción de trámites que a todos repugnan una vez agotada la vía penal, cuya firmeza comunicó el aludido Juzgador.. », se analiza el contenido de dichas publicaciones en el sentido de si constituyen la intromisión ilegítima contra el honor aducida por el actor o bien se trata de una información veraz según el apelante; en el FJ 3.º se analiza, según el artículo 20 CE, la distinción entre la libertad de expresión o libre difusión de pensamientos e ideas y formulación de opiniones siempre y cuando se limite la ausencia de expresiones o juicios injuriosos o vejatorios, y la libertad de información respecto a la narración de hechos y con la preceptiva exigencia de veracidad, subrayándose que dicha veracidad se encuentra desprovista de la información publicada que antes quedó transcrita por lo siguiente «... la entidad mercantil «Aglomerados Ibiza, S.A.», no es propiedad de don Luis Reyes Pérez, sino que éste posee una sexta parte del capital social; no ha celebrado ningún contrato de obra en el Aeropuerto de Ibiza —certificaciones del Jefe de Area de Contratación del Organismo Autónomo «Aeropuertos Nacionales», folios 70 y 71, y del Director General de Infraestructura y del Transporte, folio 79—, careciendo incluso de participación alguna la Dirección del Aeropuerto de Ibiza, o cualquier servicio o unidad del referido Aeropuerto, por no tener delegación para ello ni formar parte de la Junta de Compras en los procedimientos de contratación del Organismo Autónomo —certificación obrante al folio 100—; y si bien algunas obras se adjudicaron a la empresa «Ferrer Pons Hermanos, S.A.», desde el año 1979, carece de todo interés societario en ella el actor, para la que no ha realizado ninguna actividad profesional —folio 104—, sin que pueda admitirse que la demandada haya utilizado la diligencia exigible a todo informador para contrastar, o al menos con rigor intentarlo, el contenido de lo que en el desempeño de su profesión tiene noticia...» y, asimismo, teniéndose en cuenta la normativa aplicable a los funcionarios y las vicisitudes sobre los expedientes disciplinarios promovidos contra el interesado y su resolución final; en ese FJ se añade que «además el artículo publicado contiene expresiones y afirmaciones tales como que dirigía el Aeropuerto Internacional de Ibiza como si se tratara de una finca particular», lo cual implica sea una información que excede del ámbito en el que debe entenderse prevalente tal derecho, en conse-

cuencia resulta ajustada la resolución de instancia, si bien en cuanto a los daños y perjuicios se expone en el FJ 4.º que se reputa más adecuada la cuantificación de 2.000.000 de pesetas que en lo que en ese extremo se acoge la decisión del recurso, lo cual provoca la decisión que es hoy objeto del presente recurso de casación, con base a los tres motivos que se analizan seguidamente

Segundo. En el primer motivo se denuncia, al amparo del artículo 1 692 4 LEC, la indebida aplicación del artículo 1.2 de la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, en relación con el artículo 114 LEC y el 533 LEC, porque la Ley Orgánica establece que en los casos en que exista protección penal este derecho será protegido a través de dicho procedimiento, que tendrá carácter preferente; que por ello, al ostentar el actor el cargo de Director del Aeropuerto de Ibiza y al referirse al mismo precisamente por estar en este cargo, las informaciones publicadas por *Cambio 16* en el mes de diciembre de 1986 se podrían subsumir en un ilícito penal, esto es, en el sentido de que se trate de un delito perseguible de oficio, por lo que este procedimiento no es el adecuado; que habida cuenta que los hechos ya han sido enjuiciados penalmente, pero sin entrar en conocimiento de los mismos al haber devenido la prescripción y, por tanto, si el actor inició indebidamente una acción a través de una jurisdicción que en principio no era la competente y ésta continúa adelante, se le están dando unas prerrogativas que rompen con el objetivo de igualdad establecida en la CE; que «en el caso que nos ocupa, todas las manifestaciones vertidas en la información periodística que hacen referencia al actor lo son en razón de su cargo, ninguna por tratarse de un particular; por ello, si el actor acudió a una vía jurisdiccional que no era la correcta y ni el Ministerio Fiscal ni el Juzgado de Primera Instancia tuvieron en consideración este hecho hasta que la Sala de la Audiencia Provincial en la segunda instancia acordó su remisión a la jurisdicción que en principio sería la competente, todo ello cuando la responsabilidad penal en que se pudiese haber incurrido ya había prescrito, es lógico que la responsabilidad civil ya ha sido resuelta junto con la responsabilidad criminal, por lo que estimamos que el presente motivo de casación debe ser estimado por la Sala al haber incurrido tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Sala de la Audiencia Provincial en exceso de jurisdicción infringiendo el artículo 9.º.2, 3 y 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial al conocer de un asunto que corresponde a la jurisdicción penal, la cual ha declarado expresamente extinguida por prescripción de la acción penal»; *este motivo fracasa*, confirmando específicamente las razones sintéticas que se exponen en el FJ 2.º de la recurrida, por cuanto por las vicisitudes del ejercicio de la acción penal inicialmente instada y tras la declaración de extinción de la misma por prescripción es llano que, en cualquier caso, queda a salvo la vía civil correspondiente, sin que esa frustrada vía penal pueda acarrear el decaimiento de esta acción ahora ejercitada; y todo ello, al margen de la significación que puede suponer se defienda, precisamente por la parte acusada de tales hechos, la invocación del ejercicio de la correspondiente acción penal, cuyas consecuencias deberían ser, en su caso, de superior onerosidad que cualesquiera producidas a través de esta vía civil, y sin perjuicio de la que en cualquier caso, la denuncia, si prosperase, debería dejar insatisfecha la pretensión del actor en razón justamente a la prescripción, que veda por petición del principio el seguimiento de tal vía, por lo cual *el motivo peca*. En el segundo motivo se cuestiona, por igual amparo procesal, la infracción del artículo 7.7 de la Ley Orgánica por no tener los hechos la consideración de intromisión ilegítima, así como la infracción del artículo 20 CE, en sus apartados 1.a) y d), es decir, el derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opinio-

nes; artículo de la Constitución que se invoca formalmente como derecho constitucional vulnerado a los efectos de cumplir lo ordenado en el artículo 44 de la Ley Orgánica de 2/79, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional; aduciéndose una serie de consideraciones sobre el ejercicio de la libertad de expresión, así como el derecho de información que confiere al periodista como depositario del derecho ajeno protegido por la Constitución como uno de los valores fundamentales de toda sociedad democrática y que tiene el deber de informar de cualquier hecho de trascendencia social; y sólo desde la perspectiva de este derecho se pueden considerar las informaciones publicadas en el periódico *Diario 16*; que —se añade— la información publicada queda al amparo del artículo 20 CE, que reconoce y protege el derecho a comunicar libremente la información veraz; se alude a los razonamientos interpretativos de dicho artículo 20, según la Sentencia de esta Sala de 6 de junio de 1990 y la de 22 de marzo de 1991, e igualmente la Sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1991; se menciona también el artículo 10 del Convenio para protección de los derechos humanos, concluyéndose en que el derecho a la información no ha ceder siempre frente al derecho al honor por cuanto la tan meritada Sentencia del TC de 17 de julio de 1986 establece el criterio contrario, y se agrega: «Finalmente, la veracidad de la noticia está exclusivamente en la existencia como tal de la información publicada y que dicha información coincida con lo que se transcribe en los medios de comunicación, que en el hecho que nos ocupa, con independencia de la veracidad o falsedad en su origen de los hechos divulgados, es claro que los periodistas se limitan a dar noticia de un hecho concreto».

Tercero. La Sala, ampliando su actualizada síntesis al respecto y siguiendo el dictado del propio artículo 20.4 CE, ratifica que según, entre otras, su Sentencia de 12 de diciembre de 1995, las libertades que se reconocen en dicho artículo, tanto la libertad del derecho de expresión —art. 20.1.a)— y la libertad del derecho de información —art. 20.1.d)— tienen el límite de respetar fundamentalmente el derecho al honor, a la intimidad y la propia imagen, lo que implica

1.º En el derecho reconocido en el artículo 20.1.a), esto es, el derecho a la libertad de expresión, es evidente que el mismo deberá ejercitarse con la debida asepsia en las palabras o en los módulos de expresión utilizados, esto es, sin que en caso alguno se contengan alusiones que pudieran ser injuriosas o vejatorias para nadie; o en palabras recogidas en la propia Sentencia del TC de 11 de noviembre de 1991, la libertad de expresión, al tratarse de formulación de opiniones y de creencias personales, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas. Campo de acción que se amplía aún más en el supuesto de que el ejercicio de las libertades de expresión afecta al ámbito de libertad ideológica garantizada por el artículo 16.1; en ese sentido, los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor, a diferencia de lo que ocurre con los hechos, no se prestan por su naturaleza abstracta a una demostración de su exactitud y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia de su obligación, y, por tanto, respecto del ejercicio de la libertad de expresión no opera el límite interno de la veracidad.

2.º Por lo que respecta a la libertad de información, en esa propia sentencia se hace constar que en cuanto a la comunicación informativa de hechos,

que no de opiniones, la protección constitucional se extiende únicamente a la información veraz; requisito de veracidad que no significa, no obstante, que quede exenta de toda protección de información errónea o no probada, pues el requisito constitucional de veracidad significa información comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa, excluyendo invenciones, rumores o meras insidias, o bien, en los términos que se recogen en la Sentencia del propio Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1995, la veracidad de la información no ha de confundirse con la exigencia de concordancia con la realidad incontrovertida de los hechos, sino en una diligente búsqueda de la verdad que asegure la seriedad del esfuerzo informativo.

3º Y como cierre común a ambos derechos: que cualquiera que sea el destinatario de la colisión, la tutela específica que dirima la pugna «derechos periodísticos *versus* derecho al honor» ha de matizarse, ponderando: a) que sólo la persona física y, por extensión constitucional, la persona jurídica son merecedoras de esta tutela cuando proceda, sin que sea extensible a ninguna otra realidad económico social, *v.gr.*, establecimiento mercantil, empresa o rótulo indicativo; b) que la persona ejerciente de algún cargo público o que desempeñe un cometido o profesión de relieve social está más próxima a que ella o sus circunstancias de conducta sean noticiables en el ejercicio de aquellos derechos, debiendo, pues, soportar la correspondiente crítica o censura a su labor con superior tolerancia a cuando se trata de una persona privada sin ese relieve social; c) que, asimismo, no cabe tutelar el honor a la privacidad personal cuando el propio afectado ha promovido con su actuación previa la divulgación de hechos o noticias que sirvan de base al ejercicio de los repetidos derechos de expresión o información.

Cuarto. Aplicando esa doctrina a este segundo motivo, el mismo *ha de compartirse* porque los argumentos que emite la Sala *a quo* para apreciar la existencia de la intromisión en el honor del demandante —art. 7.7 de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, núm. 1/1982— son inconsistentes, a saber:

a) Porque no se puede ignorar que en el reportaje periodístico cuestionado el profesional que lo emite ejercita un auténtico derecho a la libertad de expresión garantizada constitucionalmente en el artículo 20.1.a) de la CE por tratarse de una conducta desarrollada por persona que ejerce un cometido público e, incluso, con resonancias locales indiscutibles, lo que conlleva a que su comportamiento quede sometido a todo tipo de opinión o censura en cuanto trasciende a la cosa comunitaria, e incluso que el propio interesado, por ese *status*, se vea sometido a esa permanente difusión de su desempeño profesional, máxime —no se olvide— cuando a resultas de las circunstancias que rodearon el ejercicio de su cargo se le incoaron expedientes disciplinarios y al margen de cuál fuese su resultado o las causas de su posterior cese.

b) Que el Tribunal de instancia, al parecer, subsume el contenido del quehacer periodístico dentro del alcance conceptual del denominado «derecho de información» y por ello modula la exigencia de veracidad, la cual, en su opinión, al no concurrir, conlleva a su decisión; *ratio decidendi* también endeble, ya que, al dictado de su propia argumentación, se desprende que esa no verdad la reconduce aquel Tribunal según su FJ 3.º, por un lado, a que «la entidad mercantil «Aglomerados Ibiza, S.A.», no es propiedad de don Luis Reyes Pérez, sino que posee una sexta parte del capital social». pues bien, en la publicación se habla de que el actor es uno de los cuatro accionistas principales de la empresa...; y además ello se reitera cuando se escribe: «El ex

Director... es uno de los propietarios de A.I.»; luego en caso alguno se le imputa la propiedad total; asimismo se afirma que «no ha celebrado ningún contrato de obra en el Aeropuerto de Ibiza...», y al respecto se aducen a varios instrumentos incorporados a autos. En el texto se lee que esa noticia deriva «según informes del Ministerio de Turismo, Transportes y Comunicaciones como fuente de la noticia, y al final se añade por la Sala: «... sin que pueda admitirse que la demandada haya utilizado la diligencia exigible... para contrastar el contenido de la noticia; extremo éste sobre el que se entiende suficiente esa plataforma originadora de la noticia (lo que, asimismo, se refuerza porque en esa publicación aparece, sin que se haya cuestionado su exactitud, que por el Ministerio correspondiente se difundió una nota informativa relativa al cese del recurrente de su cargo por incompatibilidad, lo que de suyo revela una dedicación profesional distinta a la pública y verosímelmente homogénea con la misma) por cuanto no es posible, en un entendimiento razonable de la contienda, que ante hechos tan notorios y conocidos socialmente, al periodista que los comente o comunique se le exija, para agotar su verdad, el conocimiento puntual y en detalle de los documentos o pruebas totales reveladoras de la exactitud en todo su pormenor del evento, lo que sería tanto como averiguar y cotejar literalmente el contexto fiel de la constancia de esos expedientes administrativos; se repite, con lo antes expuesto según la citada sentencia del Tribunal Constitucional, es suficiente para esa veracidad que la información esté comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa, excluyendo invenciones, rumores o meras insidias, a lo que tampoco llega el final juicio, bien episódico de auténtica metáfora sobre la dirección propia de una finca particular, por lo que *se estima el motivo*.

Quinto La Sala, no obstante lo razonado con la admisión del motivo precedente que releva el examen del último, resalta que en la integración de su convicción dirimente de la pugna derecho de información periodística —en su colateral marco convergente de la libertad de expresión— frente al derecho al honor, ha sobresalido el valor de la libertad en la comunicación de ideas y noticias que, en especial, cuando emana del legítimo ejercicio de la profesión periodística es uno de los pilares en que se asienta todo estado de Derecho, pues cuando, como en autos, responde ese cometido a la crítica permanente al quién y cómo se desempeñan los oficios públicos por sus servidores, coadyuva garantizar tanto la eficacia en esa labor como la honestidad de su intencionalidad, todo lo que vale para que, en casos como el presente, sea prevalente esa axiología proclive a dirimir aquella pugna *pro notitia*, cediendo en la confrontación, incluso en los límites de la veracidad total, el derecho individual al honor entrelazado; en consecuencia, y actuando a tenor del artículo 1.715.3 LEC, procede a estimar el recurso desestimando la demanda con los efectos derivados y sin que a tenor del artículo 1.715.2.º LEC proceda imposición de costas en ninguna de las instancias al hacer uso el Tribunal que juzga de la salvedad que preceptúan los artículos 523, 710 y 873 de dicha Ley, aplicables en su caso al litigio.

*Comentario.*—Estamos, una vez más, ante la vidriosa cuestión del alcance que debe otorgarse al derecho de información periodística como manifestación de la libertad de expresión en relación con los límites marcados al mismo por el respeto debido al honor y a la intimidad personal, que estarán tanto más expuestos a la crítica cuanto más abiertamente o con carácter público se ejerza la actividad de que se trate. Esto así, parece que es posible establecer:

1.º El ámbito del respeto al honor y la divulgación de noticias que pueden afectar a la persona no es posible determinarlo *a priori* con carácter general y uniforme, sino que viene determinado por la actividad ejercida. Siendo de notar que el «modo» como se ejerce reviste también trascendencia.

2.º La persona que desempeña un cargo público o una profesión de relieve social está más expuesta a la crítica o censura de su labor, debiendo respetar y soportar la divulgación crítica de sus actividades en el ejercicio de derecho de información, especialmente la periodística.

3.º La libertad de información no es absoluta, viniendo marcada, además de por el antedicho respeto al honor, por la existencia de que la misma sea veraz, esto es, responda a una diligente búsqueda de la verdad o exactitud de los hechos que asegure la seriedad del esfuerzo informativo excluyendo los rumores, pero sin que tampoco se precise el conocimiento puntual y detallado.

F. C. L

*DERECHO AL HONOR. INFORMACION PERIODISTICA. FUENTES DE LA MISMA. (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1995.)*

El derecho al honor se refiere a personas individuales, no a rótulos comerciales o establecimientos mercantiles.

El actor, apelante y recurrido, propietario del «Bar Iruña», pretendió y obtuvo de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Valencia, que revocó la absolutoria del Juzgado de Primera Instancia número 15 de dicha capital, la condena de la sociedad editoria del periódico *Las Provincias*, de su director y de dos redactores, a indemnizarle en un millón de pesetas e insertar copia de la sentencia en el periódico por haber cometido una intromisión ilegítima al honor del mismo como propietario de dicho «Bar Iruña» al haber publicado los reportajes sobre reuniones en dicho bar de miembros activistas de ETA.

Resultando probado que las fuentes de noticia publicada fueron, entre otras, la Secretaría de Estado para la Seguridad, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Luis Martínez-Calceirrada Gómez declara haber lugar al recurso interpuesto por el demandado, apelado y recurrente, revocando la sentencia de la Audiencia y confirmando la absolutoria del Juzgado, conforme a los siguientes fundamentos:

Se resuelve por sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Valencia número 15, de 4 de febrero de 1991, demanda sobre protección del derecho al honor interpuesta por don Angel Echevarría Díaz contra don José Antonio Navarro, don Juan Ignacio Sala y don José Ombuena y «Domenech, S.A.», con base a lo publicado en el periódico *Las Provincias* en los reportajes de los días 2 y 3 de octubre de 1990, y, concretamente, con el siguiente tenor: «... La policía ha descubierto un punto de reunión de ETA en Valencia, al que se superpone la frase «a través de los papeles de Waldo», apareciendo una fotografía en la que se aprecia un establecimiento bajo el título de «Iruña Bar», explicándose en dicho aserto que «el número 2 de ETA, José Javier Zabaleta Elosegui, alias 'Waldo', poseía información sobre diversas zonas de Valencia, según confirmaron ayer a este periódico fuentes de la lucha antiterrorista». Más adelante se transcribe que: el jefe de los comandos legales tenía... un detallado plano de la ciudad en el que había marcado un círculo en la intersección de la calle Salamanca y Reina Doña Germana. Según fuen-

tes de la Secretaría de Estado para la Seguridad, el «Bar Iruña», que se encuentra en este enclave, era utilizado por los activistas como punto de reunión. Y más abajo: «las sospechas que la policía mantiene sobre el plano de Valencia intervenido a 'Waldo' se refieren a que algún activista legal se entrevistara con algún simpatizante o miembro de la banda terrorista en este establecimiento público, que ayer permanecía cerrado», pues se considera que han cometido los demandados una intromisión ilegítima al honor del actor —propietario del «Bar Iruña»—, y suplicando se les condene a las peticiones correspondientes, entre ellas el pago de diez millones de pesetas; por el Juzgado, y tras la tramitación de procedimiento, se dictó sentencia desestimatoria al razonarse en el FJ 3.º: «... por una parte, del Tribunal Constitucional número 104/86, de 17 de julio, y por otra, las del Tribunal Supremo de fecha 21 de enero de 1988 y 19 de julio de igual año, esta última configura la prevalencia de la libertad de comunicación informativa cuando los hechos objeto de la misma encierran una trascendencia pública que exige el conocimiento de los ciudadanos para posibilitar la participación de éstos en la vida social y colectiva, propia del sistema democrático. En el caso presente, la notoriedad y trascendencia del hecho noticiado es evidente, el éxito de la lucha antiterrorista con la detención del considerado número 2 de ETA, «Waldo»; con la incautación de una documentación que, en cierto modo, viene referida a esta capital, por lo que tal hecho en toda su extensión no puede ser objeto de restricción al conocimiento de los ciudadanos cuando nos movemos en un tema problemático que viene siendo, desgraciadamente, uno de los más preocupantes en la sociedad española. Por otra parte, los autores de la noticia escrita dejaron desde el primer momento, en forma clara e indubitada, las fuentes de las que emana todo el descubrimiento fáctico, que no eran otras que la Secretaría de Estado para la Seguridad, incluso suscribiendo literalmente las sospechas que tenía la policía de que el bar regentado por el actor había sido objeto de posibles contactos entre miembros de la organización criminal, sin que aquellos realizaran valoración o manifestasen opiniones, pues el encabezamiento en el aserto periodístico no es más que fiel reflejo de la noticia dada por los órganos estatales; es decir, que responde a lo que por algún sector doctrinal viene denominándose el «reportaje neutral», es decir, la mera transcripción de los hechos cuyo conocimiento adquiere el profesional por la comunicación pública de aquellos órganos, sin que en ningún momento hayan faltado a la diligencia debida hacia el respeto de los demás porque, como es constatable, en ningún momento se imputa al demandante actos, hechos o calificaciones de las que se desprenda que participa en alguna forma de las actividades ilícitas de la mencionada organización criminal»; decisión que fue objeto de *recurso de apelación* por el actor, resuelto por Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Séptima, de 3 de abril de 1992, revocatoria de esa decisión y estimatoria en parte de la demanda; declarando que tales hechos son considerados una intromisión ilegítima al honor del actor propietario del «Bar Iruña» de Valencia, con las consecuencias que quedaron transcritas en su parte dispositiva, se razona básicamente en su FJ 3.º: «... evidente resultará que, a falta de una autorización expresa de la Ley al caso de autos, y en defecto también de un consentimiento expreso y probado del titular de ese derecho permitiendo la publicación en 23 de octubre de 1990 de la información o reportajes combatidos en la litis, la inserción de las noticias sobre el «Bar Iruña» propiedad del señor Echevarría como supuesto punto de reunión en Valencia de activistas de ETA, comple-

mentada con fotografía de la puerta del establecimiento, ha de considerarse atentatorio al honor del demandante como persona y como profesional radicados en aquel establecimiento y, desde luego, reconducible a la intromisión ilegítima de su derecho al honor, no obstante que en modo alguno hubiesen sido citados su nombre y apellidos en la información publicada por *Las Provincias* ni se hubiese publicado otra información gráfica al respecto que la de las puertas del bar»; y se agrega en citado FJ que dicha publicación debido al «tratamiento tan sensacionalista, con las conclusiones expuestas y con la fotografía del bar», afectan en diversos grados a la honorabilidad de la persona del actor: por lo que conforme al artículo 9.3 de la propia Ley ha de «presumirse» asimismo el perjuicio al actor y consecutivamente a la objetividad de la intromisión ilegítima, procediendo a estimar la reclamación económica, si bien con la valoración que se perfila en su FJ 4.º; frente a cuya decisión se interpone el presente recurso de casación por los demandados.

En el *primer motivo* se especifica su discrepancia con la sentencia y se denuncia que la misma ha infringido el artículo 7 de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982. En su desarrollo se dice que el demandante actúa como propietario de un bar sobre el que se aduce se ha producido una agresión al ser propietario de dicho bar; que con este planteamiento —a pesar de no habersele nombrado en la información ni hecho referencia alguna a su persona— el actor reclama daños y perjuicios que sólo le corresponderían como tal dueño del bar, no obstante ejercita una acción personal, en el mentado artículo 7 de la Ley Orgánica de 1982, al —continúa el motivo— contemplar los hechos que se consideran una intromisión ilegítima, reitera la referencia íntima de las personas y a su vida privada, a actos privados de expresiones concernientes a la persona; conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional el derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista en el sentido de que el honor es un valor referido a personas individualmente consideradas; que esta consideración del honor como derecho personalísimo y su intimismo ya lo ha puesto de manifiesto nuestro Tribunal Supremo al considerar que las expresiones o manifestaciones que afecten al prestigio profesional no constituyen un ataque al derecho al honor así configurado; que la información cuestionada se refiere al «Bar Iruña», no a su dueño, y los hechos a que se contrae la noticia no son concernientes a la vida privada del actor; que el presunto daño sería comercial o profesional, no personal; que no hay agresión al honor y por tanto no tiene lugar el artículo 7 de la ley específica —se concluye—. *El motivo*, en estos estrictos planteamientos, *ha de admitirse*, porque teniendo en cuenta que la conducta desplegada por los demandados —y que fundamentó la reacción de la demanda por la actora—, se refiere exclusivamente a la publicación de una noticia tal y como quedó transcrita en el FJ 1.º, en la que se escribe que el «Bar Iruña» era utilizado por los activistas como punto de reunión, con la fotografía en donde aparece reflejado dicho establecimiento es llano, pues que, con independencia de cuál sea la exacta decisión en cuanto a la confrontación derecho a la información-derecho al honor, en los términos que se plantea en la litis, esto es, por un lado, la preferencia del primero según el criterio del primer juzgador, y el segundo, según el criterio de la sentencia recurrida, es éste un debate que no cabe dilucidar —pese a su crucial axiología—, por cuanto que el corsé del motivo especialmente remite a la Sala a dirimir si, en efecto, ese posible derecho al honor es predicable, en el caso de autos, por estar afectada o referida la noticia periodística a un establecimiento y no a la persona del actor, por lo que, en consecuencia, la Sala debe, siguiendo esa línea delimitadora del motivo,

ratificar el desarrollo doctrinal del mismo en la idea de que los hechos de autos no afectan a la propia vida privada o intimista del actor, persona física que incluso no aparece mencionada en el citado reportaje; y es bien elocuente al punto que no sólo en el artículo 7.7.º de la LO de 5 de mayo de 1982, precepto en el que se basa la Sala *a quo*, se mencione en exclusiva a la «persona», sino que en todos sus anteriores apartados, 1-6, siempre el destinatario de la intromisión condenable es *nominatum* la persona o personas, lo que confirma que, sin perjuicio de amparar en los casos que proceda también a la persona jurídica —por todas, la reciente STC de 26 de septiembre de 1995—, nunca ello puede atraer la tutela específica de esta Ley sobre un establecimiento, o más bien rótulo mercantil, en todo caso, la entidad afectada sería el establecimiento mercantil, el cual, tal vez, podría defenderse de esa eventual conducta vulneradora de los derechos que le pudieran corresponder a través o al socaire de la erosión producida en su prestigio profesional o enseña comercial, mas —se repite— al no haber estado implicada en los hechos la persona *nominatim* del actor no es posible entender que su honor ha sido vulnerado por esa repetida conducta; y cabe reproducir al punto el núcleo de la doctrina decantada en varias sentencias en donde por parte de los Tribunales se ha subrayado que las expresiones o manifestaciones que afecten al prestigio profesional o a la estima o reputación comercial no deben calificarse como intromisiones al honor, concepto éste que se proyecta con ese personalismo o hasta atribuido a la persona jurídica, pero —se insiste una vez más— nunca a un establecimiento que se designe con su mero rótulo comercial; se decía en Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1991: «... El derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es valor referible a personas individualmente consideradas... Dicho con otros términos, el significado personalista que el derecho al honor tiene en la Constitución no impone que los ataques o lesiones al citado derecho fundamental, para que tenga protección constitucional, hayan de estar necesariamente perfecta y debidamente individualizados *ad personam*, pues, de ser así, ello supondría tanto como excluir radicalmente la protección de honor de la totalidad de las personas jurídicas, incluidas las de sustrato personalista...»; a mayor abundamiento, y en vía de *obiter dicta*, se agrega que el seguimiento de la tesis de la sentencia recurrida podría dar al traste con cualquier tipo de información de actividades más o menos delictivas que afecten al orden público o al interés social en el caso de que fuese preciso para describir los hechos la referencia a lugares topográficos o circunstancias locativas determinantes de la propia dinámica de lo ocurrido, que fuesen o son indispensables para el seguimiento o control de cualquier actividad delictual; por todo ello, y sin necesidad de examinar el segundo motivo que se plantea con carácter subsidiario con la admisión del primero y actuando a tenor del artículo 1.715.3 LEC, procede confirmar lo resuelto por la primera sentencia, aunque por distintas argumentaciones jurídicas, en razón a la circunstancia delimitadora del primer motivo y único que se analiza de tal recurso, y sin que a tenor del artículo 1.715.2.º LEC proceda imposición de costas en ninguna de las instancias al hacer uso el Tribunal que juzga de la salvedad que preceptúan los artículos 523, 710 y 873 de dicha Ley, aplicables en su caso al litigio.

*Comentario.*—Estimo que al hacer referencia al carácter personalísimo del derecho al honor, la misma no implica restringirlo a las personas físicas, pues resulta razonable y está admitido que las personas jurídicas también pueden

tener derecho a que se proteja su honor. Piénsese, sin ir más lejos, en una congregación o asociación religiosa, una fundación, etc. Otra cosa es que no pueda referirse un derecho subjetivo a quien carece de personalidad, como el rótulo de un bar o establecimiento mercantil, y que, aun gozando de personalidad, deba acudir a las normas que amparan la actividad comercial, industrial o profesional, sin pretender extender abusivamente la esfera de protección al honor que, desde luego, debe tener y limitarse a la esfera personal. Aunque sea difícil deslindar en ocasiones ambas esferas (estrictamente personal y patrimonial) por cuanto suelen pedirse indemnizaciones a veces cuantiosas.

*HONOR. ACTIVIDAD MEDICA. (SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 1995.)*

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrate don Teófilo Ortega Torres, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el médico estomatólogo, actor y apelante, contra la sentencia de la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Valencia que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Elche, conforme a los siguientes fundamentos:

El reportaje periodístico que motiva la reclamación relata la intervención realizada por el doctor Lledó Carreres a la paciente doña Francisca Serna a consecuencia de «un raigón en la encía», y se basa en información facilitada por el señor Martín Torres, según el cual sobrevino a su referida esposa una infección que hizo necesario su ingreso en el hospital de la Seguridad Social «La Fe» de Valencia. Pues bien, aun siendo cierto que el texto publicado, en su conjunto, denota alguna imputación al doctor Lledó de una actuación profesionalmente incorrecta, no permite considerarlo intromisión ilegítima en su honor ni presenta carácter difamatorio en atención a que: *a)* No ofrece duda la veracidad del relato del señor Martín Torres, aunque incurra quizá en alguna inexactitud científica y se exprese, como es natural, en términos vulgares, pero sin constituir un ataque global a la actividad profesional del doctor Lledó ni mucho menos una descalificación general del mismo, sino que se narra un suceso lamentable y los padecimientos sufridos por la señora Serna a consecuencia del mismo; *b)* Tiene declarado esta Sala, en Sentencia de 18 de abril de 1995, que es correcta la consideración de la prevalencia, aunque no absoluta, de los derechos a la libre expresión e información sobre el derecho al honor (SS. de 5 de marzo y 18 de mayo de 1994), debiendo ponderarse que el asunto a que se refiere la invocada intromisión tenga relevancia pública e interés general (SS. de 4 de octubre y 2 de diciembre de 1993), no exigiéndose, según ha matizado el Tribunal Constitucional (S. de 12 de noviembre de 1990), que los hechos o expresiones contenidos en la información sean rigurosamente verdaderos, sino que se impone un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de su veracidad, en el sentido de que la información rectamente obtenida y difundida es digna de protección, aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado; y en este caso ha de reconocerse que se trataba de unos hechos —es de notar que el reportaje critica también, aunque con fundamento muy endeble, al Instituto Nacional de la Salud y a la Seguridad Social— de indudable interés público y, por otra parte, la documentación a que se hace referencia en el reportaje y en las sentencias dictadas en ambas instancias es reveladora, en líneas generales, de la veraci-

dad de los acontecimientos relatados; c) Siendo así, ha de decaer el motivo con sólo añadir que la solidez de la argumentación desarrollada en la sentencia de Primera Instancia y el acierto del enjuiciamiento realizado en apelación no se ven afectados porque, entre otras diversas consideraciones, se aluda a que algunos excesos en las manifestaciones de los cónyuges Martín-Serna «sólo son apreciaciones personales sobre una actuación concreta de un profesional desde la óptica de un profano en la materia, encuadrable dentro de la óptica de la buena fe», lo que no significa que esta consideración de la buena fe sea la *ratio decidendi* de lo resuelto, y d) Por último, dado lo expuesto, es irrelevante la circunstancia de haberse publicado el reportaje controvertido en un periódico local, ya que por sí sola no es determinante de que el hecho constituya una intromisión en el honor del demandante, sino que sólo trascendería si se hubiera producido —lo que no sucede— a la valoración del perjuicio eventualmente causado.

**RESPECTO AL HONOR E INTIMIDAD PERSONAL.** (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1996.)

Pretendido por el actor y recurrente se declare que el Comité de Empresa invadió la esfera de su intimidad y atentó a su honor al convocar rueda de prensa en la que se denunciaron anomalías en la provisión de plazas de policías municipales, una de las cuales obtuvo el actor antes de superar todas las pruebas, siendo nombrado funcionario en prácticas, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Luis Albacar López, declara no haber lugar al recurso toda vez que se acreditó la realidad de los hechos que atentaban supuestamente al honor del recurrente.

**PROTECCION AL HONOR. DERECHO DE INFORMACION PERIODISTICA.** (SENTENCIA DE 29 DE FEBRERO DE 1996.)

La crítica está admitida cuando expresa una opinión sobre la gestión pública y no contiene insultos.

Pretendido por el demandante, apelante y recurrente que el artículo publicado en el diario *La Opinión*, de Murcia, era de carácter ofensivo, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jesús Marina Martínez-Pardo, declara no haber lugar al recurso de casación, conforme al siguiente fundamento:

El motivo tercero del recurso, primero de los admitidos a trámite, denuncia la infracción del artículo 77 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Jurisdiccional del Derecho al Honor e Intimidad Personal y la jurisprudencia que lo interpreta.

Tras exponer el tenor literal del artículo, añade que la sentencia recurrida no acierta cuando declara que el texto publicado no ha traspasado los límites de «la esfera de la intimidad personal o del honor del recurrente», pues cita el nombre del actor hasta veintisiete veces y le hace alusiones vejatorias, innecesarias y con marcada enemistad, acusándole de nepotismo y corrupción en el modo de dotación de becas para estudios musicales que se obtienen sin respaldo académico y con apoyo en «amistad o algún otro vínculo».

El motivo no puede prosperar, pues la Sala de Instancia ha hecho un acabado estudio de todo el texto publicado en su conjunto y ha llegado a la razonable conclusión de que no contiene afirmaciones con entidad suficiente para calificarlas de atentadas al honor del actor. El artículo es valorado en su conjunto, del propio modo que lo hizo el demandante en su demanda, en la que no quiso entrar a analizar ningún párrafo en concreto por entender que el artículo merecía una valoración global. Esto es lo que hizo la Audiencia tras recordar que la crítica está admitida cuando expresa una opinión sobre la gestión pública y no contiene insultos o descalificaciones. La crítica forma parte de la libertad de expresión y ésta contribuye a la formación de criterios como propicia nuestro texto constitucional, entre cuyos valores está el pluralismo político. Y a la crítica se sujetan de modo especial las personas que, como el recurrente, participan de las funciones públicas.

Rechazado este motivo, decae también el otro motivo que superó el trámite de admisión en el que, con apoyo en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se denuncia la infracción del artículo 20.4 de la Constitución, según el cual. «Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que los desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

Y decae porque en el caso de autos se ha conjugado perfectamente la libertad de expresión, que efectivamente tiene límites, y el honor del afectado por el texto publicado, que en modo alguno ha sido mancillado por la crítica, irónica, acaso severa, agria, capaz de contrariar seriamente al recurrente, pero no constitutiva de violación de su honor, que queda siempre a salvo.

Así lo pone de manifiesto también el criterio que del afectado tienen las instituciones en que presta sus funciones y los órganos políticos que toman las decisiones a que el artículo se refiere.

No es propio de la casación realizar una valoración de quién es el poseedor del juicio más atinado sobre el recurrente, sino limitarse a comprobar si la Ley se aplicó correctamente a los hechos probados; y como así es en el caso de ambos, procede desestimar el recurso.

F. C. L.

## B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

POF JOSÉ QUESADA SEGURA,  
ISABEL DE LA IGLESIA MONJE  
e ISABEL MORATILLA GALÁN

*LA SOLIDARIDAD IMPUESTA POR EL ARTICULO 1.902 DEL CODIGO CIVIL NO ES IMPROPIA.* (SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1995.)

*Doctrina de la Sentencia.*—La idea básica de la solidaridad radica en facilitar la reparación del daño causado en beneficio de la víctima del ilícito, lo que surge igualmente de la confrontación con el Código Penal, que impone la solidaridad entre los autores. Esta solidaridad del artículo 1.902 CC no es, pues, impropia,

sino que nace del mismo precepto y, consiguientemente, la Audiencia procedió conforme a derecho al declararla, pues la causación es única. No ocurre lo mismo respecto a la solidaridad establecida jurisprudencialmente respecto del artículo 1.591 para cuando no se pueden individualizar los respectivos comportamientos, caso en el que tal responsabilidad sí es impropia.

**CONTRATO DE CONCESION: SU RESOLUCION POR CUALQUIERA DE LAS PARTES DEBE HACERSE DE BUENA FE.** (SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1995.)

*Doctrina de la Sentencia.*—Los contratos de concesión o distribución, por su acusada naturaleza atípica, pueden revestir diferentes formas, aunque tienen una base común, y es la mutua colaboración entre concedente y concesionario para la puesta en el mercado de un producto o servicio de determinada marca o signo comercial. Se presentan unas veces como exclusivos y de duración indefinida, como exclusivos de duración temporal fijada o simplemente como relaciones contractuales por tiempo indefinido, que es el presente.

Tanto en los supuestos de exclusividad como de duración sin limitación temporal, procede la resolución a cargo de cualquiera de las partes, pero no puede operar en forma abusiva ni alejada del ámbito que marca y delimita la buena fe, pues los derechos del concesionario, derivados de la instalación comercial constituida, infraestructuras, clientela, incluso almacenaje y acumulación de mercancías, no pueden ser marginados y, menos, avasallados. Ha de preceder un preaviso necesario y la correspondiente liquidación de las relaciones comerciales que se mantuvieron para efectuar los abonos y compensaciones económicas que sean procedentes.

**LA INDEFENSION NO PUEDE CONFUNDIRSE CON EL POCO ACIERTO DE LAS DECISIONES JUDICIALES.** (SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1995.)

*Doctrina de la Sentencia.*—La prohibición de indefensión no puede confundirse con el mayor o menor acierto de las resoluciones judiciales, pues la Constitución, como ha dicho en innumerables ocasiones el Tribunal Constitucional, no garantiza en el artículo 24.1 dicho acierto.

El órgano judicial tiene el poder de elegir la norma jurídica que crea aplicable al caso, sin estar vinculado a las que aleguen las partes en defensa de sus derechos (*iura novit curia*).

El artículo 24 de la Constitución no consagra un derecho de la parte vencedora a que no sea admitido un recurso si éste está legalmente establecido.

**NUESTRO DERECHO SIGUE ANCLADO EN LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA** (SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1995)

*Doctrina de la Sentencia.*—Cualquiera que sean las presiones socializantes de nuestra Era Moderna y los acercamientos a los módulos de la llamada responsabilidad objetiva, de la cual una de sus manifestaciones (al menos en el mundo empresarial) es la llamada responsabilidad por riesgo, no obstante, hay que reafirmar la tesis jurisprudencial, con profusas sentencias que huelga citar, de que nuestro derecho positivo, básico y fundamental sigue anclado en

la llamada responsabilidad subjetiva del artículo 1.902, si bien se resalta que la responsabilidad declarada margina la doctrinalmente llamada por riesgo en la idea de que cualquier actividad empresarial, sobre todo la subsumida en comportamientos de los que pueda emanar un evidente riesgo para sus usuarios, y en su caso los efectos dañosos derivados de esa actividad, deben ser reparados por la empresa que se aproveche económicamente de tal actividad en aplicación de los adagios *ibi emolumentum ubi onus* o *cuis commoda eius incommoda*; empero, como se dice, cualquiera que sea la presión e influencia de dicha responsabilidad por riesgo y de la «teoría sobre la creación del riesgo», no cabe en nuestro derecho positivo descolgar esa responsabilidad del componente de la voluntariedad.

**EL CONTRATISTA DEBE ADVERTIR LAS CONSECUENCIAS PERJUDICIALES DE DETERMINADAS ORDENES.** (SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 1995.)

*Doctrina de la Sentencia.*—El contratista, como profesional que es en el ramo para el que ha sido contratado, debe indicar las consecuencias perjudiciales que se pueden seguir de determinadas órdenes y direcciones en la ejecución de una obra salvando su responsabilidad siempre que por su profesión pueda conocerlas, porque lo que no puede es escudarse en la simple y socorrida excusa de que hace lo que le mandan, pues de lo contrario sobraría su mención entre los responsables de los daños que enumera el artículo 1.591: siempre estaría en su mano huir de la responsabilidad pretextando las órdenes recibidas de los técnicos.

**PARA RESPONSABILIZAR UNA CONDUCTA HA DE ATENDERSE AL ENTORNO SOCIAL DONDE SE PROYECTA.** (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1995.)

*Doctrina de la Sentencia.*—Si bien el artículo 1.902 descansa en un principio básico culpabilista, no es permitido desconocer que la diligencia requerida comprende no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino además todos los que la prudencia imponga para prevenir el evento dañoso, con inversión de la carga de la prueba y presunción de conducta culposa en el agente, así como la aplicación, dentro de unas prudentes pautas, de la responsabilidad basada en el riesgo, aunque sin erigirla en fundamento único de la obligación de resarcir, todo lo cual permite entender que para responsabilizar una conducta no sólo ha de atenderse a esa diligencia exigible según las circunstancias personales de tiempo y lugar, sino además al sector del tráfico o entorno físico y social donde se proyecta la conducta para determinar si el agente obró con el cuidado, atención y perseverancia apropiados y con la reflexión necesaria para evitar el perjuicio.

**HAN DE CUMPLIRSE LAS SENTENCIAS FIRMES AUNQUE CONTENGAN EQUIVOCACIONES.** (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1995 )

*Doctrina de la Sentencia*—El Tribunal Constitucional en numerosas sentencias ha reconocido el derecho a la ejecución de las sentencias judiciales en sus propios términos. Este ineludible mandato de ejecutar y cumplir las sen-

tencias firmes incluye y comprende también a aquellas sentencias que contengan disposiciones manifiestamente erróneas, ya que la rectificación o revocación de estas disposiciones se tiene que llevar a cabo por el cauce de la interposición de los pertinentes recursos que contra tales sentencias se puedan entablar, de tal forma que si la parte perjudicada por esas decisiones las acepta y acata, aquietándose a ellas al no formular recurso alguno contra la sentencia y ésta adquiere firmeza legal, no puede luego dicha parte pretender que en la ejecución de esa sentencia se rectifiquen los errores o disposiciones contrarias a la Ley que se ha aludido, de lo que se deduce y desprende que las sentencias firmes, equivocadas o desacertadas, tienen que ser cumplidas conforme a lo que en ellas se dice, respetando totalmente sus mandatos aunque no se ajusten a lo que la Ley dispone, sin que en su ejecución se pueda efectuar ninguna rectificación de los mismos.

**CONTRATO DE CONCESION EN EXCLUSIVA: DENUNCIA UNILATERAL.**  
(SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1996.)

*Doctrina de la Sentencia.*—Tanto las legislaciones extranjeras como las disposiciones vigentes en nuestro país que tratan de los contratos de concesión en exclusiva adoptan medidas para evitar la prolongación *sine die* de los pactos de exclusión estipulados por tiempo indefinido, bien concediendo a ambos contratantes la facultad de desistimiento unilateral, como sucede con el artículo 1 569 del Código Civil italiano, ya señalando un plazo máximo de duración para los mismos. La jurisprudencia de esta Sala proclamó en sus Sentencias de 18 de marzo y 28 de mayo de 1966 la necesidad de que dichos pactos no fueran ilimitados en el tiempo ni en el espacio, lo que da lugar a que la denuncia unilateral del contrato no implique abuso en el ejercicio del derecho por no darse éste cuando la persona a quien se atribuye no traspase los límites de la equidad y la buena fe. Si no se pacta la fecha en que el contrato debe dejar de producir sus efectos no puede exigirse indemnización, pues podrá darse por concluido en la fecha que convenga al interés de las partes. La revocabilidad de los contratos de concesión en exclusión establecidos sin límite temporal por la sola voluntad de uno de los contratantes debe entenderse sin perjuicio de las consecuencias de todo orden, singularmente indemnizatorias, que podrán acompañar a la actuación de la parte que decidiera abusivamente la resolución del vínculo.

**RESOLUCION DE COMPRAVENTA DE INMUEBLES: EL ARTICULO 1.504 EXCEPCIONA AL 1.124.** (SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1996.)

*Doctrina de la Sentencia.*—El artículo 1.124 como precepto genérico se refiere a todo tipo de contratos bilaterales cuando se incumple por alguno de los obligados lo que les incumbe, en cuyo caso, automáticamente, el perjudicado podrá instar la resolución, aunque ese remedio no esté previsto en el contrato, porque se trata de una facultad resolutoria implícita en las obligaciones recíprocas.

El artículo 1.504, como norma específica, sólo juega en la venta de inmuebles y sólo ante la clase de incumplimiento por impago del precio —total o parcial—, norma que viene a aplicar en tema de inmuebles la anterior gené-

rica del artículo 1.124 al que de alguna manera excepciona, pues son sus consecuencias: 1) Que incluso aunque así se haya pactado, por lo que evidentemente en mejor modo si no se ha pactado nada, el comprador podrá pagar aun después de expirado el término, interim no haya sido requerido, de donde se desprende que ante la redacción dada a esta norma es más benévola en principio que la del artículo 1.124, pues autoriza a pagar después de vencido el término aunque concurra el pacto comisorio; pero una vez practicado el requerimiento resulta de mayor severidad que el citado 1.124 y determina la resolución, sin admitir aquella apreciación de causas justificadas de incumplimiento y prohibiendo de forma expresa y absoluta la concesión de un nuevo término para cumplir la obligación.

2) Que siempre, se haya o no pactado, esa posibilidad de pago tardío persiste en tanto en cuanto no se haya requerido en forma —judicial o notarialmente— a dicho comprador.

3) Que de consiguiente, ese requerimiento y la eventualidad resolutoria en materia de venta de inmuebles no precisan que previamente así lo hayan acogido las partes, pues opera *ope legis*.

4) Como presupuesto común, por el juego de esta facultad resolutoria no se precisa esa intencionalidad dolosa o maliciosa en esa voluntad en torno al cumplimiento, sino que es suficiente que se haya constatado con evidencia la falta de cumplimiento por parte del comprador y con cuya falta de cumplimiento se haya frustrado el fin específico perseguido por las partes al contratar.

#### LA HIPOTECA CARECE DE FACULTADES TRANSMISIVAS. (SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1996.)

*Hechos.*—Por la sociedad «Asesoramientos y Servicios, S.A.L.», se adquirió un local comercial que estaba arrendado. El arrendatario ejerció el derecho de retracto y accedió a la propiedad del local. Posteriormente lo hipotecó a una entidad bancaria. La sociedad «Asesoramientos y Servicios, S.A.L.», demanda la nulidad del ejercicio del derecho de retracto basándose en que la LAU prohíbe la enajenación de los pisos adquiridos en ejercicio de este derecho por un plazo de dos años. Se desestimó la demanda.

*Doctrina de la Sentencia.*—El objeto de debate queda reducido a la valoración que habrá de darse a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de septiembre de 1967, la cual, refiriéndose concretamente al préstamo hipotecario, lo considera como transmisivo al declarar «que la LAU regula el retracto arrendaticio de fincas urbanas como un beneficio legal establecido en favor del inquilino a fin de facilitarle el acceso a la propiedad que le resuelva el problema de la vivienda y evite el conflicto que podría surgir al pasar el dominio del inmueble arrendado a una tercera persona; pero a fin de impedir que al amparo de este beneficio pudieran realizarse negocios de especulación, el artículo 51 de la Ley citada prohíbe la enajenación de los pisos adquiridos por el ejercicio de aquel derecho durante un plazo de dos años, pues de otra manera se quebrantaría la finalidad social perseguida; además, establece que dado que la hipoteca como derecho real de realización de un valor lleva implícita una transmisión *inter vivos* en el caso de incumplimiento de sus obligaciones por el deudor, hay que entender, en principio, que tal acto se encuentra comprendido dentro de la limitación del *ius disponendi* que establece el artículo 51».

Habría que dilucidar cuál es la autoridad que se ha de dar a las resoluciones de la citada Dirección General, y en este sentido las Sentencias de 22 de abril de 1987 y 15 de marzo de 1991 establecieron que si bien la doctrina de las mismas no es propiamente jurisprudencial dado el carácter administrativo del centro que resuelve, sin embargo es usual concederlas una reconocida autoridad.

Haciendo abstracción de que la Resolución viene a incurrir en una cierta contradicción en sus propios términos, pues la tesis que propugna —la constitución de una hipoteca por un retrayente equivaldría a la transmisión *inter vivos* del inmueble adquirido— no resulta conciliable con la excepción que admite al respecto —convenio en no ejercitarse la acción hipotecaria hasta que pudiera enajenarse libremente el inmueble adquirido—, es lo cierto que el valor que pueda concederse a las resoluciones de tal naturaleza es el reconocimiento de una valiosa autoridad, pero carentes desde luego de fuerza vinculante para Juzgados y Tribunales y de eficacia para completar la dicción de un precepto legal o de suplir la laguna que pudiera ofrecer.

La hipoteca no está conceptuada en nuestro Código Civil como un modo de adquirir la propiedad, artículo 609 CC, y por definición carece de facultades transmisivas a este respecto, al menos de presente, al ser un derecho real de garantía y de realización de valor que recae sobre bienes inmuebles y que asegura el cumplimiento forzoso de un crédito mediante la concesión a su titular de la facultad de llevar a cabo, en su caso y momento oportuno, la realización del valor de aquéllos, enajenándoles y percibiendo su precio a través del procedimiento legalmente establecido; y buena prueba de ello es la prohibición del pacto comisorio que establece el artículo 1.859 CC, así como las disposiciones restrictivas contenidas en los números 7 y 8 del artículo 107 de la Ley Hipotecaria. Las consideraciones que anteceden no requieren de mayores razonamientos, en punto a concluir que el Tribunal *a quo* no infringió el artículo 51 de la LAU, lo cual hubiera acontecido a lo sumo si la hipoteca se hubiera realizado dentro del plazo de los dos años.

**LA PRESUNCION DE RESPONSABILIDAD DEL ARTICULO 1.563 DEL CODIGO CIVIL COMPRENDE LOS INCENDIOS.** (SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1996.)

*Doctrina de la Sentencia.*—El artículo 1.563 CC, si bien no contempla los casos concretos de incendio, viene a establecer una presunción *iuris tantum*, más que de culpa propiamente, de responsabilidades contra el arrendatario para los casos de pérdida o deterioro, lo que en términos interpretativos, por su sentido negativo de integrar todo aquello que represente daño, menoscabo, detrimento o desperfecto de las cosas, comprende indudablemente los incendios, y no conculca el principio constitucional de presunción de inocencia.

La responsabilidad se impone de principio, conforme a doctrina reiterada de esta Sala (SS. de 10 de marzo de 1971 y 9 de noviembre de 1993, entre otras) y opera de forma tan contundente y a veces con excesivo rigor, tratándose de siniestros por causas desconocidas e incluso fortuitas, con lo que a la recurrente, para quedar liberada de toda responsabilidad, debió probar, lo que no llevó a cabo en forma decidida y menos convincente, que en el incendio de referencia no hubo por su parte culpa ni negligencia alguna o al menos que se habían tomado las medidas de cuidado, vigilancia o previsión necesarias.

**BUENA FE: ACTOS CONTRARIOS A ELLA.** (SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1996 )

*Doctrina de la Sentencia.*—Se falta a la buena fe cuando se va contra la resultancia de los actos propios, se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionadamente de su dudosa significación o se crea una apariencia jurídica para contradecirla después en perjuicio de quien puso su confianza en ella; señalando también la doctrina científica moderna más autorizada que actúa contra la buena fe el que ejercita un derecho en contradicción con su anterior conducta en la que hizo confiar a otros —prohibición de ir contra los actos propios—, y especialmente infringe el mismo principio el que ejercita su derecho tan tardíamente que la otra parte pudo efectivamente pensar que no iba a actuarlo —retraso desleal—, vulnerando tanto la contradicción con los actos propios como el retraso desleal las normas éticas que deben informar el ejercicio de un derecho, las que, lejos de carecer de trascendencia, determinan el que el ejercicio del derecho se torne inadmisibles, con la consiguiente posibilidad de impugnarlo por antijurídico.

**CONTRATO DE CORRETAJE. MODALIDADES** (SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 1996.)

*Doctrina de la Sentencia.*—El corretaje o comisión, no regulado expresamente en leyes civiles, si bien con sustantividad propia, innominado *facio ut des*, a quien alcanza la regulación de las obligaciones y contratos del Código Civil, y de manera subsidiaria la regulación del contrato de mandato de los artículos 1.709 a 1.739 del Código Civil, como con acierto se recoge en la sentencia impugnada, la cual aplica la figura del llamado en la jurisprudencia «corredor civil», que actúa sólo por una parte, con la cual únicamente tiene relaciones contractuales y en la que el corredor puede obligarse a indicar la ocasión para contratar con el dueño de la obra a emprender, sin ningún otro tipo de compromiso, o bien sus obligaciones pueden ir más allá si el contrato o comisión pactado se halla sometido a la condición suspensiva de la celebración del contrato pretendido y además aquel contrato tenga lugar como consecuencia de la actuación del corredor, supeditándose además a que las retribuciones del corredor sólo se devenguen en el caso de que el negocio final se realice por su intervención, fijando un plazo marcado para aquel negocio. La obligatoriedad de ambas modalidades de corretaje vincula a las partes en el contrato cualquiera sea la forma en que se haya celebrado.

**INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO: REQUISITOS.** (SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1996.)

*Doctrina de la Sentencia.*—Para la doctrina jurisprudencial (SS. de 12 de mayo de 1988, 3 de octubre y 20 de diciembre de 1989, y 2 y 16 de junio de 1992) el incumplimiento se asocia a que se frustre el fin del contrato para la contraparte; que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea precisa una tenaz y persistente resistencia al cumplimiento; que concurra un impago prolongado, duradero e injustificado, y que queden frustrados el fin económico-jurídico que implica el negocio de compraventa y las legítimas aspiraciones del

vendedor. En la corriente jurisprudencial expuesta puede incluirse la Sentencia de 25 de enero de 1991, pero, sin embargo, no es posible proyectar sobre el caso de autos la remisión que dicha sentencia hace a la equidad para neutralizar la resolución contractual porque la equidad, acogida en el artículo 3.2 del Código Civil, requiere de una ponderación sumamente prudente y restrictiva.

**NO INCURRE EN RESPONSABILIDAD EL REGISTRADOR QUE INMATRICULA UNA FINCA POR EL TRANCURSO DEL AÑO AL AMPARO DEL ARTICULO 298.1.º DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO. (SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1996.)**

*Hechos.*—Se ejercita acción de responsabilidad civil contra un Registrador que inmatriculó una finca rústica, descrita en una escrita pública que resultó ser falsa. Se desestima la demanda, pues el Registrador actuó correctamente aplicando el artículo 298 1.º del Reglamento Hipotecario

*Doctrina de la Sentencia.*—La parte recurrente arguye la violación por el Registrador del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, pues —según su parecer— aquel nunca debió haber procedido a la inmatriculación ante las discrepancias que existen entre el referido precepto y el correspondiente del Reglamento que lo desarrolla, más laxo y por ello contrario a la Ley, cuyo texto más estricto prevalece y por respeto al principio de jerarquía normativa que reconoce la vigente Constitución.

Es cierto, en efecto, que la redacción del Reglamento (art. 298) parece que amplía el marco de los documentos que pueden inscribirse sin requisitos condicionantes respecto de lo que dispone el artículo 205 de la Ley Hipotecaria. El doble texto ha sugerido distintas interpretaciones doctrinales. Mas no es dudoso, en principio, que el Registrador se encuentra compelido por lo dispuesto en el Reglamento, hasta el punto de que cuando una cuestión semejante se planteó ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resolución de 24 de mayo de 1983) aquella se resolvió en favor de la dicción reglamentaria; con la finalidad de facilitar el acceso de la propiedad inmueble al Registro, la reforma del Reglamento Hipotecario de 1959 —al desarrollar el art. 205 de la Ley Hipotecaria— estableció una serie de variados medios inmatriculados en el artículo 298 del Reglamento, entre los que destaca el señalado en su número 1, que permite practicar la inscripción de la finca siempre que el título público sea anterior en más de un año a la fecha en que se solicite la inscripción, aunque el derecho respectivo no conste en ningún otro documento. Por supuesto que cabe discrepar de la Resolución y que incluso puede sostenerse que sea más acertado el criterio restrictivo que acumula más garantías, pero estas diferencias, que ofrecen materia de reflexión al legislador o que pueden suscitar un litigio acerca de la norma prevalente, en ningún caso, precisamente por tratarse de una *vexata questio*, motivan negligencia o falta de previsión o imprudencia; en definitiva, no hay culpa del Registrador por la aplicación del precepto reglamentario.

El error en la percepción de la falsedad del documento presentado no se imputa al Registrador a título de culpa o imprevisión en atención a la probada verosimilitud de su apariencia.

*Comentario.*—El Tribunal Supremo declara la ausencia de responsabilidad de un Registrador por aplicar un precepto reglamentario, sin entrar a fondo

en la cuestión, meramente enunciada, de la posible ilegalidad del artículo 298 del Reglamento Hipotecario por contravenir lo dispuesto en el artículo 205 de la Ley; ciertamente, este artículo exige la existencia de una doble transmisión y no simplemente el transcurso del año que dice el apartado 1 del artículo 298 RH. Pero en defensa del más amplio criterio reglamentario frente al restrictivo de la Ley, hay que considerar, por una parte, que una de las finalidades de la reforma reglamentaria de 1959 fue facilitar el acceso al Registro de la Propiedad Inmueble, único medio para que la institución registral pudiera cumplir íntegramente su objetivo de garantizar la seguridad jurídica y favorecer el crédito territorial Y, por otra, que como explica José Manuel García García, el artículo 460.4.º CC establece que una de las causas de la pérdida de la posesión es la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiera durado más de un año. Como la escritura pública implica tradición instrumental, tendríamos justo título y posesión, lo que parece adecuado para proceder prudentemente a la inmatriculación de la finca.

J. Q. S.

**ES VALIDA LA TRADICION INSTRUMENTAL DE FINCAS INSCRITAS SIN SER POSEEDOR EL «TRADENS», SIENDO LEGITIMA LA VENTA REALIZADA A MEDIO DE ESCRITURA PUBLICA. (SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 1996.)**

Tratándose de bienes inmuebles se autoriza la tradición instrumental que opera siempre que se den los siguientes supuestos: *a)* que la compraventa se hubiera celebrado a medio de escritura pública, con todos los requisitos formales para su validez; *b)* que de dicha escritura no resulte o se deduzca claramente lo contrario, es decir, que no concurra discordancia constatada y suficientemente acreditada con la realidad jurídica, y *c)* que los vendedores estén en la posesión del bien enajenado tanto en forma inmediata como mediata, exigiéndose cumplida prueba en cuanto a la disposición en su consideración de *tradens*.

Así pues, ante la presencia de un tercero que se atribuye la titularidad dominical, declara que ello aboca a la posibilidad de tener que admitir prueba en contrario para combatir la discordancia planteada, y la practicada en este proceso ha sido ineficaz, por lo que con toda evidencia la transmisión del dominio se operó en la fecha de otorgamiento de la escritura de compraventa.

**NO ES LO MISMO LA FALTA DE LEGITIMACION PASIVA QUE LA CAREN-  
CIA DE CAPACIDAD PARA SER PARTE O LA DEFICIENTE CAPACIDAD  
PROCESAL. (SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 1996)**

En cuanto a la primera, su vinculación con el tema de fondo es tan estrecha que en la mayoría de las ocasiones no permite tratamiento preliminar, por donde la condena presupone implícitamente la legitimación y, en este sentido, no cabe hablar de incongruencia. Pero si el problema reside en la personalidad, el tratamiento previo resulta obligado y forma parte del contenido de la comparecencia obligatoria del juicio de menor cuantía.

*NO CABE LA EXCEPCION DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO Y LA NECESIDAD DE TENER EN CUENTA AL VENDEDOR DEL LOCAL, AUNQUE ESTE HUBIERA SIDO UNA APORTACION A UNA SOCIEDAD.* (SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 1997.)

En la liquidación de una sociedad irregular de evidente carácter mercantil es importante la consideración de la propiedad del establecimiento donde se efectuaba la actividad negocial. Lo cual no atañe a la validez del contrato de compraventa por el que se adquirió el citado local, como entendió la sentencia de primera instancia, la cual juzgó que la pretensión sobre la propiedad implicaba la nulidad del contrato, de donde deducía la necesidad de haber traído al proceso al vendedor.

*EN EL LUCRO CESANTE ES PRECISA LA PRACTICA DE PRUEBA SUFICIENTE RESPECTO A LA RELACION DE CAUSALIDAD ENTRE EL EVENTO Y LAS CONSECUENCIAS NEGATIVAS DERIVADAS DEL MISMO CON RELACION A LA PERDIDA DE PROVECHO ECONOMICO.* (SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1996.)

La jurisprudencia civil se muestra restrictiva en cuanto a la reclamación del lucro cesante, pues excluye del ámbito de ganancias las futuras, que son simples expectativas pero no consolidadas por presentarse dudosas al responder a supuestos carentes de realidad y de resultado inseguro por estar desprovistos de constatada certidumbre. Las ganancias que pueden reclamarse son aquellas en las que concurren verosimilitud suficiente para poder ser reputadas como muy probables en la mayor aproximación a su certeza efectiva.

El lucro cesante es un concepto indemnizable, pero no resulta de aplicación por el resultado negativo del proceso valorativo de los supuestos que lo podían generar.

*EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR CULPA REQUIERE PARA SU APLICACION LA NECESIDAD DE UN REPROCHE CULPABILISTICO AL EVENTUAL RESPONSABLE DEL RESULTADO DAÑOSO.* (SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1996 )

Los riesgos en general normales no suponen por sí mismos causa de responsabilidad conforme al artículo 1.902, que siempre exige un reproche culpabilístico que pueda imputarse al que los genera, reproche que no se da cuando de las pruebas practicadas se infiere que intervienen factores que descartan que ocurriera un accidente en el sentido estricto del término.

*EN LA REPARACION DEL DAÑO PUEDE APLICARSE LA SOLIDARIDAD CUANDO NO PUEDA ATRIBUIRSE CUOTAS CONCRETAS O GRADUACION DE LA CONCURRENCIA DE LA CONDUCTA A LA CAUSACION DEL RESULTADO.* (SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 1997.)

Puede declararse la solidaridad de la obligación de reparar el daño cuando no existan datos suficientes para atribuir cuotas concretas y la condena soli-

daria está admitida por reiterada, constante y conocida jurisprudencia; además no priva a los condenados de eventuales acciones posteriores a ventilar entre los sujetos a quienes no vincule la cosa juzgada.

*NO ES SUFICIENTE QUE EXISTA UN CONTRATO ENTRE LAS PARTES PARA QUE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL OPERE EN FUNCION EXCLUYENTE DE LA AQUILINA. (SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1996.)*

Aparecen diferenciados en nuestro derecho perfectamente los regímenes de las responsabilidades contractual y extracontractual, concretándose sus diferencias principalmente en su distinto origen, presuponiendo en la primera una relación anterior, que ordinariamente es un contrato, pero que puede ser cualquier otra relación jurídica que conceda un medio de resarcimiento, mientras que en la extracontractual solamente presupone un daño, con independencia de cualquier relación jurídica preexistente entre las partes, fuera del deber genérico común del *alterum non laedere*. Esta diferencia no impide que existan puntos de coincidencias basados en el principio general de que quien causa un daño lo debe indemnizar, lo mismo si se produce por incumplimiento de una obligación preestablecida que cuando proviene de una culpa no referida a un vínculo antecedente.

Para que exista dicha exclusión es necesario que la realización del hecho dañoso se produzca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado, pues si se trata de una negligencia extraña a lo que constituye propiamente la materia del contrato esta negligencia desplegará sus efectos propios independientemente, es decir, que puede darse la concurrencia de ambas clases de responsabilidades en una yuxtaposición que sólo desaparece cuando se dan puramente los requisitos definidores de una u otra responsabilidad, pudiendo incluso afirmarse que en cualquier caso y como fondo subsiste la culpa extracontractual completando a la contractual en cuanto integra todos los elementos conducentes al pleno resarcimiento, sin otros límites que dejar indemne el patrimonio perjudicado.

*PARA APLICAR LA DOCTRINA DE CREACION DE RIESGOS DEBE DEMOSTRARSE QUIEN LO PRODUJO (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 1996.)*

No cabe acudir a la doctrina de la creación de riesgos pues teóricamente ambos vehículos circulantes creaban riesgo, y no se puede invertir la carga de la prueba puesto que en casos como el presente incumbe al actor demostrar lo que afirma para obtener el triunfo de su pretensión, esto es, que se hallaba reparando la moto en el arcén y en sitio visible para el conductor del automóvil, y destruir la impresión de que el motorista aparece como creador de la situación que provocó el siniestro.

*COMPETENCIA TERRITORIAL. (SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 1996.)*

En el contrato de arrendamiento de obra la competencia territorial viene determinada por la del lugar de cumplimiento de la obligación, de ahí que el pago de las obras y suministros efectuados por cuenta ajena debe reclamarse y hacerse efectivo en el lugar en que aquéllas y éstos se lleven a cabo

*HAY SOLIDARIDAD IMPROPIA CUANDO NO HAY DETERMINACION DE CUOTAS DE RESPONSABILIDAD. (SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 1996)*

Existe una culpabilidad compartida, y por consiguiente una pluralidad de sujetos pasivos, sin posible determinación de sus respectivas cuotas de responsabilidad, la cual origina una solidaridad impropia de todos ellos, lo cual elimina cualquier pretensión de litisconsorcio pasivo en el marco de la culpa extracontractual.

I. I. M.

*LA RESPONSABILIDAD DE LOS DEMANDADOS FRENTE AL ACTOR. NO SE ESTIMA SIMULACION DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO. (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1995.)*

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Vitoria en Sentencia de 23 de mayo de 1990 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Bilbao (Sección 2.ª) en Sentencia de 8 de enero de 1992 desestima el recurso de apelación.

En la presente litis hemos de diferenciar, por un lado: a) El recurso planteado por la entidad, y por otro: b) El recurso planteado por los demandados.

a) Se declara que procede en parte el recurso de casación planteado por la entidad «Mugarri Mobiliario, S.L.», en base a que en el presente caso y por doctrina jurisprudencial reiterada se proclama que las sentencias que se pronuncian desestimando determinadas cuestiones no precisan de declaraciones particularizadas en su parte resolutive, ya que todo lo que no se incluya expresamente en la misma hay que entenderlo rechazado, con la consiguiente absolución de las partes demandadas. También se declara que no se ocasiona incongruencia *intra petita* cuando los intereses legales procesales del artículo 921, apartado 4, de la Ley de Enjuiciamiento Civil son silenciados por la sentencia, ya que su abono surge no de sentencia declarativa, sino más bien en forma automática *ope legis* desde que se concreta en la decisión la cuantía líquida debitada para conformar fallo condenatorio de su obligado pago, debiendo entenderse como fecha de devengo de los intereses la correspondiente a la de sentencia de apelación en cuanto hace cierta la cantidad indemnizatoria que otorga.

En nuestro caso se casa la sentencia recurrida por la necesidad de cumplimentar el fallo condenatorio con la integración del abono de los intereses de referencia y fijación de la fecha de su devengo en relación a la suma concretada en la segunda instancia y hasta su cumplido pago, conforme ha tenido ocasión de declarar la Sala. Es más, y según se estudia por el Alto Tribunal, se determina que el artículo 1.218 del Código Civil no impide la concurrencia de otros elementos probatorios tanto para acreditar la realidad de unos hechos como su inexistencia.

b) No se estima excepción de litisconsorcio pasivo necesario, pues basándose la reclamación planteada en culpa extracontractual se ha de decir que no procede apreciar situación litisconsorcial pasiva en estos supuestos de responsabilidad extracontractual por razón de la solidaridad que se produce entre las personas a que se les reclama directamente el pleito como respecto a las que pudieran resultar obligadas, con la consecuencia de que si la acción, si bien se puede dirigir contra cualesquiera de los implicados por ser los interesados copartícipes en el artículo 1.145 del Código Civil, la solidaridad impide la apreciación de litisconsorcio pasivo necesario al constituir regla y norma.

La denuncia al artículo 1.902 del Código Civil, es decir, la inexistencia de nexo casual necesario entre el hecho y los daños ocasionados que se presentan como realidad material acreditada para atribuir responsabilidad a los recurrentes se desestima. Y la denuncia al artículo 1.253 del mismo texto legal tampoco procede.

**RECLAMACION EXTRAJUDICIAL INTERRUPTIVA DE LA PRESCRIPCION DE LA ACCION EJERCITADA. ARTICULOS 944 DEL CODIGO DE COMERCIO Y 1.973 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 1995.)**

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Ponferrada en Sentencia de 10 de julio de 1990 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3.ª) en Sentencia de 14 de marzo de 1992 revoca la citada.

El recurso de casación no triunfa.

Se establece en la presente litis un criterio favorable a un régimen jurídico unitario de la interrupción de la prescripción de las acciones en materia civil y mercantil por las razones que a continuación se pasan a enumerar: 1) La reclamación extrajudicial fue introducida *ex novo* por el Código Civil como medio de entender las posibilidades del acreditamiento del *animus conservandi* de las acciones frente a una formalización excesiva que permitiera considerar abandonadas las acciones, cuando constaba por otras vías una voluntad contraria a tal *derelictio* de los derechos. 2) Cronológicamente, la posterior fecha de promulgación del Código Civil respecto del Código de Comercio abona la solución de integración que se propone al considerar incorporado tal medio interpretativo de la prescripción al Código Civil 944 del Código de Comercio 3) El principio conforme al cual debe entenderse que la Ley General no deroga a la Ley Especial no es aplicable a este supuesto, ya que no hay ninguna razón que justifique la pretendida «especialidad» frente al Derecho común de las obligaciones y contratos mercantiles, sino más bien argumentos en contra derivados del criterio antiformalista que para los contratos de comercio reconoce el artículo 50, de la importancia del principio de buena fe en la ejecución y cumplimiento de estos contratos que recoge el artículo 57 y del principio de favor al deudor en cuanto a las deudas que se originasen señala el artículo 59; todos del Códigos de Comercio 4) Las discriminaciones en la aplicación de las normas que no resultan fundadas, como sucedería en este caso si, pese a lo dicho, se mantuvieran dos raseros en orden a la interrupción de la prescripción, lo que supondría infracción del principio de igualdad ante la Ley reconocido por el artículo 14 de la Constitución española.

En el caso que nos ocupa se plantea la elección entre la prevalencia del artículo 944 del Código de Comercio, aplicable según la naturaleza mercantil del contrato del transporte, del que nace el débito, que no contempla específicamente la reclamación extrajudicial como causa de interrupción de la prescripción, y el artículo 1.973 del Código Civil, en la medida en que, frente a las causas de interrupción de la prescripción que este último precepto contiene: acción ante los Tribunales, reclamación extrajudicial y reconocimiento, el artículo 944 del Código de Comercio sólo menciona la interpelación judicial, el reconocimiento y la renovación del documento contractual, excluyendo, parece que deliberadamente, y en esto consistiría la especialidad la reclamación extrajudicial como causa de interrupción de la prescripción.

Hemos de decir y en base a lo mencionado anteriormente que nuestro ordenamiento permite en el tráfico civil o mercantil *la interrupción de la prescripción por efecto de la reclamación extrajudicial*, con lo que se considera ajustada a Derecho la posición de la Sala. Se citan a este respecto una serie de Sentencias del Tribunal Supremo, como la de 17 de noviembre de 1961 que resuelve un problema probatorio de presunciones; la de 31 de enero de 1983, que remarca la reiterada doctrina sobre la prescripción ya que, como limitación al ejercicio tardío de los derechos, en beneficio de la seguridad jurídica excluye una aplicación rigorista por ser una institución que por no hallarse fundada en la justicia intrínseca debe merecer un tratamiento puramente restrictivo, y ello aun en materia mercantil, y la de 14 de julio de 1987 tampoco acoge la prescripción.

El punto de vista jurídico que se adopta en el tema que se examina se sustenta en nuevos argumentos interpretativos no revelados hasta ahora; esto se dice porque la pauta seguida por el legislador mercantil en la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, que tras establecer los plazos de prescripción de las acciones cambiarias (art 89) aclara que «serán causas de interrupción de la prescripción las establecidas en el artículo 1.973 del Código Civil», lo que supone una decidida apuesta en favor de la estimación unitaria de aquélla. Esta solución extendida a todo el ámbito mercantil resulta imprescindible dada la incidencia de la regulación de la letra de cambio en todo el ámbito comercial como instrumento del pago del precio o de los servicios prestados por consecuencia de los contratos mercantiles; esta situación contribuye a *afianzar la tesis unitaria de la interrupción*.

**LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO. DISPOSICION DE ACCIONES, DIVIDENDOS Y AMPLIACIONES DEJADAS DE PERCIBIR. EL VALOR DE LOS DERECHOS DE SUSCRIPCION PREFERENTE. ERROR EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA.** (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1995.)

El Juzgado de Primera Instancia número 44 de Madrid en Sentencia de 12 de diciembre de 1990 estima la existencia de un defecto de litisconsorcio pasivo y declara la absolución en la instancia. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19) en Sentencia de 24 de febrero de 1992 estima el recurso de apelación y desestima la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario.

El recurso de casación no prospera.

La figura que en nuestro caso se analiza del litisconsorcio pasivo necesario se define como la exigencia de traer al proceso a todos los interesados en la relación jurídica litigiosa con el fin de evitar, por un lado, que puedan resultar afectados por la resolución judicial quienes no fueron oídos y vencidos en el juicio, y de impedir, por otro, la posibilidad de sentencias contradictorias, así como que no son litisconsortes necesarios aquellos que se vean afectados por la sentencia que se dicte de modo indirecto, reflejo o perjudicial, exigiéndose, por el contrario, la unidad de relación material y el carácter unitario e indivisible del objeto del proceso.

La cuestión que básicamente se plantea en este proceso es que el demandado aduce que recibió el demandante órdenes verbales de compra..., acciones que efectivamente realizó y cuyo precio no le fue satisfecho por el demandante, y ante ello y después de requerirle de pago y dado que el saldo a favor del demandado a cantidad elevada, procedió por intervención de la Junta Sindical a

la venta de todas las acciones del demandante que tenía en su poder, mientras que el demandante niega haber dado orden alguna al demandado para la compra de las acciones que motiva el saldo antes referido, en punto a todo lo cual la Audiencia, con acierto, precisa que incumbía al demandado probar que recibió las órdenes de compra del demandante, y concluye, previo un detenido examen material probatorio y obrante en autos, que tal hecho no se ha probado, lo que en nada afecta a la fe pública mercantil, que, obviamente, no puede entenderse a que el Agente dé por demostrado que él mismo ha recibido determinadas órdenes de su cliente, ello con independencia de que las operaciones llegaran efectivamente a realizarse, porque visto lo dicho el contenido de los artículos 58, 93, 95 y 101 del Código Civil queda patente,

A lo largo del proceso se pide que se demuestre la realidad de la orden de compra que se discute. La Sentencia, y con referencia a los artículos 103 del Código Civil y 169 del Reglamento de las Bolsas de Comercio, declara «que se permite la enajenación o compra por la Junta Sindical cuando surja discordia en orden a operaciones concretas, y no que en cualquier caso se permita la enajenación de las acciones que el Agente tuviere en su poder derivadas de operaciones sometidas a discordia», por lo que el motivo queda privado de cualquier lógico fundamento y ha de rechazarse; pero es que además subsiste la falta de prueba de las órdenes de compra en discusión; y en cuanto a la interpretación del artículo 169 del Reglamento citado, se trató de reclamaciones del Agente de Cambio y Bolsa contra su comitente por cualquier operación de las previstas en el Reglamento, y es este el supuesto en que «la Junta Sindical comprará o venderá los valores o efectos a que la operación alude», pero no otros como es nuestro caso. La Audiencia, por otro lado, entiende que sólo es posible la actuación de las Juntas cuando las operaciones no estén sometidas a discordias.

Se aprecia asimismo una base fáctica suficiente para hacer aplicación de los artículos 1.101, 1.106 y 1.107 del Código Civil, ajustándose en cuanto a la existencia de dolo a la doctrina jurisprudencia declarativa de que a tal efecto basta con la conciencia de que con un hecho probado propio se realiza un acto antijurídico haciendo lo que no debe hacerse.

#### *CULPA EXTRACONTRACTUAL O AQUILIANA. (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1995.)*

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Reinosa en Sentencia de 30 de mayo de 1990 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Santander (Sección 3.ª) en Sentencia de 17 de marzo de 1992 desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación no triunfa.

*Hechos.*—La demandante y en beneficio de la comunidad hereditaria ejercita acción por culpa extracontractual en reclamación de daños y perjuicios por la muerte de su esposo a consecuencia de una explosión acaecida en el horno donde desarrollaba éste su trabajo como Maestro.

*Doctrina de la Sentencia* —Es demostrado a lo largo de la demanda que la empresa demandada no tenía adoptadas las medidas máximas, completas y aconsejables tendentes a evitar accidentes como el ocurrido, y siendo la PREVISIBILIDAD la esencia de la culpa extracontractual, el acaecimiento demuestra que faltaba algo por cumplir, siendo la diligencia adoptada incompleta, esto

se demuestra pues después del acaecimiento se pusieron otros dispositivos de seguridad, lo que impide la apreciación de caso fortuito, pues el accidente deriva de la explotación empresarial de la industria y riesgos inherentes a la misma, pero sin que implique que se llegue a la responsabilidad objetiva, *al manifestarse una actitud negligente en la falta de idóneas medidas de seguridad*, existiendo entre la omisión culposa y el resultado dañoso «una relación directa, sin interferencia de posibles conductas o eventos ajenos a aquélla y, desde luego, sin haber mediado o interferido acción negligente por parte de la víctima».

La sentencia recurrida toma en cuenta las doctrinas de: 1) la inversión de la carga de la prueba, 2) del riesgo y 3) de la insuficiencia de las medidas de seguridad adoptadas, existiendo en esta insuficiencia el punto de negligencia que propició la condena, unida, eso sí, a los demás criterios, manifestándose la culpa en la no adopción de otras medidas que se llevaron a cabo como normales y previsibles después de producirse el accidente, lo que implica que sigue rigiendo el principio culpabilístico, siquiera atenuado y no constituido en la única *ratio* de la responsabilidad, cuando no se prueba la interferencia de la voluntad, extraña que rompa el *nexo* entre la acción u omisión y el *daño*; el concepto de *culpa* consiste en: la *omisión* de la diligencia exigible según las circunstancias del caso —en conductas donde hay negligencia sin una conducta antijurídica y aquellas otras en que, partiendo de una actuación diligente y lícita, no sólo en su inicio, sino también en su desarrollo, se entiende existente conducta culposa a virtud de un resultado socialmente dañoso que impone la desaprobación de la acción o conducta por ser contraria a valores jurídicos exteriorizados, es decir, una conducta socialmente reprobada—, se entiende así que el nuevo principio de responsabilidad por riesgo o sin culpa responde a exigencias que no suelen ir ausentes de toda voluntariedad (culpabilidad) respecto del hecho, con lo que se impide caer en la responsabilidad por el mero resultado. También la sentencia comentada suponía un riesgo (trabajador en ambiente contaminado) y contemplaba un accidente laboral, manteniendo la compatibilidad de los procedimientos y de las responsabilidades; la responsabilidad aquiliana es compatible con la derivada en base a la relación de trabajo: artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil y 53 de la Ley de Accidentes de Trabajo.

Es precisa la existencia de una prueba terminante relativa al *nexo* entre *la conducta del agente y la producción del daño*, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo. Y esta necesidad de una cumplida justificación no puede quedar desvirtuada por la posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetividad en la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba, aplicables en la interpretación de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, pues el cómo y el porqué se produjo el accidente constituyen elementos indispensables en *el examen de la causa eficiente del evento dañoso*.

**NOVACION (ARTICULOS 1.203 Y SIGUIENTES DEL CODIGO CIVIL). TRANSACCION (ARTICULOS 1.809 Y SIGUIENTES DEL CODIGO CIVIL) LA INTERPRETACION DE UN CONTRATO NO ES EXPRESION DE CONVENIO CUYA CAUSA NO CONSTA. (SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 1995.)**

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Lora del Río en Sentencia de 15 de octubre de 1990 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 6.ª) en Sentencia de 3 de febrero de 1992 confirma la sentencia.

El recurso de casación no prospera.

La Sentencia recurrida alega en cuanto al caso se refiere que: *a)* No consta la existencia de conversaciones previas o propuestas para alteración de precio ni la causa que se alega para ello; *b)* En la factura no se explicita si el vocablo *liquidación* se refiere a la total operación o a un balance o liquidación parcial; *c)* No se armoniza con el natural proceder que una liquidación total se limite a elaborar una factura por entrega de una cantidad sin precisión singularizada sobre la novación modificativa, puesto que las obligaciones pueden modificarse; *d)* Ni la *causa* (= no servir para la exportación) ni el *pacto* (= común acuerdo) quedan acreditados; *e)* No hay constancia de protestas oportunas y temporáneas de deficiencias ni de conversaciones al efecto; *f)* En la factura no se expresa con la contundencia que el supuesto requería la voluntad concorde respecto a la modificación, y *g)* Procesalmente no puede darse por acaecida y probada una novación objetiva impropia. Como consecuencia inmediata a lo antedicho la Sala establece que la función interpretativa no se puede proyectar sólo sobre la literalidad de la factura, sino que debe abarcar para determinar la verdadera intención del firmante al contrato inicial, a la inexistencia de la prueba sobre hechos coetáneos y posteriores que, de existir inutilidad del producto para el fin pactado, cosa que se debería haber probado, incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento (art. 1.214 CC).

**CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE OBRA CON APORTACION DE MATERIALES. LAS OBLIGACIONES CON CLAUSULA PENAL. ARTICULO 1.152 DEL CODIGO CIVIL.** (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1995.)

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Zaragoza en Sentencia de 1 de abril de 1991 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4.ª) en Sentencia de 23 de marzo de 1992 desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia.

El recurso de casación no prospera

En el presente caso se trata de analizar el cumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato en base a lo preceptuado por el artículo 1.089 del Código Civil. Asimismo se establece cómo la demanda reconventional alega la existencia en el mismo de una cláusula penal planteándose su viabilidad real en base a la literalidad de lo acordado en el mismo, el tiempo de retraso en su ejecución y las circunstancias que concurrieron; bien es verdad que en el presente contrato se estipuló una exclusión de responsabilidad para el contratista cuando la demora en la entrega de la obra no se le imputase o cuando fuese debida a fuerza mayor. Pero este retraso no pudo existir, pues lo que sí existió fue una ampliación de las obras no tenida en cuenta en el primitivo presupuesto. Con estos antecedentes y en base a lo dispuesto en el artículo 1.152 del Código Civil no es posible dar lugar a esta cláusula penal, que se hizo figurar en el contrato por dos razones: 1.ª Ni el plazo de terminación pactado se puede mantener después de tan considerable ampliación de las obras, y 2.ª Ni la conducta de la parte actora es posible calificarla de culposa o morosa.

**DERECHO DE ADQUISICION PREFERENTE. ARTICULO 89 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS.** (SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1995.)

El Juzgado de Primera Instancia de Ejea de los Caballeros en Sentencia de 29 de diciembre de 1989 desestima la acción ejercitada por el demandante. La

Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4.ª) en Sentencia de 19 de octubre de 1990 desestima el recurso de apelación interpuesto.

El recurso de casación no triunfa.

Para que —como se analiza en el presente caso— el derecho de adquisición preferente pueda ser ejercitado ha de existir un *contrato válido*, ya sea donación, permuta, adjudicación en pago o cualesquiera otros distintos de la compraventa, entre los que cabe incluir y atinente a nuestro caso *el de la renta vitalicia*.

En nuestro caso el valor de la finca no se desprende del contrato de renta vitalicia; por eso si lo que se solicita es la nulidad de dicho contrato, ésta no se puede conceder porque no se ha demostrado que falte uno solo de los elementos necesarios para la existencia y validez; y si también se pide que se otorgue escritura en las mismas condiciones que la otorgada a favor de la codemandada, ello no es posible porque no cabe alterar la persona obligada al pago de la *renta vitalicia* ni concederle la adquisición, pues la utilizada en esta clase de enajenación debió ser la recogida en el artículo 89, esto en pago del precio resultante conforme a la Ley de Expropiación Forzosa, cosa que en la demanda no se pide.

En base a esto hemos de decir que la Ley de Arrendamientos Rústicos regula las formas de acceso a la propiedad de los cultivadores de fincas rústicas, y para ello distingue dos grandes figuras: 1.ª El derecho de tanteo y retracto o el de adquisición preferente, y 2.ª El ejercicio del derecho que regulan los artículos 98 y siguientes. La primera figura citada, aun siendo todos englobados por la doctrina de los derechos de adquisición preferente, los distingue la Ley y los diferencia en cuanto a su ejercicio, puesto que para el tanteo y el retracto la subrogación la produce pagando el precio pactado para la compraventa; y en los demás supuestos de transmisión en los que no hay precio, como son la donación, permuta, etc., el ejercicio del derecho entraña la petición de que se fije el precio justo conforme a la legislación de expropiación forzosa (art 89) si del contrato no resultare el valor de la finca.

#### **CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS. LA PRUEBA DE LA PRESUNCION. (SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1996.)**

El Juzgado de Primera Instancia número 6 de Valencia en Sentencia de 18 de octubre de 1988 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6.ª) estima en parte el recurso de apelación formulado contra dicha Sentencia.

El recurso de casación es estimado parcialmente.

Se analiza en la Sentencia el determinar si la Mutualidad debía devolverle o no la parte del precio pagado por las mismas, pero no se pronuncia, pues no puede hacerlo al no ser ello objeto de dicho litigio, acerca de la trascendencia jurídica que dichas autoventas podían tener con relación a la resolución del contrato de arrendamiento de servicios que ligaba a las partes, que es lo que con criterio ponderado y objetivo ha valorado la Sentencia aquí recurrida (única competente para hacerlo) en este sentido dicho.

En el presente caso se da un vicio de incongruencia en cuanto a las cantidades que la entidad demandada ha de pagar al actor (a determinar su cuantía en ejecución de Sentencia) se deduzcan del total que resulte cuando dicha deducción, dice el recurrente, no había sido pedida por la entidad de-

mandada. Este motivo se estima no sólo porque la deducción que acuerda la Sentencia sin haberla pedido la Mutuality demandada, ni por vía de reconvencción, ni siquiera a través de alguna referencia expresa a las mismas en su escrito de contestación a la demanda, que pudiera haber justificado la aplicación de la llamada compensación judicial.

En esta Sentencia se refleja una reiterada doctrina tendente a demostrar que no puede ser tachada de incongruente la Sentencia que concede menos de lo pedido en el ámbito cuantitativo, que es lo que también sucede en nuestro caso, sino también porque la participación en el 5 por 100 de los beneficios a que tiene derecho el actor, aquí recurrente, se refiere a las ganancias netas que obtenga la Mutuality por las ventas de los pisos y plazas de garaje que construya (obras marginales), dentro de cuyo concepto de ganancias netas o líquidas no pueden incluirse los intereses que perciba de los precios aplazados de dichas ventas, cuyos intereses son una mera compensación de los perjuicios o gastos que ha de tener la Mutuality (descuentos de letras de cambio, por ejemplo) al no cobrar al contado el precio de los pisos o plazas de garaje que ha vendido, pero no integran un beneficio neto o líquido dimanante de tales ventas. Se considera justificada la resolución que la Mutuality hace del contrato de arrendamiento de servicios y, en consecuencia, desestima la pretensión de indemnización por infracción del artículo 1 249 del Código Civil al no conceder —repetimos— la indemnización por resolución del contrato por considerar que ésta obedecía a causa grave, estableciendo dicha presunción en base a hechos no acreditados por estar fijados en Sentencia dictada en primera instancia que fue revocada en apelación; y del artículo 1.251 del Código Civil al no conceder la presunción de que era verdad la Sentencia firme recaída en el otro proceso seguido entre las mismas partes, no obstante declarar la nulidad de los contratos de compraventa a que la misma se refiere, declarando también que hubo mala fe por parte del que realizó las ventas.

***EJERCICIO DE LA ACCION DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA PATRIMONIAL DEL ESTADO EN BASE A LO PRECEPTUADO EN LOS ARTICULOS 40 Y SIGUIENTES DE LA LEY DE REGIMEN JURIDICO DE LA ADMINISTRACION. (SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1996.)***

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Oviedo en Sentencia de 1 de marzo de 1991 estima la excepción de falta de reclamación previa en vía gubernativa y absuelve en la instancia a los demandados. La Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 6.ª) en Sentencia de 7 de abril de 1992 estima parcialmente el recurso de apelación

El recurso de casación prospera.

En el presente caso los hechos acaecidos y que luego pasaremos a exponer brevemente se originaron dentro de la esfera del *ius imperii* del que aparece revestida la Administración, condición que afectaba al codemandado en cuanto a que su actuación se desarrolló dentro de un acto de servicio prestado como competente de la Guardia Civil, y de aquí que el resultado de su conducta haya de encuadrarse como una consecuencia del funcionamiento anormal de un servicio público del que habla el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, lo que determina que el conocimiento del caso de autos corresponda a la jurisdicción contencioso-administrativa, conclusión ésta que es acorde con la doctrina jurisprudencial al respecto. Por

tanto, el problema que nos ocupa está fuera de toda duda que en los supuestos en que la Administración actúa en relaciones de derecho privado el conocimiento de su responsabilidad por los daños y perjuicios causados corresponderá a la jurisdicción del orden civil, debiendo exigirse ante los Tribunales ordinarios, en el decir del artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, como también lo está en aquellos otros en que se pretenda una indemnización por los particulares que se consideren lesionados a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público; la competencia vendrá atribuida a la jurisdicción del orden contencioso-administrativo, a tenor de los artículos 40 de la precitada Ley, 3.b) de la Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 128 de la de Expropiación Forzosa

*Hechos.*—Durante una huelga de transporte de mercancías y con motivo de un transporte de camiones cisterna conteniendo leche que debían efectuar su traslado de una región a otra escoltados por dos Land Rover de la Guardia Civil, cuando atravesaban determinada región fueron atacados con piedras por un grupo de manifestantes, cuyo número si en principio era poco numeroso (entre 20 ó 30 individuos) inmediatamente se vio incrementado en más de cien personas. En esta situación y en concretas circunstancias poco claras se produjo el *disparo fatal*, a quemarropa, que produjo la muerte del causante de los actores cuando el codemandado trataba de llevar a cabo su detención.

*Doctrina de la Sentencia.*—A la vista de los hechos hemos de precisar que los actores ejercitan la acción de responsabilidad objetiva patrimonial del Estado que permiten los ya aludidos artículos 40 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración; y aunque pudieron ejercitar la acción del artículo 1.902 del Código Civil, prefirieron la responsabilidad objetiva tanto al *identificar la acción* como al justificar la *competencia de los Tribunales* del orden civil por el hecho de demandar con el Estado a un guardia civil. El Tribunal *a quo* afirma que el error al promover aquella acción de responsabilidad objetiva patrimonial y no la que debieron ejercitar (responsabilidad extracontractual por culpa o negligencia) es «algo involuntario» que procede subsanar, como subsana, para poder así condenar al Estado por una supuesta negligencia no invocada; y este proceder constituye procesalmente una incongruencia por exceso que implica infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que en realidad se está planteando en el tema relativo a una incompetencia de jurisdicción civil para conocer de la cuestión litigiosa, que como excepción del artículo 533, apartado 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil queda alegada. La actuación del Estado acaeció dentro de los actos de soberanía revestidos de *imperium*.

**CONTRATO DE VENTA EFECTUADO MEDIANTE HOJA DE PEDIDO. LA CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA. (SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1996.)**

El Juzgado de Primera Instancia número 8 de Zaragoza en Sentencia de 30 de diciembre de 1994 estima la demanda. Se decide la cuestión de competencia en favor del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Inca, que presenta Auto de fecha 14 de diciembre de 1994 en el cual se declara haber lugar al requerimiento de inhibición, y con fecha 22 de marzo de 1995 insiste en dicho requerimiento.

Es doctrina reiterada de la Sala el determinar que cuando no se ha pactado sumisión de clase alguna y se trata del ejercicio de una acción personal, la competencia corresponderá al Juez del lugar en que deba cumplirse la obligación, que a falta de pacto expreso será aquel en que se haga la entrega de la cosa vendida, entendiéndose que cuando las mercancías viajan «a porte debido», y consiguientemente *por cuenta y riesgo del comprador por ir a su cargo los gastos de transporte*, las susodichas mercancías han de entenderse entregadas en el domicilio del vendedor; por el contrario, cuando los géneros viajan «a porte pagado», se entiende que *el vendedor los entrega en el domicilio del comprador, y éste es el que determina la competencia*, mucho más si la domiciliación del pago coincide también con el domicilio de este comprador, como sucede en nuestro caso; siendo de aplicación los artículos 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1.500 y 1.171 del Código Civil y 50 del Código de Comercio.

*ANÁLISIS DE LAS POSIBLES INFRACCIONES A LOS ARTICULOS 79, 80 Y 81 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS Y DE LA DOCTRINA RELATIVA AL «VELO DE SOCIEDADES».* (SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Villafranca del Penedés en Sentencia de 30 de octubre de 1991 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4.<sup>a</sup>) en Sentencia de 28 de febrero de 1992 desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

La cuestión litigiosa que aquí estudiamos se concreta en una acción de responsabilidad de los administradores de una sociedad anónima por daños causados a determinados acreedores en el ejercicio o desempeño de su cargo o facultades atribuidas en el concepto de administradores; dicha responsabilidad se encuentra regulada en la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades de tal naturaleza de 17 de julio de 1951, que es la aplicable al caso de autos; en los artículos 79, 80 y 81 de la misma y doctrina jurisprudencial del «velo de las sociedades», los preceptos aludidos pueden ser complementarios entre sí y cuya responsabilidad a tenor de la dicción de la mencionada regulación requiere como requisito común una actuación caracterizada por malicia, abuso de facultades o negligencia grave y de la que se origine en una relación de causa a efecto el daño producido; elementos los indicados que asimismo vienen exigidos en su concurrencia por reiterada jurisprudencia de la Sala, para la que «malicia» o «negligencia grave» son no simples hechos, sino más bien apreciaciones de hechos, correspondiendo su estimación a los Juzgados y Tribunales.

Existen determinados incumplimientos a sus obligaciones legales y estatutarias por los administradores que determina *su negligencia grave y su obligación de responder de los perjuicios para los acreedores sociales*. Este es, en definitiva, el tenor del artículo 79 de la Ley de Sociedades Anónimas, según el cual los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado comerciante, y con ello la Ley les está exigiendo una *diligencia normal* en el desempeño de su cargo, diligencia que será uno de los factores determinantes de su *responsabilidad*. Ha de existir un *nexo* entre el *daño* y la *conducta de administrador*. Pero hemos de decir más, pues el artículo 79 no sólo se refiere a la malicia, abuso de facultades o negligencia grave de los administradores, sino que también presupone *un daño causado*

y una relación de causa a efecto entre esta situación irregular o perjudicial y el daño causado, ya que el objeto de la acción es obtener una indemnización o resarcimiento del daño. Además, la acción indemnizatoria contra los administradores requerirá un daño causado por malicia, abuso de facultades o negligencia grave, así como una lesión directa de los intereses de los socios o terceros. En la Sentencia que comentamos no se aplica el artículo 81, por lo que no se ha reconocido el derecho de los recurrentes a ser indemnizados por el daño sufrido en sus intereses como consecuencia de una actuación negligente por parte de los administradores de una sociedad desaparecida. No se pretende ejercitar la acción social de responsabilidad a que se refiere el artículo 80, ya que la ejercitada ha sido la acción individual de responsabilidad que corresponde a todo tercero frente a actos de los administradores que lesionen directamente sus intereses. Tanto la acción de responsabilidad de los administradores, calificada como *acción individual* (art. 81), como la *acción social* (art. 80) requieren en aplicación de norma legal y de la jurisprudencia, la concurrencia de los requisitos de un daño estimable y una actuación dolosa o gravemente negligente. En el artículo 81, mediante el ejercicio de las acciones que recoge el artículo 80, la responsabilidad de los administradores no afecta al interés colectivo del ente social, sino a una persona concreta y determinada. El artículo 81 exige lesión directa (los denominados daños primarios a los terceros por actos de los administradores). Hay que destacar el hecho de que así como los administradores aportan justificación documental de la venta del patrimonio social, sin embargo ningún documento aportan respecto de la venta, diciendo únicamente que con su importe se dedicaron a pagar una parte de las deudas sociales. Surge entonces el siguiente interrogante: ¿No será que se haya utilizado la sociedad como camino de fraude para perjudicar intereses privados y que abusando de la independencia de la entidad jurídica se ha producido un daño ajeno, un ejercicio antisocial de su derecho? Tal es la doctrina del «levantamiento del velo» de la persona jurídica.

**CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE OPCION DE COMPRA PACTADO POR LOS TITULARES DOMINICALES EFECTIVOS DE UN INMUEBLE. (SENTENCIA DE 29 DE FEBRERO DE 1996.)**

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Sagunto en Sentencia de 17 de septiembre de 1990 estima parcialmente la demanda y declara la obligación de otorgamiento de escritura pública de venta. La Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6.ª) en Sentencia de 18 de mayo de 1992 admite el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

En el presente litigio se discute el cumplimiento de un contrato de opción de compra pactado entre los titulares dominicales efectivos de un local comercial. En las dos instancias se debate, por un lado, la validez de la opción de compra ejercitada por uno solo de los optantes, y por otro lado, el ejercicio de esta opción dentro del plazo que se señaló.

No se quebranta ni infringe ninguna norma procesal. En la Sentencia recurrida se aprecia un conjunto probatorio, valoración que en el trámite de apelación puede ser discutida, combatida e incluso discrepada; pero el Juzgador de casación carece legalmente de facultades revisorias en esta materia, a

no ser que pudiera apreciar una infracción de preceptos legales, la cual constituye precisamente el propio ámbito del recurso.

La *opción de compra* se concedió conjuntamente a los tres primitivos arrendatarios del local y, en cualquier caso, se ha ejercitado fuera de plazo. Tanto el Juzgado como la Audiencia relacionan y vinculan la opción de compra con el arrendamiento del local, vinculación que obedece a las siguientes razones lógicas casi coincidencias de las fechas de uno y otro contrato; los plazos de duración del arrendamiento y de la opción son ambos de tres años; la persona que instala y desarrolla en el local una industria es la que mayor interés puede tener en acceder a la propiedad de ese local. Todas las partes admiten que se ceden los derechos arrendaticios al demandante y ello por la indicada vinculación de ambos contratos, que en la cesión estaba incluido el derecho de opción. La cesión fue conocida y aprobada por todos los copropietarios de la finca sin formular oposición, por lo que procede confirmar la declaración relativa a que el demandante devino titular del arrendamiento y también de la opción.

**CONTRATO SIMULADO. FALTA DE PRUEBAS QUE LO JUSTIFIQUEN.** (SENTENCIA DE 29 DE FEBRERO DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Oviedo en Sentencia de 20 de diciembre de 1990 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 5.ª) en Sentencia de 27 de mayo de 1992 desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera

En el presente caso se debate la impugnación de un contrato de compraventa.

*Hechos.*—La finca objeto de nuestro comentario es adquirida por el demandante en documento privado de fecha 31 de julio de 1980, aportando un recibo demostrativo del completo pago del precio de fecha 18 de febrero de 1981 en donde la entidad vendedora otorga carta de pago y reconoce la realidad y consumación de la venta. En 1984 el demandante dirige una carta a la entidad vendedora y manifiesta en ella su voluntad de elevar a escritura pública el documento de venta de la finca, pidiendo que se otorgue ésta escritura a nombre de su hijo. El otorgamiento tiene lugar siguiéndose en la misma las instrucciones de la carta.

Pues bien, el Juzgado y la Audiencia declaran la existencia de una simulación absoluta que vicia de nulidad la escritura pública, declarando inexistente el negocio jurídico que en ella se refleja, y mantienen la validez de la compraventa anterior que transmitía la propiedad de la finca al demandante; no puede existir incongruencia por el hecho de declarar el Juzgador que la propiedad de la finca le corresponde al actor en méritos de una compraventa válida y eficaz. La primacía del principio de interpretación literal quiebra en los casos en que el problema litigioso versa sobre la posible existencia de *simulación*, producida al existir divergencia entre la voluntad declarada y la voluntad realmente querida por las partes, lo que se ataca y constituye el núcleo del debate es esa falsa literalidad. Es el conjunto de actos anteriores, coetáneos y posteriores los que han de servir de guía para juzgar *la voluntad realmente querida y no manifestada* (arts. 1.274 y sigs., en relación con el art. 1.261 CC, que tratan de una causa falsa en la relación contractual que la vicia de nulidad).

**DECLARACION DE EXTINCION DE SUMINISTRO DE ENERGIA ELECTRICA Y OTROS EXTREMOS. (SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1996.)**

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de León en Sentencia de 29 de junio de 1990 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3.ª) en Sentencia de 7 de marzo de 1992 desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación se estima parcialmente

La Sentencia recurrida infringe directa y frontalmente el principio prohibitivo de la *reformatio in peius*, que veda dictar contra el apelante, cuando es el único, un pronunciamiento que le sea más perjudicial que el que hizo la Sentencia contra la cual apeló; esto sucede en nuestro hecho litigioso, pues habiendo todos los demandados consentido la Sentencia de primera instancia y habiendo ésta limitado temporalmente la obligación de la actora de suministrar energía eléctrica a los molinos, escuela, iglesia y alumbrado público hasta que se produzca el fallecimiento de la última de las personas físicas beneficiarias de dicho suministro gratuito, la Sentencia de segunda instancia (que es la aquí recurrida) hace dicho pronunciamiento más perjudicial para la actora (que fue la única apelante) al suprimir el expresado límite temporal y acordar que el suministro de energía a los molinos, escuela, iglesia y alumbrado público se mantengan mientras éstos existan.

No nos hallamos en presencia de un contrato gratuito como equivocadamente dice la recurrente, pues el aquí litigioso no lo es, ya que el suministro gratuito de energía eléctrica no es una concesión graciosa o por mera liberalidad de la empresa hidroeléctrica, sino una contraprestación a la cesión de agua que le hicieron los beneficiarios de tal suministro.

**EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL ILIMITADA. ¿EN QUE LIMITES LA ASEGURADORA DEBE/HA DE RESPONDER? SOLO EN LOS DE SEGURO OBLIGATORIO. ARTICULOS 100 Y SIGUIENTES DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO DE 8 DE OCTUBRE DE 1980 Y ARTICULOS 73 Y SIGUIENTES DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD CIVIL. (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1996.)**

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Madrid en Sentencia de 7 de enero de 1991 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19) en Sentencia de 4 de mayo de 1992 desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación triunfa.

En la presente litis se analiza el quebrantamiento del ordinal 3 del artículo 1 692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como del artículo 359 de la citada Ley Procesal Civil, y se valora exclusivamente la obligación de la entidad aseguradora Mutaxi por el seguro de responsabilidad civil ilimitada, entendiéndose que la aseguradora sólo debe responder dentro de los límites del seguro obligatorio, pero no entra a analizar la póliza de ocupantes concertada entre el asegurado codemandado y la aseguradora, incurriendo la Sentencia en incongruencia. La reclamación indemnizatoria del recurrente en la existencia de tres títulos diferentes: el seguro voluntario de responsabilidad civil ilimitado, el seguro obligatorio y la llamada póliza de ocupantes. Visto esto hemos de decir que, siguiendo nuestro comentario, ha de tenerse en cuenta que el seguro de accidentes

definido y regulado en los artículos 100 y siguientes de la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980 no puede confundirse con el de responsabilidad civil (arts. 73 y sigs. LRC) por obedecer a una finalidad y principios rectores distintos; ocurrido el evento asegurado, la entidad aseguradora viene obligada al pago de la indemnización pactada, sin que tal obligación dependa de una previa declaración de responsabilidad del tomador del seguro, como sucede en el seguro de responsabilidad civil; ello aun cuando, como ocurre en esta modalidad del seguro de accidentes en que consiste la «póliza de ocupantes», el tomador del seguro sea distinto del asegurado. En cuanto a la confesión, no es prueba de carácter predominante respecto de las demás pruebas, que en todo caso se debe apreciar conjuntamente con las demás pruebas y valorarse por el Tribunal según su sana crítica, esta apreciación fue realizada por el Tribunal *a quo* en el examen del material probatorio.

**RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO DE LA PARTE COMPRADORA DE CONTRATO DE COMPRAVENTA SUSCRITO.** (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Bilbao en Sentencia de 9 de julio de 1990 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Bilbao (Sección 4.ª) en Sentencia de 20 de diciembre de 1991 desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación prospera.

Pretendida por el actor la resolución de un contrato de compraventa que dice haber celebrado con los codemandados, es elemento constitutivo de su pretensión, y por ello ha de pechar con la carga de su prueba, la existencia de un consentimiento contractual, esencia de esa relación jurídica cuya resolución solicita; y no puede considerarse como hecho impeditivo, como erróneamente entiende la Sala *a quo*, la negación de ese consentimiento por el ahora recurrente para fundamentar su falta de legitimación pasiva frente a la acción resolutoria ejercitada, por lo que no viene obligado a realizar actividad alguna probatoria de ese hecho negativo, como es su falta de intervención en el contrato, era a la demandante a quien correspondía la prueba de ese hecho constitutivo de su pretensión y quien ha de soportar la falta de prueba, reconocida por la Sala sentenciadora de instancia sobre el carácter de comprador que se atribuye al codemandado recurrente.

Se alega infracción del artículo 1.214 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial que citaremos. Alegada la excepción de falta de legitimación pasiva al no haber sido parte en el contrato de compraventa el cónyuge —sólo su consentimiento—, cuya resolución se pide en la demanda, la sentencia recurrida ha invertido la carga de la prueba al hacer recaer sobre él la falta de prueba de su intervención en ese contrato. El infringido artículo 1.214 del Código Civil no contiene en su articulado ninguna regla sobre valoración de la prueba y por su carácter genérico, relativo a la carga de ésta, no permite fundar sobre él un recurso de casación más que en el supuesto de que el Tribunal *a quo* haya invertido en su fallo el *onus probandi* y habida cuenta de que el principio de atribución de la carga de la prueba que establece el citado artículo 1.214 es un principio supletorio para el caso de que las partes no hayan desarrollado actividad probatoria dentro de sus posibilidades, según su situación y disponibilidad de medios. Se llega a establecer como principio a seguir para precisar a quién debe corresponder la facultad de demostrar el fundamento esgrimido que

la obligación de demostrar los hechos normalmente constitutivos de su pretensión corresponden al actor, y por el contrario, es atribución del demandado la de los impeditivos o extintivos de la relación jurídica en discusión.

*LA COBERTURA DE LA POLIZA DEL SEGURO DE VIDA EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DE PAGO DE ALGUNA DE SUS CUOTAS. (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1996.)*

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Ponferrada en Sentencia de 18 de marzo de 1991 desestima el suplico de la demanda. La Audiencia Provincial de Santander en Sentencia de 26 de mayo de 1992 estima en parte el recurso de apelación.

El recurso de casación triunfa.

*Doctrina de la Sentencia* —Se hace necesario dejar transcritas literalmente algunas de las condiciones generales de las pólizas del seguro de vida a que se refiere la litis de nuestro caso. Ante todo se establece, según deja sentir el contenido de la misma, que «para el pago de las primas se concede un plazo de gracia de treinta días después del vencimiento de cada una de ellas, a partir de la segunda. La póliza conservará su vigor durante el plazo de gracia, salvo en el caso de que hubiere sido anulada anteriormente por cualquier causa. Si el asegurador dejase transcurrir el plazo de gracia sin presentar al cobro el recibo y al hacerlo no existiesen fondos suficientes en la cuenta del tomador del seguro, aquél estaría obligado a notificar tal hecho al mismo por carta certificada o cualquier otro medio indubitado, concediéndole un nuevo plazo de treinta días...; en caso de falta de pago de la segunda y sucesivas primas la cobertura que garantiza el asegurador queda suspendida un mes después del día de su vencimiento, y si no reclama el pago dentro de los seis meses siguientes a dicho vencimiento se entenderá que la póliza queda extendida. Si la póliza no ha sido extinguida la cobertura vuelve a tener efecto a las veinticuatro horas del día en que el tomador del seguro pague la prima». La verdadera cuestión que presenta este caso está en la denunciada infracción del artículo 1.281 del Código Civil, en relación con el artículo 15 de la Ley del Contrato de Seguro y condiciones generales del contrato de seguro suscrito entre las partes de esta litis y en cuyo alegato impugna la interpretación que la Sentencia recurrida ha hecho de la condición general 4.5.3 de la póliza del seguro de vida, la cual, según dice, carece de aplicación a nuestro caso, pues ella (la Aseguradora, aquí recurrente) presentó al cobro el recibo de la prima del último trimestre de 1988 y el de la del primero de 1989 dentro del plazo de gracia (el mes siguiente al vencimiento de la prima anterior), y los mismos fueron impagados al devolverlos (en 17 de octubre de 1988 y 24 de enero de 1989) el Banco, por lo que la cobertura del seguro quedó suspendida a partir del mes siguiente (1 de noviembre de 1988) al día del vencimiento de la primera de las primas que fue impagada. Cuando sucedió el fallecimiento en accidente de circulación del asegurado, ¿no se hallaba suspendida la cobertura de dicho seguro de vida? La respuesta a esta cuestión es que sí, que se hallaba suspensa, pues el impago de los recibos de dos primas consecutivas del mismo (la del último trimestre de 1988 y la del primero de 1989), realizado dicho impago de forma voluntaria y consciente por el asegurador y tomador del seguro, lo que comportó la suspensión de la cobertura del mismo a partir del mes siguiente (noviembre de 1988) al día de vencimiento de la prima anterior (1 de octubre de 1988).

*APLICACION INDEBIDA DEL ARTICULO 1.252 DEL CODIGO CIVIL. LA PRESUNCION DE COSA JUZGADA. (SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1996.)*

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Santa Coloma de Farners en Sentencia de 2 de octubre de 1991 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Gerona (Sección 2.ª) en Sentencia de 20 de mayo de 1992 desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Se alega la aplicación indebida del artículo 1.252 del Código Civil, y ello por los siguientes motivos: 1) La acción ejercitada en el juicio fue de deslinde y amojonamiento, mientras que en otra instancia consistió en una acción reivindicatoria; 2) En el último procedimiento la parte adversa en ningún momento alegó cosa juzgada, no siendo tal excepción de orden público y que es distinta al ámbito de la jurisdicción civil y al principio de congruencia con las peticiones de las partes establecidas en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y 3) Había nuevos hechos probados en este juicio y no en el anterior, son totalmente distintos los testigos y los escritos-resúmenes de prueba.

La excepción de cosa juzgada que la Audiencia aprecia se basa en la coincidencia entre las personas, cosas y acciones; pero en realidad no se da esta coincidencia del *petitum* y a ello no obsta que el nombre que le dio al actor en la demanda anterior a la acción fuese el de deslinde y amojonamiento, cuando lo que se solicitó no sólo fue tal deslinde y amojonamiento, sino también la adición a su propiedad de la franja de terreno que ahora es objeto de reivindicación, pues la identidad de cosas no ha sido combatida en el recurso; por eso, además del deslinde se pretende la desposesión de los ahora recurridos, con los mismos títulos —*causa petendi*— que sirvieron de apoyo en el proceso anterior a la pretensión.

*APLICACION INDEBIDA DEL ARTICULO 51 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL EN RELACION CON EL ARTICULO 11 DE LA LEY DE ARBITRAJE DE 5 DE DICIEMBRE DE 1988 Y LOS ARTICULOS 533, APARTADO 8, DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y 24 DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA, ENTRE OTROS. (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1996.)*

El Juzgado de Primera Instancia número 1 del Puerto de Santa María en Sentencia de 18 de diciembre de 1991 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 2.ª) en Sentencia de 25 de mayo de 1992 estima sólo en parte la demanda.

La primera y fundamental cuestión que surge es la de poder conocer cuál es o dónde se encuentra estipulado lo que en base a los artículos 693 (reglas 2.ª y 4.ª) de la Ley de Enjuiciamiento Civil se formula como excepción de sumisión a arbitraje. Entre las condiciones generales de la póliza de seguro pactada el 13 de febrero de 1987, y luego sucesivamente prorrogada los años 1988, 1989 y 1990, se encuentra una condición —la número 45— que dice literalmente en su primer párrafo: «Toda controversia o diferencia relativa a interpelación o cumplimiento de estatutos, reglamento y póliza será dirimida mediante arbitraje de equidad en Madrid, en la forma prevista por la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 23 de diciembre de 1953 o por la que en su momento esté en vigor. La presente estipulación tiene valor de contrato preliminar de arbitraje y su

invocación podrá facultar a cualquiera de las partes para solicitar la formulación judicial de arbitraje si la otra dejare de cumplir voluntariamente con el compromiso arbitral». Se alega también, sin prosperar, la negligencia de la tripulación como motivo de exclusión del riesgo asegurado. Ahora bien, la parte apelante pretende hacer una presunción de culpa o negligencia que en modo alguno se puede aceptar. La avería determinante del hundimiento se ocasionó en la propia estructura del buque o elemento fijo de éste al entrar una vía de agua en la máquina, que la anegó completamente, a través de la parte encajonada del codaste. La tripulación procedió a utilizar una bomba de achique conectada por una correa con el motor principal, si bien dicha bomba al tiempo de estar funcionando cogió agua y se soltó. Ante ello y la imposibilidad de impedir la entrada de agua y el peligro cierto de hundimiento, se avisó por radio a otro pesquero y se evacuó el siniestrado. No puede decirse que el hecho dañoso ha ocurrido a consecuencia de culpa o negligencia de la tripulación sin descender a la problemática del barco en concreto —un pesquero de madera—. El pesquero de esta litis pasó sus revisiones. En consecuencia y dadas las características propias del tipo de barco que nos ocupa, no hay base para presumir culpa o negligencia del asegurado ni de la tripulación (art. 756 CCom). No hay tampoco ocultación de daños por parte del asegurado, sino pasividad de la compañía aseguradora en ejercer sus derechos contractuales. El asegurado puso en conocimiento de la aseguradora que el barco asegurado lo había ofrecido para desguace, la entidad aseguradora, conocedora de dicha circunstancia, se limitó a renovar el contrato de seguro, sin adoptar medida alguna tendente al reajuste técnico de las primas o a la reducción del capital asegurado. El asegurado contrató la construcción de un nuevo barco pesquero, lo que no tenía obligación de poner en conocimiento de la aseguradora —y que hizo—, y que una vez que dicho nuevo barco estuviera construido y se pusiera en servicio había de causar baja el ofrecido para desguace y en sustitución de aquel. Por lo tanto, se concluye diciendo que el hundimiento se produjo sin la intervención de dolo ni de culpa o negligencia por parte del armador ni de la tripulación.

*FIJACION DEL VALOR OBJETO DE UNA COMPRAVENTA EN UNA CANTIDAD EXACTA QUE NO SUPERA EL LIMITE LEGAL: ARTICULO 691 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. AUSENCIA DE CAUSA POR SIMULACION ABSOLUTA (SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 1996.)*

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Castellón en Sentencia de 27 de marzo de 1991 no ha lugar a las peticiones de demanda al estimar probada la entrega real de parte del precio convenido. La Audiencia Provincial de Castellón de la Plana en Sentencia de 25 de enero de 1992, por el contrario, utilizando la prueba indirecta de presunciones considera que no aparece tal entrega y, revocando la de primera instancia, declara la nulidad o inexistencia del contrato.

El recurso de casación triunfa.

Se denuncia en este caso: 1) la infracción de los artículos 1.445, 1.254, 1.261 y 1.274 del Código Civil, y 2) se discute la existencia de nexo lógico de causalidad exigido en los artículos 1.253 y 1.214 del mismo texto legal. Se reconoce en la Sentencia recurrida que corresponde la prueba de la inexistencia de la causa origen de la nulidad del contrato a quien solicita tal nulidad o inexistencia y que sólo deberá entrar en juego la prueba indirecta y subsidiaria de presuncio-

nes cuando no se cuente con una prueba directa que demuestre la existencia real de la causa discutida. Además, la fijación en la compraventa de un precio que resulte inferior, y en consecuencia desproporcionado al normal, carece de trascendencia y relevancia al respecto dado que en nuestro Derecho el precio inadecuado no origina la invalidez del contrato —como puede verse en las SS. de 5-2-71, 14-6-73, 25-4-81 y 20-7-93, entre otras del Alto Tribunal—. Y justificada la entrega de las dos terceras partes del precio pactado, no se puede alegar la inexistencia de la causa aduciendo la falta de una prueba relativa al pago del tercio restante.

*INFRACCION DEL ARTICULO 1.214 DEL CODIGO CIVIL Y DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL QUE EN DESARROLLO DE TAL PRECEPTO CREA EL PRINCIPAL, DENOMINADO «INVERSION DE LA CARGA DE LA PRUEBA».* (SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Granada en Sentencia de 4 de octubre de 1990 estima en parte la demanda. La Audiencia Provincial de Granada (Sección 3.ª) en Sentencia de 25 de junio de 1992 revoca dicha Sentencia.

El recurso de casación no prospera.

Es doctrina de la Sala determinar que el artículo 1.214 del Código Civil no puede servir para casar una Sentencia salvo que la misma cargue sobre la parte que no debió probar de acuerdo con él las consecuencias de la falta de prueba o cuando se impone a las partes la carga de la prueba contra los criterios legales de distribución de ese *onus*. Nada de esto sucede en el pleito, sino que el recurrente estima que la Audiencia valora inadecuadamente una de las pruebas. No se combate tampoco el daño y la acción u omisión que la origina que hace la Sentencia recurrida, la cual resalta que aquel tuvo lugar por la caída del recurrente practicando esquí en una pista con cierta dificultad, con nieve dura como la de primavera, en una estación carente de vegetación.

*NULIDAD POR SIMULACION EN FRAUDE DE LEY.* (SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Castellón en Sentencia de 28 de diciembre desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Castellón (Sección 1.ª) en Sentencia de 21 de enero de 1992 desestima el recurso de apelación y acoge la excepción de inadecuación del procedimiento propuesto por el apelado adherido.

El recurso de casación no prospera.

El caso analiza dos aspectos básicos a tener en cuenta: a) Por un lado, interpretación del contrato. Se dispone que el contrato objeto de compraventa nunca existió; interpreta además si hubo *simulación absoluta* o mero ardid para ayudar a resolver las diferencias existentes entre las partes litigantes o *simulación relativa* que encubriera un mandato con algún tipo de promesa o compromiso de derechos para edificar en caso de resultar positiva la gestión. b) Y por otro lado, la inoportunidad de haber acogido la excepción de inadecuación de procedimiento. Cuando con argumentos distintos se llega al mismo resultado. No procede la anulación de la Sentencia.

**RESOLUCION DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA DEL LOCAL COMERCIAL POR INCUMPLIMIENTO DEL COMPRADOR EN CUANTO AL PAGO DEL PRECIO CONVENIDO EN EL TIEMPO EN QUE DEBIO DE HACERLO EFECTIVO. FORMANDO PARTE DE AQUEL UN ARRENDAMIENTO COMPLEJO. (SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 1996.)**

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Palencia en Sentencia de 14 de octubre de 1991 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Palencia en Sentencia de 1 de abril de 1992 la confirma.

No prospera el recurso de casación.

*Doctrina de la Sentencia.*—La pretendida violación de los artículos 1.504 y 1.157 del Código Civil, así como de la jurisprudencia con ellos concordante no prospera, pues en el caso concreto de autos concurren cuantos requisitos contempla el pretendido artículo 1.504 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial que le interpreta en orden a tener lugar la resolución del contrato; y en el aspecto fáctico, el Tribunal *a quo* reafirma estar probado el incumplimiento del demandado, que no sólo no pagó, sino que en la consignación realizada no consignó todo lo que debía y ni siquiera lo que él mismo había ofrecido, consignación ésta que, por otro lado, carecía de eficacia enervatoria de la resolución al ser de fecha posterior al requerimiento resolutorio y practicado por vía de acto de conciliación, por consiguiente, las consideraciones que anteceden.

Con respecto al artículo 1.157 del Código Civil hubo un cumplimiento estricto del mismo que se considera infringido al acogerle la sentencia recurrida como aplicable el segundo de los requisitos exigidos en el artículo 1.504: 1) la consignación efectuada no alcanzó la totalidad del débito, y 2) la resolución recaída en el expediente de consignación no es firme y está pendiente de recurso; presupuestos ambos que permanecen inalterables y que arreglo a ellos no cabe entender pagada la deuda, pues ello requiere que completamente se hubiese hecho la prestación en que la obligación consistía, que es, en definitiva, lo que viene exigiendo el mencionado artículo 1.157 para que la obligación se extinguiese por alguno de los medios prevenidos en el artículo anterior, el artículo 1.156. Por eso, al tratarse de un acto de jurisdicción voluntaria que se formaliza con todas las garantías procesales se ha cumplido la extinción de cualquier obligación que al respecto pudiera mantener el demandado en estricta aplicación del artículo 1.156 porque en el momento procesal oportuno no opone resistencia, y el Juzgado se pronuncia declarando expresamente extinguida la obligación y cualquier situación posterior que decida o incida en la firmeza del auto infringiría los artículos 382 y 1.819-1 822 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**RESOLUCION DE CONTRATO DE COMPRAVENTA DE PISO POR FALTA DE PAGO DEL PRECIO DEL MISMO. ARTICULO 1.504 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1996.)**

El Juzgado de Primera Instancia número 6 de Madrid en Sentencia de 17 de diciembre de 1990 y la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18) en Sentencia de 15 de mayo de 1992 estiman la demanda.

El recurso de casación no prospera.

*Doctrina de la Sentencia.*—En el presente supuesto litigioso aparece plenamente probado que la compradora, aquí recurrente, ha venido incurriendo en

una serie numerosa de constantes y sucesivas devoluciones e impagos de las letras de cambio libradas por el vendedor para el cobro del precio aplazado, habiendo llegado hasta cuarenta y ocho el número de las letras devueltas e impagadas en la fecha del requerimiento, cuya conducta renuente y reiterada en el expresado impago del precio se halla incurra en la doctrina jurisprudencial citada con arreglo a la cual procede la resolución del contrato, como acertadamente la Sentencia recurrida acuerda en plena coincidencia con la primera instancia.

En defensa del recurso de casación, que no prospera, se denuncia la violación por inaplicación del artículo 1.091 del Código Civil; pero este precepto por uno de los más generales del Código Civil, referido a las obligaciones que nacen de los contratos, no es invocable por sí solo en casación y, sobre todo, porque en el proceso a que este recurso se refiere no se reclama el pago de cantidades y porque aun limitado el requerimiento al importe de unas letras que habían vencido sucesivamente y reiteradamente devueltas y dejado impagadas la demandada, aquí recurrente, ésta no las hizo efectivas dentro del plazo señalado ni después del mismo, por lo que el expresado requerimiento ha de desplegar su plena virtualidad y eficacia resolutoria. La Sentencia que se recurre no ha incurrido en ninguna interpretación errónea del litigioso contrato de compraventa al ser declarada procedente la resolución del presente contrato por la pertinaz y renuente conducta de la compradora al no pagar el precio de la venta y haberle el vendedor hecho el oportuno y correcto requerimiento resolutorio del artículo 1.504 del Código Civil. Ahora bien, efectuado el requerimiento, que debe implicar una voluntad decidida de resolución del contrato por el carácter intimatorio y obstativo de todo nuevo pago, le está vedado al requirente la admisión y cobro de nuevas cantidades de precio porque ello quebraría la voluntad rescisoria y convertiría en nulo e ineficaz aquel requerimiento.

La resolución a tenor, pues, del artículo 1.504 del Código Civil no requiere una conducta del comprador, sino que es suficiente que se frustre el fin del contrato para la contraparte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea precisa una tenaz y persistente resistencia al cumplimiento, bastando con que al incumplidor pueda atribuírsele una conducta voluntaria obstativa al cumplimiento del contrato y procediendo la resolución cuando se dé un impago prolongado, duradero, injustificado o quede frustrado el fin económico jurídico que implica el contrato de compraventa y las legítimas aspiraciones del vendedor.

*EL INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES TIENE DOS MATICES: 1) LA PRUEBA DE LOS HECHOS, Y 2) LA VALORACION DE LOS MISMOS.*  
(SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de Valencia en Sentencia de 28 de junio de 1990 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6.ª) en Sentencia de 11 de junio de 1992 estima el recurso.

El recurso de casación prospera.

En el caso que analizamos hemos de poner atención en un aspecto determinante: la prueba; la misma debe estar regida por normas de valoración y, por otro lado, en que sea un juicio revisable de casación, previa denuncia del precepto legal o de la doctrina jurisprudencial que proscribe tal incumpli-

miento, pues es un concepto jurídico indeterminado que en cada tipo de obligación o de contrato tendrá una significación propia como es el obrar contra un precepto legal o convencional.

La aplicación anexionada de los artículos 1.504 y 1.124 del Código Civil hace que no baste el que se produzca la resolución si el requerente ha incumplido por su parte lo que le incumbe, pues se iría en caso contrario contra las reglas de la buena fe. Ninguna infracción a este límite se observa en la conducta de las vendedoras recurrentes, aunque la Sentencia recurrida ni encuentra justificación al impago de los compradores en que las primeras no quisieron que constase en la escritura pública el precio real de la operación, sino el que a tal efecto y a efectos del otorgamiento se convino. Dada por justificada tal circunstancia, vemos que es patente que los compradores, que según ellos querían que el precio oficial coincidiese con el real, ningún obstáculo tenían para cumplir, pues de todas formas habían de pagar el precio real. El otro obstáculo visto por la Audiencia para que los compradores pudieran cumplir era el que no llegaron a acuerdo con las vendedoras para asignar un precio al local comercial existente en el inmueble, necesario a efectos de notificación para el ejercicio de tanteo y retracto, al arrendatario del mismo. Aun dando por probada la existencia de tal desacuerdo, tampoco impedía a los compradores ofrecer o consignar el precio pactado en el contrato.

No se ejercita tampoco adecuadamente la facultad de resolución por los vendedores en base a que los compradores siempre habían tenido el dinero a disposición de aquellos y no tienen problema para hacer frente a su obligación de pago; pero ninguna de estas circunstancias constituye *cumplimiento de sus obligaciones* desde un elemental sentido jurídico; nada les impedía haber hecho la consignación judicial o, por lo menos, el ofrecimiento real de pago al que no equivale la prueba simple de que se dispone de dinero para efectuarlo, es necesaria la declaración de voluntad dirigida al acreedor por la que se pone a su disposición.

#### *EL ARTICULO 359 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. DERECHO A TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1996.)*

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Zaragoza en Sentencia de 19 de junio de 1991 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4<sup>a</sup>) en Sentencia de 30 de junio de 1992 desestima la demanda principal y estima parcialmente la reconventional.

El recurso de casación no prospera.

Se aduce una contradicción interna en los razonamientos de la resolución impugnada, los fundamentos jurídicos o fácticos que al formar un todo con la parte dispositiva contribuyen a esclarecer y justificar jurídicamente los pronunciamientos contenidos en el fallo sólo podrían servir a un motivo de incongruencia cuando son tan absolutamente contrarios al fallo que le hacen inexplicable. De otra parte, el derecho a la tutela judicial efectiva incluye como contenido básico el derecho a obtener de los órganos jurisdiccionales una respuesta a las pretensiones que sea motivada y razonada en derecho y no manifestamente arbitraria o irrazonable, aunque la fundamentación jurídica puede estimarse discutible o respecto de ella puedan formularse reparos basta que la motivación cumpla la doble finalidad de: 1) *exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada*, y 2) *permita su eventual control jurisdiccional*.

**SEIS DE MAYO DE 1992, FECHA DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 10/1992, DE 30 DE ABRIL, DE MEDIDAS URGENTES DE REFORMA PROCESAL. SU REPERCUSION EN LOS RECURSOS QUE SE PLANTEAN (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1996.)**

El Juzgado de Primera Instancia de Noya en Sentencia de 2 de mayo de 1990 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 2.ª) en Sentencia de 4 de mayo de 1992 desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

*Doctrina de la Sentencia.*—En el presente asunto se atisba la duda por las fechas empleadas en la formalización del presente recurso de las directrices que determinan la aplicación de los preceptos establecidos por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal.

**EL PAGO DE LAS DEUDAS DE DINERO. LA ENTREGA EN LETRAS DE CAMBIO (ART. 1.179 CC) POR LA FALTA DE PAGO DEL PRECIO EN TIEMPO CONVENIDO TENDRA LUGAR EN PLENO DERECHO LA RESOLUCION DEL CONTRATO (ART. 1.504 CC). (SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 1996.)**

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Santander en Sentencia de 17 de julio de 1991 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Santander en Sentencia de 13 de julio de 1992 desestima el recurso de apelación y confirma la Sentencia.

El recurso de casación no prospera.

En el caso que nos ocupa de las letras de cambio, al ser títulos valores y documentos de presentación y rescate no tienen que abonarse si al tiempo no se restituyesen a quien las paga. Si la letra de cambio no se presenta ni restituye, no tiene por qué abonarse, y entre tanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso. En el asunto objeto de nuestro análisis se debe afirmar que, con independencia de las consecuencias de su presentación en el orden cambiario, en nada afectaba a la obligación contractual de pago mensual claramente asumida, además de que la falta de presentación es patente que obedeció a la falta de atendimiento de las cambiales, como demuestra su protesto y posesión por el actor; por consiguiente, las reflexiones que anteceden impiden estimar que en la Sentencia se hubiera violado por no aplicación el artículo 1 170 del Código Civil atinente a que «el pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada y, no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España. La entrega de pagarés a la orden, *letras de cambio* u otros documentos mercantiles sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado. Entre tanto, la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso».

El Tribunal *a quo* más adelante razona que al tiempo en que se produjo el incumplimiento por parte de los compradores la vendedora había cumplido sus obligaciones en la forma pactada, sin incurrir en incumplimiento esencial; que la invocación del artículo 1.502 del Código Civil se revela como una estrategia defensiva empleada *a posteriori*; que la verdadera causa de la falta de cumplimiento de la obligación de pago y que la verdadera razón del incum-

plimiento no fue otro que la carencia de fondos con que realizarlo, por lo que no es de aplicación el artículo 1.502 mencionado.

La jurisprudencia para imponer la solución resolutoria del contrato ha venido requiriendo la existencia en el comprador de una voluntad deliberadamente rebelde, sin que haya hechos obstativos que impidan el cumplimiento, y, obviamente, el incumplimiento ha de referirse al tiempo anterior a la presentación de la demanda. A la luz de tales datos no puede decirse que los vendedores cumplieran sus obligaciones y a ello no puede ser óbice la situación de los compradores y basar, en parte, la resolución en pretendidas deudas de terceros que en ningún caso justifican el incumplimiento de los vendedores

**ACCION DE RESPONSABILIDAD POR CULPA EXTRA CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1996.)**

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Valladolid en Sentencia de 8 de marzo de 1990 dictamina absolución. La Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1.ª) en Sentencia de 15 de junio de 1992 desestima el recurso de apelación y confirma la aludida resolución.

El recurso de casación no triunfa

La base esencial de la acción que se ejercita en este proceso no radica en ningún defectuoso funcionamiento de los servicios del Insalud, que se desarrollaron con normalidad, sino en que los actores —padres del fallecido— consideran deficiente el diagnóstico efectuado por ambos médicos de la verdadera enfermedad padecida por el fallecido, cuya negligencia profesional, de ser cierta, habría determinado también la responsabilidad por culpa extracontractual del Insalud; pero, sin embargo, a lo largo del expositivo nuestro Alto Tribunal deja patente el *no considerar negligente la forma de actuar de ninguno de los dos médicos que asistieron al enfermo*. Las dos coincidentes sentencias de la instancia han absuelto de la demanda también al Insalud, *pero* no porque se consideren incompetentes para conocer de la posible responsabilidad de éste, sino porque no han encontrado culpa o negligencia alguna en el actuar profesional de los dos aludidos médicos, que era la única vía legal que podría haber determinado la subsiguiente responsabilidad del Insalud, del que aquellos eran dependientes. Se orilla, no obstante, aquí cualquier responsabilidad contractual porque ningún contrato privado existe entre los beneficiarios de la Seguridad Social y los órganos administrativos de ésta. Es cierto, según reiterada doctrina, que la actuación del Insalud por lo que respecta a los actos médicos realizados en sus establecimientos no tiene lugar en virtud de sus facultades soberanas como parte de la Administración del Estado, sino como entidad privada que debía procurar la curación de un enfermo que ingresó en uno de los centros dependientes de la misma con ese fin; se está, por tanto, fuera de la relación del derecho público, siendo más bien de aplicación el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado aplicable en *nuestro supuesto* por razón de la fecha de ocurrencia de los hechos acontecidos cuando éste actúa en relación de derecho privado, en cuyo caso los Tribunales ordinarios, directamente, por los daños causados y perjuicios causados por sus funcionarios, autoridades o agentes, aunque se considere la actuación de los mismos como actos propios de la Administración, es decir, la Administración actúa como un empresario privado, fuera de su actividad pública o de un servicio público, causando unos daños por culpa o negligencia de sus empleados.

*EXISTENCIA Y VALIDEZ DE PACTO DE RENUNCIA A LAS SUBVENCIONES. SU CONCESION. (SENTENCIA DE 10 DE ABRIL DE 1996.)*

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Córdoba en Sentencia de 8 de mayo de 1992 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 2.ª) en Sentencia de 21 de julio de 1992 desestima el recurso de apelación y confirma la Sentencia citada.

El recurso de casación triunfa.

*Hechos* —Don Pablo García Risco y don Antonio Caballero Muñoz arrendaron a don Rafael del Campo Zabala la finca rústica que describían mediante contrato privado. Se pactó una duración de seis años, un precio anual de una cantidad determinada por cada año agrícola y que entraban en el arrendamiento las cabezas de ganado, con la obligación de los arrendatarios de reponerlas al finalizar el contrato. Los arrendadores demandan por haber percibido los arrendatarios o sus causantes las ayudas o subvenciones que la Administración Pública otorgaba a los explotadores de ganado lanar. Estimaban que a ellos correspondían, no a los arrendadores.

*Doctrina de la Sentencia* —Se pretende destruir con un asentado razonamiento la presunción que sienta la Sala de apelación sobre la existencia de un pacto verbal entre el arrendador (causante de los demandados) y los arrendatarios (actores y ahora recurrentes), por el que el primero cobraría las subvenciones. La prueba de las presunciones sólo puede combatirse en casación demostrando las infracciones del artículo 1.253 del Código Civil porque las deducciones que se fundamentan en hechos ciertos no sean lógicas sino arbitrarias, absurdas o sin ninguna sintonía con los hechos; y nada de esto se hace aquí.

Se considera un abuso de derecho el que una compensación destinada, como las controvertidas subvenciones, a quien sufre el perjuicio de la devaluación de su producto se desvía hacia quien no participa en los riesgos de dicha devaluación por recibir una cantidad pactada ya asegurada de antemano como es la renta o merced. Sin embargo, partiendo de los hechos ocurridos en la relación arrendaticia y su desenvolvimiento entre las partes, *no puede tacharse de abuso de derecho* el que el acreedor percibiese, de acuerdo con lo convenido, las subvenciones

*EXPOSICION DE LA DOCTRINA MERCANTIL DEL «FACTOR POR NOTORIEDAD» Y DEL «FACTOR POR INSCRIPCION». LA EXCEPCION DE FALTA DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO (SENTENCIA DE 12 DE ABRIL DE 1996.)*

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de La Coruña en Sentencia de 9 de enero de 1991 estima la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. La Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 4.ª) en Sentencia de 13 de julio de 1992 estima en parte el recurso interpuesto contra la referida Sentencia.

El recurso de casación no prospera.

Se denuncia sin éxito, pues el recurso de casación no triunfa la infracción del artículo 24 de la Constitución española y la doctrina legal del litisconsorcio pasivo necesario, aclarándose en el desarrollo que ésta figura jurisprudencial *exige* que el litigio se ventile con todos los que puedan resultar afectados por la Sentencia que se dicte y en íntima dependencia con la vinculación de la cosa juzgada responde a la necesidad de evitar los fallos contradictorios y

principalmente al principio de rango constitucional de que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio.

Se discute —en el caso— si existe falta de legitimación pasiva en la demandada por no tener el carácter o representación con que se le demanda. La jurisprudencia de la Sala tiene declarado que lo característico del litisconsorcio pasivo necesario y lo que provoca la extensión de cosa juzgada es que se trate de la misma relación jurídico-material sobre la que se produce la declaración, pues si no es así los efectos hacia un tercero se producen con carácter reflejo, por una simple conexión o porque la relación material sobre la que se produce la declaración le afecta simplemente con carácter perjudicial, su posible intervención en el litigio no es de carácter necesario (SSTS de 3-5-77, 16-12-86, 24-4-90, 23-10-90 y 1-3-88 sirven de ejemplo).

La denuncia a la infracción de los artículos 1.259 y 1.717 del Código Civil por inaplicación y los artículos 1.727 del Código Civil y 286 del Código de Comercio por aplicación indebida (SSTS de 10-10-63, 15-6-66, 10-5-84, etc.). El Tribunal *a quo* expone la doctrina mercantil del «factor por notoriedad» y del «factor por inscripción».

**LA FALTA DE PRUEBA PERICIAL. INFRACCION DE LOS ARTICULOS 615-618 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. (SENTENCIA DE 13 DE ABRIL DE 1996.)**

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de Zaragoza en Sentencia de 6 de abril de 1990 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 2.ª) desestima el recurso de apelación y confirma la aludida Sentencia con fecha 20 de julio de 1992.

El recurso de casación prospera.

*Doctrina de la Sentencia.*—Se estiman infringidos los artículos 615-618 de la Ley de Enjuiciamiento Civil atinentes al quebrantamiento de las normas que rigen los actos y garantías procesales. Pues bien, de los antecedentes recogidos se pone de manifiesto el fracaso en la práctica de la prueba pericial —que fue admitida en la segunda instancia— es imputable a la Sala *a quo* al dar lugar a la designación como perito de persona que no ejercía su profesión, lo que, por otra parte, no puso en conocimiento de las partes cuando el designado rechazó la citación, siendo asimismo designado como sustituto una persona ya fallecida, al amparo del artículo 1.724 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que consten ni puedan deducirse las razones por las que los nombres de esas personas fueron insaculados en el acto de nombramiento, esta falta de *prueba pericial* ha ocasionado a la recurrente *que la propuso* evidente indefensión dada la estrecha relación que el contenido de la pericia tiene con la cuestión litigiosa y la posición procesal adoptada por el demandado frente a la pretensión actora.

**REPARACION DE DAÑOS EN EDIFICIO. ARTICULO 1.796 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, APARTADO 4. EL RECURSO DE REVISION (SENTENCIA DE 16 DE ABRIL DE 1996.)**

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Baza (Granada) en Sentencia de 3 de octubre de 1991 condena a la demandada. Se interpone recurso de revisión que es desestimado.

*Doctrina de la Sentencia.*—En el presente caso el Juzgado condena a la demandada al pago de la cantidad señalada por la reparación de los daños más el 8 por 100 de dicha cantidad; pues bien, ante estas perspectivas se interpone recurso de revisión. Pues bien, la demanda de revisión no suspende la ejecución de la sentencia objeto del recurso si es que aquélla se encuentra aún en la fase de ejecución. La fuerza de cosa juzgada material y la eficacia ejecutiva de la Sentencia producen todos sus efectos hasta el momento en que se estime, si es que se estima, la demanda de revisión, que, como es sabido, tiene su naturaleza constitutiva. Y la regla general establecida por la propia Ley de Enjuiciamiento Civil es la no suspensión de la Sentencia ejecutiva, regla que quiebra en el único caso en que el Tribunal en vista de las circunstancias, a petición del recurrente, dando fianza y oído al Ministerio Fiscal, ordena que se suspendan las diligencias de ejecución. La fianza a lo que se circunscribe es a comprender el valor de lo litigado y los daños y perjuicios consiguientes a la inejecución de la Sentencia para el caso de que el recurso fuere desestimado, cuánta que en modo alguno ha sido afianzada por la parte recurrente. La contestación a la demanda de revisión se basa en los siguientes hechos: 1) Caducidad del plazo para su presentación: es de destacar cómo la jurisprudencia del Alto Tribunal viene reiterando de forma acusada que la carga del recurrente es precisar el *dies a quo* en que comienza el plazo de caducidad, computándose en caso contrario desde la fecha de la notificación de la Sentencia. Por todo lo dicho se obliga, en consecuencia, a que la parte recurrente pruebe con toda precisión cómo llegó a conocimiento de la existencia del procedimiento y, por lo tanto, de las maquinaciones fraudulentas, algo que obvia seguramente por ser contrario a sus intereses en la demanda de revisión; 2) No se admite en el recurso de revisión cuestiones nuevas que tuvieron su lugar adecuado en el pleito. La doctrina jurisprudencial tiene manifestado la exigencia de que debe existir una relación de causalidad directa entre el motivo que alega y la Sentencia recurrida. En nuestro caso, en ningún momento ha existido una conducta maliciosa imputable y tendente a conseguir una ventaja o lesión.

#### *EL RECURSO DE REVISION. SU NATURALEZA DE EXTRAORDINARIO. CASOS EN LOS QUE SE INTERPONE. (SENTENCIA DE 23 DE ABRIL DE 1996.)*

El Juzgado de Primera Instancia número 36 de Madrid dicta Sentencia firme con fecha 31 de mayo de 1993. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8.ª) en Sentencia de 14 de abril de 1994 resuelve en el sentido de desestimar la solicitud de audiencia al rebelde formulado.

El recurso de revisión interpuesto con fecha 15 de mayo de 1994 contra la citada Sentencia es desestimado.

*Doctrina de la Sentencia.*—La reiterada doctrina de la Sala y en cuanto al tema objeto actual de litis en torno al *recurso de revisión* viene a decir que por su naturaleza de extraordinario y por cuanto vulnera el principio riguroso y casi absoluto de irrevocabilidad de los fallos que hayan ganado firmeza requiere que la interpretación de los supuestos que integran haya de realizarse con criterio restrictivo, pues lo contrario llevaría a la inseguridad de situaciones reconocidas o derechos declarados en la Sentencia con quebrantamiento del principio de autoridad de la cosa juzgada, sin que sea posible, a través de la revisión, examinar y enjuiciar la actuación procesal del Tribunal que dio

lugar a la Sentencia impugnada ni pretender una nueva instancia con un nuevo análisis de la cuestión debatida y resuelta

Dicho recurso ha de interponerse en el plazo de tres meses, contados desde que se descubrieron los documentos, el fraude y la declaración de falsedad, y no hayan transcurrido cinco años desde que se publicó la Sentencia, dicho plazo de tres meses es de caducidad, rigiéndose su cómputo por el artículo 5 del Código Civil. La maquinación fraudulenta precisa la prueba cumplida de hechos que, por sí mismos, evidencien que la Sentencia ha sido ganada por medios de ardidés o artificios tendentes a impedir la defensa del adversario, de suerte que concurra *un nexó causal* eficiente entre el proceder malicioso y la resolución judicial, pudiendo comprender bajo el término maquinación fraudulenta todas aquellas actividades de la actora que vayan encaminadas a dificultar al demandado la iniciación del juicio al objeto de obstaculizar su defensa, asegurando así el éxito de la demanda; y dado su carácter de extraordinario y excepcional, no autoriza a proponer un examen de las cuestiones que ya tuvieron lugar adecuado en el pleito.

I M. G.

## E) SUCESIONES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

*SUCESION EN TITULOS NOBILIARIOS. LINEA COLATERAL. PRINCIPIO DE PROPINCUIDAD. PARTIDA 2.ª, TITULO XV, LEY 2.ª* (SENTENCIA DE 7 DE MAYO DE 1996.)

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Villagómez Rodil, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandante y apelante contra la Sentencia de la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 9 de esta capital, conforme a los siguientes fundamentos de Derecho:

Primero. En la presente contienda procesal sobre conflicto preferencial respecto al mejor derecho para ostentar y poseer el título nobiliario Marqués de... hay que partir del origen de la merced. El Rey don Fernando VII la otorgó mediante Real Carta de 6 de marzo de 1775 a favor de don Alonso González del Valle y Alvarez de Builla (primer Marqués), así como para sus herederos y sucesores, y no sólo a favor de los hijos varones como sostiene el actor del pleito y ahora parte recurrente.

El primer Marqués falleció sin descendencia, quedando vacante el título por un largo período de tiempo, hasta que el descendiente don S. F. O. lo rehabilitó en fecha 21 de julio de 1950 (Carta de Sucesión otorgada el 5 de enero de 1951) De este último poseedor acreditado, una vez que falleció sin herederos, pasó el título nobiliario en conflicto a la demandada, doña A. F. —sobrina de aquél—, que obtuvo Carta de Sucesión el 22 de diciembre de 1966 (Resolución de 14 de julio de 1966), la que previamente había obtenido la cesión de su madre, otorgada en escritura de 24 de enero de 1966.

El problema deriva del criterio a aplicar a las sucesiones nobiliarias a favor de los parientes colaterales, que esta Sala ha resuelto decididamente en las Sentencias de 13 de octubre de 1993 y 16 de noviembre de 1994, las que recogen la doctrina anterior contenida en las Sentencias que se citan y se analizan detalladamente, creando así doctrina jurisprudencial, que es la que ha de mantenerse.

En esta orientación procede estudiar el motivo primero que denuncia infracción de la Ley 2.<sup>a</sup>, Título XV, Partida segunda, y Sentencias interpretadoras, en base a que la Sentencia recurrida descarta la aplicación del principio de propinquidad, para con apoyo en la Sentencia de 20 de junio de 1987, que admitió la representación de los transversales por disposición de la Ley XL de Toro, interpretada y aclarada por la Real Pragmática de 5 de abril de 1615 e incluida en la Novísima Recopilación (Ley IX, Título XVII, Libro X, derogada por Felipe V en 1713). Como ha dicho esta Sala de Casación Civil, la referida Sentencia es única y no conforma jurisprudencia, por lo que el motivo acierta y prospera en la impugnación que plantea. Esta Sala no puede aceptar la tesis de la representación que el Tribunal de Apelación sostiene, aplica y razona sin acierto en el fundamento jurídico tercero de la sentencia que pronunció y sometida en este tiempo procesal a revisión casacional, razonamiento que se sustituye por los que a continuación se expresan.

Segundo. El debate casacional se ve así depurado y proyectado únicamente a la aplicación del principio de propinquidad en cuanto se refiere al más próximo pariente en razón a la proximidad de grado y recogido en las Partidas (Segunda, Ley II del Título XV), pues se dice: «Pero si todos falleciesen debe heredar el Reino el más propincuo pariente que oviesse».

El recurrente alega su mejor derecho basado en que al tiempo de la rehabilitación del título por don S. F. O. (nacido el 24 de junio de 1902), que lo ostentó como segundo Marqués, creando una nueva cabeza de línea en la sucesión de la merced (Sentencia de 11 de diciembre de 1995), vivía su padre, don C. G. V., estando ambos en igualdad de grado, pero éste era el de mayor edad, pues había nacido el 21 de febrero de 1872 y aunque hubiera podido rehabilitar el título como mejor derecho o impugnar la concesión no lo efectuó y, al contrario la respetó y mantuvo hasta su fallecimiento.

El recurrente apoya su reivindicación en la representación que ejercita del mejor derecho que podía asistirle a su progenitor, lo que no procede, pues conforme se deja dicho y es doctrina jurisprudencial no es de aplicación en el global de una sucesión de parientes colaterales regida de forma distinta por principio de propinquidad, ya que, inexistente o extinguida la línea descendente, cesa el principio de representación, con lo que la dignidad se defiende por propinquidad, lo que impone conformar la colateralidad con dos líneas, la primera que asciende y alcanza el tronco común, y la segunda que desde aquel descende hasta el primer titular de la merced honorífica correspondiente de que se trate.

Aplicando el principio de propinquidad al caso de autos y en relación al grado del recurrente con quien obtuvo la rehabilitación, el mismo alcanza el noveno; en cambio, a la recurrida le corresponde el grado cuarto. Las Sentencias que se dejan citadas declaran que el cómputo de transversales medido por la propinquidad se lleva a cabo respecto al último poseedor, es decir, el rehabilitante en este caso, con lo que se alcanza que la recurrida aparece como el pariente más próximo de aquel y no el que promueve esta casación.

Lo razonado y solución que casacionalmente se da, en lo que se deja expuesto, a la controversia procesal coincide con la decisión que integra el fallo de la Sentencia recurrida, si bien por otros y distintos fundamentos, lo que no significa ni impone decretar la casación de la Sentencia que se impugna, conforme reiteradamente ha declarado esta Sala Civil en Sentencias de 5 de octubre de 1987, 20 de diciembre de 1988, 22 de diciembre de 1989 y 9 de septiembre de 1991, entre otras.

Tercero. Si se parte del cómputo con respecto al primer Marqués, como primer poseedor legal —lo que no resulta necesario y sólo es para el estudio de los motivos segundo a quinto— y a efectos de la relación parental y preferencia genealógica, ha de tenerse inevitablemente en cuenta que el título se refiere a sucesores y herederos y no exclusivamente a los hijos varones. No excluyó la primogenitura de doña J. G. V., en cuanto le otorga preferencia (Sentencia de 13 de febrero de 1996), conformando cabeza de línea en la que se integra la recurrida respecto a don M. G. V. como cabeza de línea del recurrente.

No cabe confundir primogenitura con masculinidad y, con mayor razón, si se ha de aplicar el principio de propincuidad cuando el título no lo expresa, como sucede en este caso. La legislación vigente sobre títulos nobiliarios fue restablecida por Ley de 4 de mayo de 1948 (art. 1), en relación al Decreto de 4 de junio de 1948, cuyo artículo 5 proclama que el orden a suceder en todas las dignidades nobiliarias se acomodará estrictamente a lo dispuesto en el título y sólo en el caso de no previsión se mantendrá el que tradicionalmente se ha seguido en esta materia, es decir, con arreglo a los tres factores que condicionan el mejor derecho: primogenitura, masculinidad y representación. De esta manera el rehabilitante resultó más propincuo que el recurrente y lo mismo la recurrida por razón de la proximidad de parentesco de la cabeza de línea de primogenitura en la que ha de reputarse estuvo la merced, pues la del actor corresponde a la segunda genitura, conforme al árbol genealógico aportado al expediente de rehabilitación.

Esta consideración no supone entrar en un análisis de la discriminación por razón de sexo ni aplicación retroactiva de la Constitución, lo que integra el contenido impugnatorio de los motivos segundo a quinto, que resultan improcedentes, ya que no se trata de conflicto entre descendientes directos, con efectos actuales en los que el sexo puede resultar influyente. Esta Sala se ha pronunciado sobre la naturaleza discriminatoria —sancionada como principio general en las Partidas— y sobrevenidamente inconstitucional de la preferencia del varón sobre la mujer al declarar que sólo es aplicable a las sucesiones producidas a partir de la promulgación de la Constitución, lo que significa que la abrogación sobrevenida no opera con retroactividad de grado, máxime para alterar, a la luz de normas hoy vigentes, problemas sucesorios acaecidos y agotados en el tiempo pasado (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1991, 24 de enero y 18 de abril de 1995, y del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 1995); si bien dicha operatividad negativa en el tiempo ha de referirse a los supuestos de transmisiones sucesorias anteriores. No es el caso de autos, pues no se trata de conflicto directo entre varón y mujer, sino de aplicación del principio de propincuidad, de acuerdo con el título que reglamenta la merced nobiliaria que se discute y que no margina la preferencia de edad en cuanto tiene justificación objetiva razonable conforme pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

**TESTAMENTO OLOGRAFO. VICIOS DEL CONSENTIMIENTO. REVOCACION DE TESTAMENTO. ARTICULOS 673, 689, 704 Y 739 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1996.)**

Es posible la adveración de testamento ológrafo en juicio declarativo sin su previa protocolización.

Los vicios del consentimiento son cuestión de hecho, sometidas a la libre apreciación de los Tribunales de instancia.

La revocación del testamento no se produce si consta la voluntad del testador de mantener la vigencia de los dos testamentos al ser el segundo complementario o aclaratorio del primero.

La causante otorgó testamento notarial abierto instituyendo heredero a su hermano —que la premurió—, sustituido por sus descendientes, sobrinos de la testadora, que aceptaron la herencia tácitamente. Al fallecimiento de la testadora aparecieron en su domicilio dos testamentos ológrafos, fechados con posterioridad al notarial, en los que se limita a legar respectivamente el piso que habita y dos millones de pesetas a otra persona por los cuidados prestados. Esta legataria demanda se declare la validez de ambos testamentos ológrafos y la subsiguiente efectividad de ambos legados a su favor

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Zaragoza estimó la demanda en su totalidad, Sentencia que fue confirmada por la de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza. Interpuesto recurso de casación por los demandados y apelantes, el Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Francisco Morales Morales, declara no haber lugar al mismo conforme a los siguientes fundamentos:

Primero. Los presupuestos previos que han de ser aquí consignados son los siguientes: 1.º Doña A. M. G. (nacida el día 6 de mayo de 1891), de estado viuda y sin descendientes, falleció en Zaragoza el día 24 de junio de 1989, bajo testamento abierto de fecha 24 de junio de 1981, otorgado ante el Notario de Zaragoza don José Luis Micó Argiles, bajo el número 501 de su protocolo. 2.º En la cláusula primera de dicho testamento (que fue el último de los abiertos por ella otorgados) la referida causante dispuso lo siguiente: «Primera. Instituye heredero universal, en pleno dominio y con libertad absoluta de disposición, a su hermano de doble vínculo don F. M. G., con derecho de sustitución en caso de premoriencia en favor de sus sobrinos J. M. V., M. M. V. y A. P. M. por partes iguales entre ellos». 3.º Don F. M. G., hermano de la testadora, falleció antes que ésta, concretamente el día 20 de mayo de 1982. 4.º Entre los papeles y documentos dejados en su domicilio por doña A. M. G. aparecieron los dos a los que seguidamente nos referimos. 5.º Uno de ellos, manuscrito en su totalidad, dice textualmente así: «2-9-83. A mi chica B. P. En agradecimiento lo bien que me cuida dandome las medicinas y todo a su debido (*sic*) tiempo como si fuese una hija le dejo mi piso donde avito (*sic*) Paseo de la Constitución 26 -(signo ilegible) B Espero se cumpla mi deseo pues es por mi agradecimiento A. M. (rubricado)». 6.º El otro de los referidos documentos, también manuscrito en su integridad, dice textualmente así. «Zaragoza 15-10-83 Yo A. M. En plenas facultades mentales dejo a B. P. dos millones de pesetas por cuidar de sus cuidados A. M. (rubricado) Son las tres de la tarde»

Segundo. En septiembre de 1990, doña B. P. promovió contra don J. y doña M. M. V., doña A. P. M. y contra la herencia yacente y otros herederos de doña A. M. G. el juicio de menor cuantía de que este recurso dimana, en

el que postuló se dicte Sentencia por la que (según se dice textualmente en el *petitum* de la demanda) «declare y condene a los demandados a lo siguiente: 1.º Que son válidos y pueden ser protocolizados los testamentos ológrafos otorgados por doña A. M. G. en 2 de septiembre y 15 de octubre de 1983, ordenando legados en favor de B. P. 2.º Que doña A. M. G. tenía aceptada tácitamente la herencia testada de su premuerto hermano don F. 3.º Que los herederos de doña A. M. G. están obligados en todo caso a hacer inmediata entrega a la indicada legataria de la totalidad del piso 10.º B o izquierda de la casa número 26 del Paseo de la Constitución y la cantidad de dos millones de pesetas, más los intereses legales de esta cantidad desde la presentación de esta demanda. 4.º Que es procedente la inscripción en el Registro de la Propiedad del legado del piso o vivienda de autos en favor de doña B. P. con cancelación de las inscripciones contradictorias».

En dicho proceso (en el que solamente se personaron don J. y doña M. M. V., por lo que los demás codemandados fueron declarados en rebeldía), en su grado de apelación, recayó Sentencia de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza por la que, confirmando íntegramente la de primera instancia, estima todos los pedimentos de la demanda (que antes han sido transcritos literalmente), si bien la petición de cancelación de las inscripciones contradictorias (pedimento 4.º) la matiza en los siguientes términos: «Siempre que se trate de inscripciones a favor de la causante y su hermano o de los demandados en este pleito».

Contra la referida sentencia de la Audiencia, dos de los codemandados, concretamente don J. y doña M. M. V., han interpuesto el presente recurso de casación, que articulan a través de tres motivos, todos ellos con residencia procesal en el ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en su redacción actualmente vigente).

Tercero. Por el primero de dichos motivos se denuncia textualmente «inaplicación de los artículos 689 y 704 del Código Civil, en relación con el artículo 1.969 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la jurisprudencia que los interpreta, entre otras, las Sentencias de 3 de mayo de 1909, 11 de febrero y 29 de octubre de 1956 y 27 de abril de 1979». En el alegato integrador de su desarrollo los recurrentes vienen a sostener, en esencia, que no es posible acudir directamente a un juicio declarativo ordinario para obtener la declaración judicial de validez y eficacia, como testamento ológrafo, de un determinado documento, sino que para ello es preciso haber obtenido previamente, parecen querer decir, la protocolización del mismo en la forma que determinan los artículos 689 y siguientes del Código Civil.

El expresado motivo ha de ser desestimado por las razones que seguidamente se exponen. Las Sentencias que se invocan en el antes transcrito encabezamiento del motivo (alguna de las cuales, concretamente la de 27 de abril de 1979, no existe, y otra, la de 29 de octubre de 1956, no es de ese mes, sino de septiembre) no contienen la doctrina que aquí parecen sostener los recurrentes, sino que se limitan a declarar, con acertado criterio, que aquí se mantiene, que no es posible reclamar en juicio supuestos derechos con base en un documento que la parte reclamante considera que es un testamento ológrafo si previamente no ha obtenido la protocolización del mismo en la forma que determinan los artículos 689 y siguientes del Código Civil. Pero en el presente caso no se trata de eso, sino de obtener la declaración judicial de que un determinado documento es válido y eficaz como testamento ológrafo, lo cual puede pretenderse directamente a través de un juicio declarativo or-

dinario sin haber tenido que obtener previamente la protocolización del mismo, como así lo tiene proclamado esta Sala en Sentencias de 31 de enero de 1911 y 28 de enero de 1914, la primera de las cuales declara lo siguiente: «... siendo así que esas mismas solemnidades, en lo que tengan de fundamental para hacer constar la voluntad de un testador y su forma legal de expresión, pueden y deben acreditarse, bien en el expediente de jurisdicción voluntaria previsto en el Título 6.º, Libro 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien en el correspondiente juicio contradictorio..»; y agregando la segunda que: «.. no puede admitirse, como se pretende en el recurso, que la no existencia de esa protocolización les prive de su carácter ni obste para que en el procedimiento de juicio ordinario, como se ha hecho en este caso, pueda sostener su validez o solicitar la declaración de nulidad, porque en cuanto a lo primero así lo reconoció este Tribunal, entre otras, en su Sentencia de 31 de enero de 1911, declarando la eficacia de disposición testamentaria que no estaba protocolizada...» La expresada solución es la que aquí se mantiene subsistente, ya que el juicio declarativo ordinario, con la plenitud de conocimiento que comporta, ofrece mayores garantías de acierto que un acto de jurisdicción voluntaria, cual el que regulan los artículos 689 y siguientes del Código Civil, siempre que, como es obvio, no haya transcurrido el plazo de caducidad que establece el primero de los citados preceptos y, además, en dicho juicio ordinario se dé posibilidad de ser oídos a todos los parientes del testador que relaciona el artículo 692 de dicho Código (el cónyuge sobreviviente si lo hubiere, los descendientes y los ascendientes y, en defecto de unos y otros, los hermanos), lo que en el caso que nos ocupa no fue necesario, pues la testadora, doña A. M. G., falleció en estado de viuda, sin dejar descendientes ni ascendientes, ni hermanos, y habiendo figurado como demandados en este proceso los que habían sido instituidos herederos en testamento abierto por la referida testadora, que eran los que extrajudicialmente se habían negado a reconocer todo valor y eficacia a los testamentos ológrafos objeto de litis en los que la expresada testadora dejaba sendos legados a doña B. P., la cual ante dicha actitud obstativa de los herederos se vio forzada a promover este juicio declarativo ordinario para que el órgano jurisdiccional competente, con la plenitud de conocimiento, repetimos, que dicho proceso comporta, declarara la validez y eficacia de los testamentos ológrafos objeto de litis, como así ha ocurrido.

Cuarto. En el motivo segundo, que se dice formulado «con carácter eventual, para el caso de que el motivo precedente no sea estimado y se entre a valorar el fondo de la controversia», se denuncia textualmente «inaplicación del artículo 673 del Código Civil, en relación con los artículos 1.265 y 1.269 del Código Civil y la jurisprudencia que los interpreta, entre otras, las Sentencias de 3 de junio de 1942, 1 de julio de 1946, 2 de febrero de 1950, 5 de junio de 1979 y 1 de junio de 1972», y en su extenso y confuso alegato los recurrentes hacen referencia a la posible, según ellos, influencia dolosa de la beneficiada por los testamentos ológrafos sobre la voluntad de la testadora y a que ésta no tuviera intención de legar a doña B. P. (en el testamento ológrafo de fecha 2 de septiembre de 1983) la propiedad del piso a que el mismo se refiere, sino solamente su uso. Ante todo, ha de constatarse que la mezcla de cuestiones heterogéneas que los recurrentes hacen en el alegato del motivo (posible vicio del consentimiento de la testadora, por un lado, y defectuosa interpretación por los Juzgadores de la instancia del testamento ológrafo de fecha 2 de septiembre de 1983, por otro) habría aconsejado, con arreglo a una correcta técnica casacio-

nal, la formulación de motivos separados e independientes. Hecha la anterior puntualización, el expresado motivo, en la referida doble faceta impugnatoria que contiene, ha de ser desestimado por las razones siguientes: 1.ª Es reiterada doctrina de esta Sala, cuya notoriedad excusa una cita pormenorizada de la misma, la de que el tema relativo a la existencia o no de vicios del consentimiento es una cuestión de hecho sometida a la libre apreciación de los Tribunales de la instancia, y en el caso aquí examinado la sentencia de primera instancia, cuyos razonamientos acepta expresa e íntegramente la aquí recurrida, declara que: «... de lo actuado no se coligen sino insinuaciones, posibilidades e incluso intuiciones, pero no existe prueba alguna —ni siquiera la apreciación conjunta de la practicada— que permita llegar a la conclusión de que los testamentos litigiosos fueron hechos sin la debida libertad de disposición» (FJ 3.º de la Sentencia de primera instancia que, como se ha dicho, acepta expresamente la aquí recurrida), cuyos hechos, que declaran probados las coincidentes Sentencias de la instancia y que excluyen todo vicio en el consentimiento de la testadora, doña A. M. G., han de ser mantenidos incólumes en esta vía casacional al no haber sido desvirtuados por medio impugnatorio adecuado para ello, sin que la jurisprudencia contenida en las Sentencias de esta Sala que invocan en el transcrito encabezamiento del motivo sea de aplicación al presente supuesto litigioso, pues en dichas Sentencias se contemplan y resuelven casos concretos en que aparecía probada la existencia de vicio en el consentimiento de la testadora, lo que, como acaba de decirse, aquí no consta acreditado 2.º Asimismo, es reiterada e igualmente notoria doctrina de esta Sala la de que la interpretación de los testamentos es función exclusiva de los Tribunales de la instancia, cuyas conclusiones hermenéuticas han de ser mantenidas en casación, salvo que puedan ser calificadas de ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o a la Ley, ninguna de cuyas calificaciones es atribuible o imputable a la interpretación que de los dos claros testamentos ológrafos litigiosos ha hecho la Sentencia recurrida, la cual declara expresamente lo siguiente: «Pero a la luz del artículo 675 del Código Civil los términos en que se expresa la causante son diáfanos —»a mi chica... dejo mi piso donde avito» (*sic*); «dejo a B. P. dos millones de pesetas»— en cuanto expresión de una real voluntad de constituir sendos legados en favor de la actora, que desvirtúa por completo las meras especulaciones basadas en aquellos datos circunstanciales» (FJ 3.º de la Sentencia aquí recurrida), cuya declaración hermenéutica esta Sala acepta y mantiene subsistente por considerarla acertada y plenamente concorde con la libre voluntad de la testadora.

Quinto. El motivo tercero y último aparece formulado «con carácter subsidiario a los dos motivos anteriores», y en el mismo, mediante denuncia textual de «inaplicación del artículo 739 del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta, entre otras las Sentencias de 1 de febrero de 1988 y 7 de mayo de 1990», los recurrentes vienen a sostener, en esencia, que el primero de los testamentos ológrafos (el de fecha 2 de septiembre de 1983) ha de entenderse revocado por el segundo de ellos (el de fecha 15 de octubre de 1983) al no haber manifestado la testadora en este segundo, dicen, su voluntad de que subsistiera también el primero ni aparecer tampoco probado, agregan, que la intención de la testadora fuera la de mantener también el primero de ellos.

Para dar una adecuada respuesta casacional al expresado motivo ha de tenerse en cuenta que, con relación a la correcta interpretación del párrafo primero del artículo 739 del Código Civil, que contempla la revocación tácita de un testamento anterior por el posterior perfecto si el testador no expresa

en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte, la Sentencia de esta Sala de fecha 7 de mayo de 1990 (que es, precisamente, una de las que los recurrentes invocan en el transcrito encabezamiento del motivo) tiene declarado que «superado un primitivo criterio rigorista de ineludible exigencia de que la voluntad del testador en el indicado sentido había de aparecer explícita y formalmente expresada en el testamento posterior, sin cuyo requisito en ningún caso podía pervivir total o parcialmente el anterior, el nuevo y más flexible criterio jurisprudencial, ya iniciado en las Sentencias de esta Sala de 22 de marzo de 1901, 17 de junio de 1915 y 11 de diciembre de 1929, y consolidado en la reciente de 1 de febrero de 1988, coincidente además con el de la doctrina científica mayoritaria y con el que ya adoptó la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de 12 de septiembre de 1947 y 18 de diciembre de 1951) es el de que la «voluntad» que se exige en el párrafo primero del artículo 739 del Código Civil para dejar subsistente un testamento anterior puede ser no sólo la explícita o expresa en tal sentido, sino también la que se deduzca del tenor de ambos testamentos cuando, aplicando las reglas de interpretación que establece el artículo 675 del mismo cuerpo legal, aparezca evidente la intención del testador de mantener o conservar el testamento anterior, respecto del cual el posterior sea complementario, aclaratorio o simplemente modificativo». Con base en la expresada doctrina jurisprudencial, el motivo al que nos venimos refiriendo ha de ser también desestimado, ya que la Sentencia recurrida, al realizar la interpretación de los dos testamentos ológrafos, en los que solamente se ordenan dos legados (uno en cada uno), declara probado que la voluntad de la testadora fue la de mantener la coexistencia de los dos referidos testamentos «tanto en la relación del uno con el otro como, dado su carácter eminentemente codicilar, en su conexión con la institución de herederos universales de los demandados efectuada en el testamento abierto de 24 de junio de 1981» (FJ 4.º de la Sentencia aquí recurrida), cuyo resultado hermenéutico, en cuanto función propia, según antes se dijo, de los Juzgadores de la instancia ha de ser mantenido subsistente en esta vía casacional al ser plenamente acertado y concorde con la evidente intención de la testadora.

*Comentario.*—Ante la norma contenida en el artículo 739, párrafo primero, del Código Civil caben dos criterios.

1.º Interpretación literal Como el precepto es claro, resulta que:

a) El testamento posterior perfecto, esto es, que reúna todos los requisitos legales, revoca al anterior *en su totalidad*, incluso aunque en el posterior no se disponga de todos los bienes; con la consecuencia, en este caso, de que habrá de abrirse la sucesión intestada conforme al artículo 912.2 del Código Civil.

b) Para evitar este radical efecto no le queda otro remedio al testador que *expresar* su voluntad de que subsiste el testamento anterior en todo o en parte. Los términos legales son harto claros: sin voluntad expresa favorable no hay subsistencia. Lo expreso, efectivamente, equivale a claro, patente, especificando, pues «expresar» es manifestar con palabras lo que uno quiere dar a entender según el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española.

Esta interpretación se ajusta a la letra de la Ley y puede denominarse por ello *secundum legem* y también tradicional, pues ha sido la mantenida casi unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia hasta fechas recientes.

2.º Interpretación crítica o correctiva. Comienza por admitir la pluralidad de testamentos *compatibles*, sin necesidad de salvedad expresa, de tal modo que

el testamento posterior perfecto únicamente revocaría al anterior en aquellos extremos que se pongan al mismo. Lo que, se afirma, está de acuerdo con la voluntad tácita o presunta del testador, inducida conforme al artículo 675 del Código Civil.

Este segundo criterio parece que no se ajusta en modo alguno a la letra de la Ley, sino que va mucho más allá, hasta el punto de que se puede afirmar que es opuesto a ella. Sería, por tanto, una interpretación *contra legam* injustificada ya que se carece de laguna legal y cuyo fundamento, frente a la objetividad, claridad y seguridad que proporciona el criterio anterior, es puramente subjetivo, con la incertidumbre que ello encierra, pues se basa en la presunta voluntad del testador, presunción que cae fuera de los límites autorizados por el artículo 739. No obstante lo cual esta interpretación ha conseguido alcanzar un notable predicamento, injustificado a mi juicio.

La aplicación de los divergentes criterios expuestos al caso presente produce también, como es lógico, consecuencias diversas. Conforme al primero, resultaría:

a) El testamento notarial abierto quedó revocado por el primero de los testamentos ológrafos.

b) El primero de los testamentos ológrafos resultó revocado por el segundo.

c) En consecuencia, la legataria, en vez de recibir el piso y los dos millones de pesetas recibiría tan sólo esta última cantidad, abriéndose la sucesión intestada en cuanto a los demás bienes no dispuestos en el único testamento válido, siendo herederos los sobrinos de la testadora, que son precisamente los instituidos en el testamento notarial.

Esta solución no parece repugnar a una posible voluntad de la testadora, pues no puede estimarse descabellado que la misma fuese la de sustituir la manda del piso por la de los dos millones de pesetas. Esta conclusión tendría a su favor que la testadora no hace alusión alguna del piso en el segundo testamento (no expresa «lego, además del piso...») y que ambos legados tienen la misma causa: los cuidados prestados a la testadora, así como el escaso tiempo que media entre el otorgamiento de ambos testamentos. Añádase a esto la redacción de este segundo testamento con una expresión «por cuidar de sus cuidados» poco coherente.

En cambio, al aplicar, como lo hacen los diversos órganos judiciales que entendieron en el presente caso, el segundo de los criterios expuestos se llega a la compatibilidad de ambos testamentos ológrafos. La cual, empero, no puede basarse ni siquiera como *obiter dictum* en el «carácter eminentemente codicilar» de la disposición testamentaria, pues el mismo debería atribuirse al primer testamento ológrafo, con lo que vendríamos a mantener la vigencia del primer testamento notarial. Y el codicilo no está admitido con carácter general en nuestra Patria, pues lo rechaza el Código Civil y tampoco rige en Aragón. A pesar de ello, las Sentencias mantienen la validez de los tres testamentos.

*PARTICION DE SOCIEDAD DE GANANCIALES. RESCISION POR LESION.*  
(SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1995.)

Interpuesto recurso de casación por la parte demandada y apelada contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, revocatoria de la del Juz-

gado de Primera Instancia número 1 de dicha ciudad, el Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa, declara no haber lugar al mismo y confirma la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, que había estimado procedente la rescisión por lesión.

En este pleito se ventuló una simple cuestión de prueba, de modo que acreditado que el marido había percibido menos de la cuarta parte de lo que legalmente le correspondía, no podía recaer otra resolución distinta a la indicada.

*PARTICION DE HERENCIA. ARTICULO 1.058 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1996.)*

Dos hermanos, Emilio y José, suscribieron documento privado en el que, como únicos herederos de sus padres, se adjudicaban los bienes integrantes de sus herencias. Emilio demanda a su hermano José a fin de que otorgue la correspondiente escritura de partición conforme a los términos del documento privado.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Los Llanos de Aridane estimó la demanda, Sentencia que fue confirmada por la de la Sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Tenerife. El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa, declara no haber lugar al recurso haciendo suya la consideración de la Audiencia, según la cual «lo reflejado en el documento fue la manifestación por ambos hermanos de la facultad que el artículo 1.058 del Código Civil otorga a los herederos capaces para distribuir la herencia de la forma que tengan por conveniente sobre la precedente de los padres de ambos, realizando así una partición de naturaleza contractual en la que concurren todos los requisitos propios de esta clase de negocios»

*ALBACEAZGO. DURACION. ARTICULOS 904 A 906 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 1996.)*

El Abogado contador-partidor testamentario, que no había solicitado la prórroga de su cargo del Juez ni de los herederos, demanda, una vez transcurrido el plazo de duración, a la viuda del testador y a los hijos de éste para que en unión del actor comparezcan ante Notario para formalizar la liquidación y división de la sociedad de gananciales, con la finalidad de que se pudiesen realizar las operaciones sucesorias del causante.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Móstoles desestimó la demanda por falta de legitimación activa del actor, Sentencia que fue confirmada por la de la Sección 11 de la Audiencia Provincial de Madrid. Interpuesto recurso de casación por el Letrado demandante y apelante, el Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Gullón Ballesteros, declara no haber lugar al recurso de casación.

*Comentario* —La dura competencia inclina a algunos Letrados a designarse como contadores-partidores y albaceas de sus clientes a fin de percibir luego los correspondientes honorarios, siendo así que su actuación no añade nada

a la notarial, pudiendo prescindirse perfectamente de ella por los sucesores que quieran evitar gastos superfluos. Esto parece que fue lo sucedido en el presente caso, en el que el Notario autorizante del testamento no tuvo la precaución de insertar la salvedad de este o parecido tenor: Nombro albacea y contador-partidor para el caso de que mis sucesores no realicen por sí la partición, a.. »

F. C. L.

INFORMACION  
BIBLIOGRAFICA



BALLARÍN MARCIAL, ALBERTO, y otros: *Derecho Agrario. IV Congreso Nacional*. Editorial Agrícola Española, Madrid, 1995. Un tomo de 448 páginas.

En octubre de 1994 se celebró en Madrid, en el salón de actos del por entonces aún vivo Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, este Congreso, organizado por la Asociación Española de Derecho Agrario, con la colaboración de la Comunidad de Madrid y la Universidad Politécnica y Colegio de Ingenieros Agrónomos de Madrid. Se trataba de estudiar en especial los problemas de la agricultura cuando se relaciona con el fenómeno urbano.

En este libro se recogen las ponencias desarrolladas y las comunicaciones que se aportaron, facilitando así su reunión y la posibilidad de leerlos conjuntamente. Hay que agradecer la edición del libro al Servicio de Publicaciones del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, con la financiación de la Comunidad de Madrid y el especial empeño puesto por el Colegio de Ingenieros Agrónomos de Madrid.

El Congreso fue un éxito de asistencia por la altura de los trabajos aportados y el gran interés con que lo siguieron los asistentes. Hubo debates muy vivos e intervenciones muy documentadas tanto de juristas como de técnicos.

Hizo la presentación el Presidente del Comité organizador, ALBERTO BALLARÍN MARCIAL, Notario e iusagrarista de máximo prestigio, el cual explicó que en los precedentes Congresos nacionales celebrados por la Asociación Española de Derecho Agrario se habían expuesto temas agrarios enfocados por las normas autonómicas. Pero en esta reunión se trataba de estudiar con espíritu crítico científico la problemática importante en este momento tanto a nivel comunitario como nacional, prestando particular atención a las cuestiones más candentes del agro y de la conservación de la naturaleza. Ahora le tocaba a la Comunidad de Madrid, patrocinadora del Congreso.

El programa del Congreso incluía el tema de los llamados derechos de producción, característicos del nuevo Derecho de la Unión Europea tras la reforma de Macsharry, plasmada en las medidas de 1992. Se trata de buscar criterios ordenadores para los juristas que han de aplicar en la práctica la normativa emanada de Bruselas.

Descendiendo de lo comunitario a lo específicamente español, se trató el tema del fenómeno urbano y sus influencias en la esfera agraria, lo que se manifiesta de modo agudo no sólo en los cinturones de Madrid y Barcelona, sino en varias otras muchas ciudades intermedias que se expanden a costa del campo que las circunda. Y en el mismo orden están las cada vez más frecuentes ocupaciones ilegales y dañinas de las vías pecuarias, que piden remedio urgente.

Todo ello se trató a lo largo de tres días de laboriosas sesiones y ahora se recoge en este libro que resumimos:

Tema primero: *El Derecho Agrario y el fenómeno urbano*

En este ámbito se estudió la cuestión de lo que ya se conoce como agricultura periurbana y que tan agudamente se presenta en la actualidad, motivando la enérgica reglamentación tanto de la legislación del suelo como de las leyes agrarias. Por cierto que la última y más efectiva de éstas, la de Modernización de Explotaciones Agrarias de julio de 1995, ya ha sido posterior a aquellos estudios y por eso no pudo ser contemplada. Pero sí se pusieron de manifiesto los males de la excesiva parcelación, a la que ésta trata de poner remedio.

En el libro se recogen los textos de los siguientes estudios sobre el tema que allí se expusieron:

- «Ordenación y uso del suelo rústico», por CRUZ GONZALO LÓPEZ-MULLER y GÓMEZ.
- «La parcelación del suelo periurbano», por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS.
- «El cooperativismo, punto de encuentro entre el fenómeno urbano y el mundo rural», por SARA ALCÁZAR.
- «Algunos aspectos del turismo rural», por JOSÉ DE LAS HERAS
- «Régimen jurídico del suelo no urbanizable», por JESÚS M. LOBATO.
- «El fenómeno urbano y el uso del suelo rústico», por JOAQUÍN ROCA.

Tema segundo: *Los derechos de producción*

Se trata de aplicar la normativa comunitaria a la española que ha de desarrollarla. Una de las cuestiones más difíciles es la de si es posible la transmisión independiente de estos derechos o ha de ser accesoria con respecto a la explotación a que pertenecen. Estos derechos son una figura nueva, difícil de encajar en nuestros esquemas clásicos por su tinte intermedio entre las esferas administrativas y civilista.

Por eso, dos profesores especialistas, JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA SÁENZ y JOSÉ LUIS PALMA FERNÁNDEZ, abordaron su estudio y aquí se recogen sus respectivas ponencias sobre estos derechos de producción en las explotaciones agrícolas y forestales y en las explotaciones pecuarias.

Otras comunicaciones sobre este tema fueron:

- «Aproximación al concepto de productor en la legislación agraria comunitaria», por M.<sup>a</sup> GUADALUPE GONZÁLEZ TAÑO.
- «El consentimiento del propietario no contratante en la retirada de tierras», por PILAR DE LA HAZA y ELENA MARTÍNEZ HENS.
- «Reforestación de tierras agrarias: ¿Suelo agrícola o forestal? Régimen jurídico», por FÉLIX LÁZARO.
- «Derechos de producción: aproximación a un concepto técnico-jurídico», por JOSÉ MARÍA MONTOLIO.
- «Naturaleza, estructura y transferencia del derecho al suplemento para el trigo duro», por ANTONIO MOHÍNO.

Tema tercero: *Vías pecuarias*

Este tercer tema del Congreso es también de gran importancia práctica, sobre todo para el ámbito de la Comunidad de Madrid, donde se han produ-

cido masivas ocupaciones ilegales de estas vías, especialmente en la llamada Cañada Real. Aquí ya se tenía a la vista el Proyecto de Ley que se ha promulgado después, el 23 de marzo de 1995 y que ahora ha de desarrollarse por las respectivas Comunidades Autónomas, a las que la Ley confía la defensa de las vías pecuarias existentes en su territorio. El Catedático JOSÉ LUIS SAINZ VÉLEZ disertó sobre la situación actual de estas vías exponiendo sus criterios para conseguir su mantenimiento, modificación y reconversión.

Las comunicaciones presentadas y que se recogen en el libro son las siguientes:

— «El régimen foral histórico aragónes sobre trashumancia ganadera y vías pecuarias», por JOSÉ LUIS ARGUDO.

— «La Mesta, aproximación a una jurisdicción privada», por AGUSTÍN BOCOS.

— «Pasado, presente y futuro de las vías pecuarias españolas: hacia una planificación», por ADOLFO CAZORLA y JULIO MERINO.

— «Capacidad de las vías pecuarias para acoger otros usos», por ANA MARÍA RICO.

— «Vías pecuarias y prescripción», por JOSÉ DAMIÁN TÉLLEZ.

— «Ocupaciones, aprovechamientos y usos complementarios o alternativos de las vías pecuarias», por MARCELINO J. TOUBES.

— «Las vías pecuarias: pasado y presente de unos caminos con futuro», por HILARIO VILLALVILLA.

En la sesión de clausura se trataron los problemas jurídico-agrarios de la Comunidad de Madrid como modelo de agricultura periurbana en una mesa redonda en la que fueron ponentes el Director General de Agricultura de la Comunidad, ISMAEL DÍAZ YUBERO; los Ingenieros JOAQUÍN CASTILLO SEMPERE y DOMINGO GÓMEZ OREA, el Notario JUAN FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL y los Registradores de la Propiedad JOSÉ LUIS LASO y quien escribe este comentario. La discusión fue muy interesante y se manejaron datos y realidades del agro madrileño porque, según se dijo acertadamente, «Madrid también es campo»

Y como final se incluye en el libro una magistral conferencia sobre la agricultura periurbana a cargo del Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense don ALEJANDRO NIETO GARCÍA, el cual expuso una realidad que pudo parecer pesimismo, pero que se debe tener en cuenta para llegar a soluciones posibles; quien no calcula las verdaderas posibilidades no es un optimista sino un insensato.

Este es el resumen de otro libro sobre Derecho Agrario, mi manía. En este caso con el dato de recoger un Congreso que abundó en interesantes temas concretos y donde se palpó la visión interdisciplinaria de la agricultura, porque junto a los trabajos de los juristas se presentan las aportaciones de los economistas e ingenieros que vienen a completar el panorama.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Registrador de la Propiedad

O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER: *Compendio de Derecho Civil*. Tomo IV. «Derecho de Familia» (adaptado al programa de las pruebas de selectividad para el acceso a la carrera judicial. Acuerdo del CGPJ de 28 de mayo de 1996). Cuarta edición, corregida y puesta al día, Editorial Revista de Derecho Privado (EDERSA), Madrid, 1996. Un volumen de 368 páginas.

## I. EL AUTOR Y SU OBRA

1. Unos días pasados había hecho para esta misma REVISTA —con motivo de dar noticia de una de sus obras (*Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*)— una breve semblanza y características más relevantes del autor, sus actividades y publicaciones y su gran dedicación a la docencia. Remito, por tanto, al benévolo lector a aquellas páginas, que pueden y deben darse aquí por reproducidas literalmente.

Es buena muestra de lo dicho en aquel lugar el ejemplo aquí presentado: la nueva edición (cuarta, por ahora) de su ya famoso *Compendio*, en su tomo IV dedicado al «Derecho de Familia» (en su día, una de las «debilidades» del abajo firmante). Respecto de esta obra —genéricamente— ya expuse allí que, aunque en principio pensada y preparada como «a modo de contestación» al programa de ingreso en la carrera judicial, vino a trascender ese limitado ámbito inicial por la extraordinaria acogida en el sector estudiantil y aun por una buena parte de los Abogados ejercientes a causa de o en función de la precisión y rigor técnico, unidos a la claridad y sencillez expositivas de las materias tratadas en el texto.

2. Respecto de este tomo IV («Derecho de familia»), la estructura general del mismo se corresponde —lo cual no deja de ser normal, por obvio— con el respectivo «Programa» de ingreso aludido, con la salvedad de que los temas del Programa van aquí enumerados como «Lecciones», de la 1 a la 11.

3. Esta es la descripción general de esa estructura, cuyo índice es como sigue:

1.º El Derecho de Familia. El matrimonio. Sistemas matrimoniales. Sistema vigente en el Derecho español. El conflicto del doble matrimonio civil y religioso en el vigente Derecho. Las uniones familiares de hecho.

2.º Regulación del matrimonio en el Código Civil

3.º La ineficacia del matrimonio. Nulidad Efectos civiles de las sentencias canónicas de nulidad. Régimen del Derecho Internacional Privado en la materia. Separación. La separación de hecho. Disolución del matrimonio. Efectos comunes de la nulidad, separación y divorcio. Conflictos de leyes y de jurisdicciones en materia de separación y disolución del matrimonio.

4.º Efectos personales del matrimonio. Efectos patrimoniales: los regímenes económico-matrimoniales. Sistema del Código Civil. El régimen matrimonial primario. Las capitulaciones matrimoniales. Modificación de las capitulaciones.

5.º El régimen de comunidad de gananciales. Bienes privativos de los cónyuges y bienes gananciales. Régimen de los bienes privativos. Cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales. Administración y disposición de bienes gananciales. Disolución y liquidación de la comunidad de gananciales.

6.º El régimen de participación. El régimen de separación de bienes. El régimen matrimonial de bienes en el Derecho Internacional Privado. El régi-

men económico-matrimonial en Aragón, Vizcaya, Navarra, Cataluña y Baleares. El Fuero de Baylío.

7.º La filiación. Régimen general de la filiación matrimonial. Régimen general de la filiación extramatrimonial. Acciones de reclamación y de impugnación. La investigación de la paternidad. Reproducción asistida.

8.º La adopción. Concepto y naturaleza jurídica. Requisitos. Efectos. Extinción. Guarda y acogimiento de menores. Régimen de la filiación en el Derecho Internacional Privado.

9.º La patria potestad. Elementos personales. sujetos. Efectos. Prórroga y rehabilitación. Extinción. Suspensión. Especialidades en los Derechos Civiles Forales o Especiales.

10. La tutela. Tutela. La curatela. El defensor judicial. La tutela o guarda de hecho.

11. El derecho de alimentos. Clases de alimentos. Personas obligadas. Orden de preferencia. Cuantía. Exigibilidad y forma de cumplimiento. Extinción.

4. Situado ahora frente a este volumen, no voy a incurrir en el abuso de extenderme acerca de su contenido. Además de los datos dichos en orden a redacción y expresión típicos del autor, hay que aludir a las oportunísimas notas a pie de página (siempre actualizadas, lo que es de agradecer) y las menciones jurisprudenciales (simples, abreviadas o compendiadas, según el caso y la materia en que se citan). Todo ello refunda en un enriquecimiento notable de la obra, paradójico, por otra parte, dada su finalidad estrictamente «de iniciación» o «introducción a» cada materia.

## II. COMENTARIO

Inútil decir que me voy a limitar aquí también a una visión de conjunto de este volumen, dedicando mi atención a aquellos puntos o temas llamativos por su litigiosidad, trascendencia o tratamiento doctrinal diferenciado

Tratamiento el del autor perfectamente sistematizado y de enorme fuerza didáctica expositiva. Son, a mi juicio, puntos relevantes de esta obra, por su exposición detallada y amplia y por la claridad del análisis, los que siguen:

- Configuración y notas características del Derecho de Familia. Caracteres del negocio jurídico familiar
- Caracteres y requisitos del matrimonio
- Análisis completo de las «uniones familiares de hecho», con numerosísima bibliografía y jurisprudencia actualizadas.
- Causas de nulidad y de separación del matrimonio
- Disolución del matrimonio.
- Efectos comunes de la nulidad, separación y divorcio, con especial énfasis en las usualmente llamadas «medidas provisionales» y «medidas definitivas» (también con abundante jurisprudencia en la materia).
- Principios rectores de los llamados «efectos personales» del matrimonio y magistral exposición de los regímenes económico-matrimoniales y del llamado «régimen matrimonial primario».
- Exposición muy completa de la materia de las capitulaciones matrimoniales: especial énfasis en la distinción —en su día ya apuntada por el firmante— entre *contenido típico* y *atípico* de los capítulos, y en lo relativo a la

*modificación* de las capitulaciones (con relevancia de la jurisprudencia aportada en orden al art. 1 317 CC).

- Configuración jurídica del régimen de comunidad de gananciales, con perfecto diseño del régimen de los bienes privativos y los bienes gananciales (llamativa jurisprudencia en orden al art. 1.361 CC sobre la presunción de ganancialidad) y de la materia de cargas y obligaciones de los bienes gananciales.
- Análisis de la administración y la disposición de bienes gananciales, con numerosa jurisprudencia (en especial, en orden al art. 1.385, párr. 2.º, CC).
- Examen de la liquidación de la sociedad de gananciales y de las consiguientes operaciones divisorias (también con abundante jurisprudencia).
- Completo estudio del régimen de separación de bienes
- Diseño claro de los regímenes económico-matrimoniales de los territorios «forales» (*hoy llamados «Derechos Civiles Territoriales»*).
- Análisis de los efectos de la filiación y del régimen general de la filiación matrimonial y de la extramatrimonial: todo ello con abundante jurisprudencia.
- Examen de las acciones de reclamación y de impugnación de la paternidad: con numerosísima bibliografía y jurisprudencia (en especial en orden a las pruebas biológicas).
- Tratamiento completo de las técnicas de reproducción asistida.
- Análisis detallado y completísimo en orden a la adopción (configurada al modo tradicional como un negocio jurídico privado familiar).
- Examen de la titularidad y contenido (personal y patrimonial) de la patria potestad.
- Estudio completo de la tutela, incluido el supuesto de tutela «de hecho».
- Análisis cuidado del derecho de alimentos (también con numerosa jurisprudencia al respecto)

2. Una vez dada cuenta de lo que en estructura y contenido represente este volumen, poco cabe añadir a cuanto se ha dicho más arriba en orden a las características y modo de hacer del autor.

Representa, a mi modo de ver, un ejemplo singular de cuidada simbiosis de teoría y de práctica jurídicas, de forma tal que el resultado viene a conectar siempre con la problemática de la vida real del día a día y el análisis aclara y ayuda en todo momento al jurista práctico en su quehacer cotidiano.

#### RESUMEN

1. Obra muy cuidada que prestigia a la editorial y al autor.
2. Obra que sigue la trayectoria ya iniciada en otras anteriores por el autor, con las habituales características de las publicaciones del mismo: precisión, claridad, sentido práctico.
3. Visión en panorámica de los aspectos más interesantes del contenido de la obra, con la nota llamativa de la muy numerosa jurisprudencia en cada punto tratado.
4. Volumen interesante y de indudable utilidad tanto para el jurista práctico como para quienes, estudiantes o no, se inicien en el estudio de la materia del Derecho de Familia.

MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, JOSÉ *El impuesto sobre las transmisiones patrimoniales*. Editorial Bosch, Barcelona, 1996. Un tomo de 711 páginas.

Empecemos con una anécdota que ocurrió allá por los años treinta y que tuvo como protagonista a un político que confundió el significado de los términos de modo un tanto deplorable en un alarde de ignorancia. Se discutían en el Congreso los presupuestos del Estado y al tratar del tema del Impuesto de Derechos Reales el monterilla de marras se revolvió furioso porque se conservara una gabela monárquica cuando en España ya imperaba la llamada «Niña bonita». Hubo que ser el maestro don MIGUEL DE UNAMUNO, siempre discordante con los imbéciles, el que tuvo que explicarle de modo no muy suave que aquellos derechos reales se referían no a los reyes, sino a las cosas. Si seguimos orillando el latín en la enseñanza, camino llevamos de que lances parecidos puedan repetirse; aunque al haberse cambiado el nombre de este impuesto la cosa será menos probable.

Pero hablemos ya en serio. Todos sabemos que este impuesto se llamó de Derechos Reales y se dividió en las dos grandes ramas de *inter vivos* y *mortis causa*, con el complemento del llamado Impuesto del Timbre. Tras la reforma se apartaron las sucesiones y donaciones, y en este tributo de transmisiones se han incluido las *inter vivos*, los actos societarios y los documentados. Las materias comprendidas en este impuesto tienen un tan acentuado carácter jurídico que su gestión sólo se podía atribuir a juristas consumados, y así corrió a cargo de los Abogados del Estado y los Registradores de la Propiedad, éstos en su papel de liquidadores de las oficinas de partido.

Las vicisitudes autonómicas sobrevenidas han estado a punto de dar al traste con nuestras competencias, pero ya las aguas han vuelto a su cauce y hasta las autonomías más recalcitrantes, como recientemente lo ha hecho la Comunidad de Madrid, han vuelto a confiarnos el encargo de gestionar y liquidar este impuesto tan específico. Algo tendrá el agua cuando la bendicen.

Y de nuevo está en la brecha no sólo como liquidador práctico, sino también como jurista teórico, nuestro compañero el Registrador de la Propiedad de Calviá, Mallorca, JOSÉ MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, especialista donde los haya en materia tributaria. Este hombre es incansable y nos manda con inusitada frecuencia estudios sobre diversos temas jurídicos puntuales que ven la luz en esta REVISTA o en el *Boletín de Información del Colegio de Registradores*. Publica también en otros sitios y el número de sus trabajos ronda ya los dos centenares, por lo que queda claro que su preparación y altura expositiva son bien conocidos de nuestros lectores y eso nos releva de hacer su presentación o intentar su loa.

Ya hemos comentado otros libros de JOSÉ MENÉNDEZ en los que ha tratado monográficamente diversos aspectos de estos impuestos, así como otras materias, tales como las reformas agrarias hispanoamericanas, que las ha vivido muy de cerca. En los estudios tributarios muestra siempre su respeto absoluto por la Ley en cuanto a funcionario, pero enarbola su insobornable derecho a la crítica como jurista. En esta ocasión no iba a ser menos y reitera su «in lege unitas, in opinionibus plena libertas». Una vez más nos presenta un acabado estudio tributario, serio y complejo, en este libro que ha de ser tenido a mano por nuestros liquidadores en sus oficinas.

Aparte unas afectuosas líneas manuscritas que agradecemos, el libro contiene, ya impresa, una pintoresca dedicatoria que califica de «barroca y plural» en la que el autor lo envía «a todos los que no me leen y a todos los que no me

leerán», o sea, que lo dedica a unos 5.700 millones de personas, más otros mil millones que nacerán en los próximos lustros; a título de ejemplo cita a varias docenas de señores extranjeros que compraron apartamentos en su distrito de Palma Nova, al Notario de Santoña que en acta dio fe de que no leerán el libro esos 5.700 millones de personas y por último y de modo particular al humorista Tip, al que agradece su excelente consejo anticonsumista: «Si sube la cerveza, no bebas cerveza; si sube la gasolina, no bebas gasolina».

De los siete centenares de páginas del libro, la mayoría, en número de 412, están dedicadas a la primera parte referida al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, estudiando su naturaleza y contenido, donde resalta el afán del legislador de poner el acento en las transmisiones onerosas, lo que hace que el cauce del tributo se haya quedado pequeño, pues resultarían excluidos muchos actos que representan incrementos patrimoniales que no son transmisiones, pero sí adquisiciones, que es como debería llamarse este impuesto. Dentro del hecho imponible estudia los negocios jurídicos sujetos en toda su amplitud y con detalle a cada uno de ellos; sigue el sujeto pasivo, la base imponible y liquidable, la cuota tributaria y las reglas especiales, todo de acuerdo con los preceptos legales y reglamentarios, interpretados por la jurisprudencia y la doctrina, con valiosas aportaciones personales del autor.

En la segunda parte, dedicada a las operaciones societarias, resume y actualiza su libro sobre la materia que publicó en 1993 y que ya tuvimos ocasión de comentar

La tercera parte trata de los actos jurídicos documentados, que fue objeto también de publicación aparte en un libro editado por el Colegio de Registradores en 1994. Aquí distingue en su estudio actualizado los documentos notariales y los mercantiles, especialmente ahondando en los problemas que surgen del IVA y de la figura de los activos financieros, de frecuente actualidad.

Siguiendo la sistemática legal, el libro recoge en su cuarta parte las disposiciones comunes a la transmisiones, operaciones societarias y actos documentados, estudiando el autor todas las cuestiones referentes a los beneficios fiscales, comprobación de valores, devengo del impuesto, la prescripción, las obligaciones formales, las infracciones tributarias, el pago del impuesto y las devoluciones.

El último apartado lo dedica el autor a diversos aspectos referentes a las Oficinas Liquidadoras del Distrito Hipotecario. Estudia detalladamente la confusa normativa que últimamente se ha dictado sobre el particular y que según JOSÉ MENÉNDEZ ha venido a tratar de separar a los Registradores-Liquidadores de la máquina gestora, pero autorizando a las Comunidades Autónomas para encomendarles la tarea de la gestión y liquidación. Y así lo han hecho, bien por la vía de las disposiciones normativas o por el conducto de los convenios o protocolos, perfectamente viable desde el momento en que los Registradores han dejado de estar incardinados en la estructura del Ministerio de Hacienda. Pero hay que tener en cuenta que la nueva Ley no contiene una regulación total y que la materia está normada en el Reglamento; para enervar este derecho positivo habrá que derogar la legislación existente, y esa derogación deberá realizarse por una norma de suficiente jerarquía.

En definitiva, prácticamente son de nuevo los Liquidadores de Distrito Hipotecario los encargados de la gestión y liquidación de este impuesto y a ellos será especialmente útil este libro, por el que, una vez más, felicitamos a su autor.

*Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*. Cuatro tomos.  
Con la colaboración de numerosos autores Editorial Cívitas, Madrid, 1996.

A mis manos han llegado cuatro inmensos tomos, con mil y pico páginas cada uno, editados en homenaje a mi querido y admirado AURELIO MENÉNDEZ. Este suceso —que me compromete a una recensión de la obra— me ha bajado un poco los «humos» por acudir a la comparación. Con mi libro-homenaje estaba —y sigo estando— plenamente satisfecho, pero al ver estos cuatro volúmenes me doy cuenta de que todavía hay clases y diferencias. Recuerdo a este respecto una anécdota que sucedió hace ya algunos años en la Feria del Libro de Madrid. Había ido a la Feria con mi buen amigo Pío CABANILLAS, lo cual era una delicia pues él tenía un amplio conocimiento del libro y de sus diversas clases. El acto era semejante al de aquel que visita un museo de pintura y se hace acompañar de un «técnico». Nos paramos en muchas casetas, en algunas de las cuales los que estaban detrás del mostrador saludaban a don Pío al reconocerle. Hubo, sin embargo, un momento en que en mi interior la planicie castellana se puso en pie y al ver en una caseta un diccionario muy conocido le dije a Pío: «Ahí vengo citado». El servidor de la caseta comprobó la certeza de la aseveración mía y cuando todo parecía que iba a terminar, Pío, en esa su forma galaica de proceder, le guiñó un ojo al dependiente —que ya, por supuesto, le había reconocido— y le dijo: «Este señor viene citado, pero a mí, además de citarme, me sacan en foto. .» Y así era.

Quizá la materia dominante de los libros-homenaje dedicados a AURELIO MENÉNDEZ haya sido la razón por la que no he sido convocado. El, sin embargo, colabora en mi libro y yo no he podido lograr un sitio en el suyo. Y bien que lo he sentido. También es de aclarar que dentro del conjunto de materias que se agrupan para rendir el homenaje me encuentro un tanto desplazado, pues tenía que haber un apartado para la materia registral, que es en la que uno milita, y eso ya resultaría anacrónico. Teniendo en cuenta todo ello, la recensión —que en este caso creo que no va a pasar de noticia— se me ofrece con grandes dificultades porque en mi trayectoria de Registrador nunca desemeñé el Mercantil, aunque sí creo tener algún articulillo sobre los antiguos principios que jugaban en el mismo.

Pretender en estas notas hacer una referencia a cada uno de los trabajos que aportan los diferentes autores es tarea que se escapa de mis límites, pues teniendo en cuenta que en cada volumen colaboran alrededor de unas cincuenta y tantas prestigiosas firmas, habría que llegar a la cifra de doscientas y pico de referencias. Por ello, entiendo que aquí me debo limitar a señalar el contenido de cada volumen, cuyo coordinador general es JUAN LUIS IGLESIAS PRADA. Se destaca la composición del Comité Organizador, constituido por las ilustres personalidades que se citan: URÍA GONZÁLEZ, GARCÍA DE ENTERRÍA, VERDERA Y TUELLS, MARTÍN RETORTILLO, SÁNCHEZ CALERO, OLIVENCIA RUIZ, MUÑOZ PLANAS, CARLÓN SÁNCHEZ, SÁNCHEZ ANDRÉS y el coordinador anteriormente citado.

Han patrocinado la edición de la obra el Tribunal Constitucional, el Consejo de Estado, los Colegios Notariales de España, el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, el Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y la Fundación Juan March. En un acto solemne celebrado en el salón de actos del Colegio de Abogados de Madrid, fueron presentados los cuatro volúmenes, interviniendo en el mismo JUAN LUIS IGLESIAS PRADA, EDUARDO GARCÍA

DE ENTERRÍA, RODRIGO URÍA GONZÁLEZ, MANUEL ARAGÓN REYES, LUIS MARTÍ MINGARRO y ALVARO RODRÍGUEZ BEREJO, cerrando el acto el homenajeadó, excelentísimo señor don AURELIO MENÉNDEZ.

### Tomo primero

Este primer tomo se abre con la relación de todos los trabajos que forman la obra y sus autores respectivos, e inmediatamente viene el fabuloso artículo que al homenajeadó dedica RODRIGO URÍA GONZÁLEZ, donde cuenta la forma en que le conoció y la inmediata sensación que tuvo de uno de los rasgos que más se destacan en él: la inteligencia. Luego se refiere a la vocación de enseñanza en el largo camino recorrido por las diferentes universidades españolas para formar científicos y docentes. Alude también a su gran tarea de investigador y entiende que ha seguido el mismo camino de la formación del Derecho Mercantil, que en la codificación no pasa de ser un Derecho nacido en el mar y desarrollado luego en la tierra; así, AURELIO MENÉNDEZ en un comienzo se preocupa por las instituciones jurídico-marítimas y hoy es autoridad en todas las materias que configuran el Derecho Mercantil moderno. Cita sus aportaciones al Derecho de Sociedades, al Registro Mercantil, a la empresa, etc., para resumir su servicio a la sociedad española desde su condición de jurista en las aulas y bibliotecas, en el bufete y en los Tribunales. Cita, por último, a San Francisco de Sales en su pensamiento del amor a la poesía, la luz, la verdad, la justicia y Dios.

Siguen a estas palabras el *curriculum vitae*, que da gusto y «envidia sana» leerlo. Inmediatamente después se van reproduciendo los trabajos aportados, debidamente enmarcados en una estructura que se inicia con la «Historia del Derecho Mercantil» y se continúa con la situación del mismo, los estudios dedicados al «Empresario, empresa y establecimiento mercantil», la materia de «Competencia y propiedad industrial e intelectual», y termina con el capítulo de los «Títulos valores».

### Tomo segundo

Se me antoja denominar a esta parte de la obra como monográfica sobre la materia de «Sociedades mercantiles» que desarrollan casi cincuenta aportaciones doctrinales sobre la mayor parte de los problemas punteros que la figura ofrece sobre el capital, los socios y administradores, la voluntad social, principio de autonomía de la voluntad, objeto social, responsabilidad, publicidad, etc. He citado alguno de los temas que he elegido sin fijarme en los autores que los desarrollan, pues no quiero que ninguno se sienta excluido del elogio que merecen por la calidad y altura de sus trabajos.

### Tomo tercero

Tres grandes temas presiden el contenido de esta tercera parte de la obra. Uno es el de la contratación mercantil, otro es el temible y peliagudo Derecho concursal y el tercero es el de la navegación. Sin perjuicio de que en el título figuren solamente los tres citados, existen unos especiales estudios destinados

a la Banca y al Mercado de Valores. En el Derecho de la Navegación se contempla no solamente la marítima, sino la aérea.

#### Tomo cuarto

La obra se cierra con este cuarto tomo en el que ya se plasman materias que tienen relación con el Derecho Mercantil y que figuran en los linderos del mismo, y así, bajo el título genérico de Derecho Civil y Derecho Público se da cabida a trabajos que versan sobre la «Historia del Derecho y Derecho Romano», «Derecho Constitucional», «Derecho Administrativo», «Derecho Financiero», «Derecho Civil», «Derecho del Trabajo», «Derecho Penal», «Derecho Internacional», «Derecho Europeo» y «Filosofía del Derecho».

Sirvan estas ligerísimas referencias para contribuir *a posteriori* al homenaje que tan singular figura del Derecho merece. Con ellas va mi entrañable enhorabuena. Como estos cuatro tomos van a ser objeto de estudio y consulta, no debo añadir más cosas, pero tiempo habrá al glosar alguna de las aportaciones de decir las si, como espero, sigo manteniendo mi curiosidad jurídica, mi vicio de leer y mi necesidad de escribir.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Nuevo régimen del suelo* (Decreto-Ley 5/1996, de 7 de junio). Colección de Derecho Urbanístico en Editorial Civitas, Madrid, 1996.

Había pensado en una frase que se emplea mucho en la construcción y que me parecía muy adecuada para iniciar la recensión de la última aportación de este gran jurista, al que habitualmente reseño sus obras desde hace mucho tiempo. La frase es ésta. «Estar a pie de obra», y con ella pretendía reflejar la rapidez —no exenta de precisión— con la que el autor comenta, estudia y ofrece una disposición que aparece en el mes de junio con la vecindad de unos meses en los que se supone o presume que la galbana vence siempre (salvo en este caso) a los deseos de trabajo. A eso quería yo llamarle «estar a pie de obra», pero el diccionario me ayuda muy poco en este encuadramiento, aunque al referirse a los materiales que están al pie de la edificación para ser incorporados a ella me ofrece la posibilidad de considerar a estas disposiciones, que con tanto acierto comenta el autor, como «materiales jurídicos» que han de ser incorporados a la amplia modificación que está pidiendo el Derecho Urbanístico.

En el fondo esa es la idea que guía al autor, ya que al precisar el «fundamento» del contenido del Decreto-Ley dice que «es de esperar que en breve plazo se aborde con la urgencia debida una reforma de mayor alcance en nuestra legislación urbanística que acabe definitivamente con la serie interminable de obstáculos y trabas administrativas que tiene que ir superando cualquier ciudadano que quiera acometer la tarea de urbanizar una determinada superficie de suelo desde que obtiene la clasificación de urbanizable hasta que pueda poner en él la primera piedra de la edificación cualquiera que sea el destino de ésta, desde la vivienda más humilde a las instalaciones de una gran industria».

Por razones que no me he llegado a explicar, fui uno de los primeros que se ocupó jurídicamente del problema de la «informática» para luego arrancar de

raíz mi colaboración en ese campo. Algo parecido me sucedió con el urbanismo, pues un día, sin comerlo ni beberlo, me vi metido de lleno en colaborador de una revista de Derecho Urbanístico y hasta me atreví a prologar un libro sobre la materia y —lo que es más importante— recensionar toda o casi toda la obra de JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ. Al publicarse el Texto Refundido de la Ley del Suelo vigente, y después de una serie de charlas e intervenciones, decidí abandonar el campo de batalla, pues la lucha era desigual: mi visión privatística rechinaba siempre con la norma (hecha, creo, en momentos de malhumor del legislador) y me iba quedando sin municiones. El momento de sacar la bandera blanca de la rendición estaba llamando a la puerta, pero como en mi mente no tiene cabida la rendición, salí huyendo. Por eso me atrevo a calificarme de prófugo, pero aún hay alguien como el autor que me confía la recensión de su estudio que supera las doscientas páginas.

Con esa magistral habilidad sistemática que el autor utiliza para mejor entendimiento del lector —lo cual es siempre muy de agradecer— va ofreciendo un conjunto de puntos que se derivan de la norma comentada. Una introducción, tres capítulos, un anexo con el texto legal, unos índices (analítico, de disposiciones legales y de autores) y una clave de abreviaturas constituyen el contenido del estudio. Ajustándonos a esas directrices que el autor marca en su labor vamos a señalar el contenido de cada una de las partes apuntadas

## INTRODUCCIÓN

El Decreto-Ley se titula por el legislador como de «medidas liberalizadoras en materia de suelo» y por eso el autor, aparte del fundamento que hemos comentado, señala su contenido en esta Introducción. El contenido es triple: clasificación del suelo, que suprime los dos tipos de suelo urbanizable (programado y no programado) que utilizaba la legislación; aprovechamiento y cesión del suelo, que supone un aumento (llega al 90 por 100 el aprovechamiento) y reduce las cesiones a los Ayuntamientos; planeamiento, que supone una reducción de los plazos y un reconocimiento municipal de competencias.

Esta parte también estudia la «naturaleza» de las normas en relación con la legislación autonómica y la eficacia temporal de las mismas. En el primer tema se distinguen las normas de legislación básica y supletorias de las legales autonómicas. En el aspecto temporal se escinde el estudio entre la entrada en vigor y los aspectos transitorios

## CAPÍTULO PRIMERO

Está dedicado a la exposición de lo que se denominan «disposiciones generales», regímenes del suelo urbanizable y urbanizable no programado. En materia de disposiciones generales el autor va señalando las materias y artículos de la Ley del Suelo que quedan sin efecto al ser suprimida la distinción entre suelo programado y no programado. Especialmente se estudia el régimen del suelo urbanizable y que, de ahora en adelante, está constituido por los terrenos a los que el planeamiento general declare adecuados para ser urbanizados y el suelo declarado apto para urbanizar por normas subsidiarias de planeamiento. Respecto al suelo urbanizable «no programado» se mantiene su regulación en el planeamiento vigente o en tramitación a la entrada en

vigor del Decreto-Ley, que introduce determinadas modificaciones. Parte muy importante del estudio a tener en cuenta para lo sucesivo.

## CAPÍTULO SEGUNDO

Se destina a la exposición del aprovechamiento urbanístico y a la cesión del suelo a los Ayuntamientos. Se inicia este capítulo con el concepto de lo que se entiende por aprovechamiento urbanístico («es la cantidad de metros cuadrados de construcción de destino privado cuya materialización permite o exige el planeamiento de un terreno dado»). Definición tomada del artículo 60 de la Ley de 1994 de la Generalidad Valenciana. Ello se enlaza con el sistema de ordenación del suelo y los dos grandes principios que informan la actividad urbanística: el de igualdad en la participación urbanística como consecuencia del artículo 14 de la Constitución y el de participación de la Comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística, que viene consagrado en el artículo 47 de la Constitución. Posteriormente se distinguen el aprovechamiento «tipo» y las «áreas» de reparto. Se estudia especialmente el aprovechamiento como una de las facultades de la propiedad inmobiliaria y los tres grandes problemas que suscita: la adquisición del contenido (en forma asistemática y sistemática), el contenido del aprovechamiento urbanístico y la aplicación efectiva del aprovechamiento en terrenos ya edificados. El Decreto-Ley objeto del estudio afecta a la regulación legal vigente en los casos de aprovechamientos de terrenos no incluidos o incluidos en una unidad de ejecución, así como en terrenos ya edificados, problemas que están en íntima conexión con el porcentaje del aprovechamiento y la cesión o no al Ayuntamiento.

## CAPÍTULO TERCERO

Al ser dos los puntos concretos que se abordan dan lugar a que el título genérico del capítulo se denomine «Competencia y procedimiento». La primera materia es examinada a través del Decreto-Ley tantas veces citado y se plasma cómo el mismo se ha limitado a «modificar» la delimitación de competencias que dentro de los municipios corresponden a cada uno de sus órganos, dando nueva redacción al artículo 47 3.1 y al quórum exigido (art. 4.4).

Por lo que se refiere al procedimiento la reforma es muy limitada, pues si bien se redactan nuevos artículos para reducir los plazos, sin embargo la reforma no tiene el carácter de norma básica y sólo con carácter «supletorio» rige en el territorio de cada Autonomía. El estudio termina con el examen de la teoría del «silencio positivo», materia en la que me hubiera gustado entrar con extensión, pero eso exigiría más amplitud de margen y un estudio que no respetase el concedido. Por ello, ante el silencio lo mejor es callarse en espera de una nueva ocasión.

Al terminar es preciso agradecer al autor la tarea que se ha tomado de «facilitar» el entendimiento y aplicación de este Decreto-Ley, que al alterar algunos puntos esenciales de la «nefasta» Ley del Suelo está pidiendo a gritos una regulación sensata y «pensada». Quizá en ese momento me pueda «reinsertar» en algo que tenga más purezas legislativas, más claridad y menos expresiones «horteras». Creo que es mucho pedir.

NIETO ALONSO, ANTONIA. *Fundaciones: su capacidad. Especial consideración a la realización de actividades mercantiles e industriales*. Fundación «Pedro Barrié de la Maza, Conde de Fenosa», La Coruña, 1996.

La forma persuasiva, indirecta y con acento gallego muy pronunciado que la autora de esta monografía utilizó telefónicamente desequilibró la balanza a su favor y rápidamente me comprometí a realizar una recensión de la obra, que tiene por base la tesis doctoral de la autora que mereció en su día el *cum laude*. Ha pasado un poco de tiempo desde que recibí el volumen —que supera las quinientas páginas— debidamente dedicado y al iniciar la andadura de la recensión me siento acobardado ante lo poco que sé del tema para poder dar una versión del contenido de la monografía. Y digo esto aun y a pesar de que en el Programa para oposiciones a Registros y Notarías de los años cuarenta y tantos (fecha en que la autoridad paterna me vinculó a ese calvario) había un tema en la materia de Derecho Hipotecario donde expresamente se preguntaba por la «inscripción de bienes de los establecimientos de beneficencia a instrucción de carácter público o particular» y los requisitos para su enajenación y gravamen. Tema que, por cierto, ha desaparecido en la versión de 10 de abril de 1996.

Como la autora hizo en su día oposiciones comprenderá y sabrá disculpar mi desconocimiento. ¿Cómo salvamos las dificultades que encerraba ese tema? La verdad es que no lo recuerdo, pues aún no habían aparecido los dos estudios de BADENES GASSET sobre beneficencia y fundaciones, sin que para ello me sirviera el fabuloso libro de «aventuras» de Santa Teresa de Jesús, *El libro de las fundaciones*. Con el estudio monográfico que la autora nos brinda se hacen fáciles todos los problemas que esta figura jurídica de las fundaciones ofrecía. Lo que siento es que haya desaparecido el tema.

Agradezco desde estas líneas las frases que la autora me brinda en su dedicatoria primaveral, pero he de contestar que el que de verdad se siente orgulloso de la amistad con la autora soy yo, aunque esto lo diga en un «otoño caliente» El agradecimiento comprende la claridad y profundidad con las que se trata el tema.

Consta la publicación de una tabla de abreviaturas y siglas, de un Prólogo al que nos vamos a referir, de una Introducción y de tres partes a las que siguen una legislación sectorial, un Apéndice jurisprudencial y una amplia bibliografía y fuentes documentales. Todo ello nos vincula en el orden a seguir en esta recensión.

El Prólogo, que suscribe el Catedrático de Derecho Civil ANGEL LUIS REBOLLEDO VARELA, Director de la tesis doctoral, está escrito con el temple vocacional de los universitarios y permite al lector adentrarse en el estudio de la autora a través de la perspectiva constitucional de la capacidad de las fundaciones, su capacidad en el ámbito del Derecho Privado y Familiar y la conexión de la fundación con la libertad de empresa. El contenido de este Prólogo ayuda considerablemente al recensionista ya que del mismo se desprende la esencia, el motivo y la razón del estudio. Brinda al lector la lectura «imprescindible» para una mejor comprensión del fenómeno fundacional en visión actual y moderna de esta institución, estudiada desde el ángulo del Derecho Privado.

#### INTRODUCCIÓN

Todas las cosas y actividades importantes necesitan una preparación introductiva, algo que sirva para que el que va a penetrar en ellas posea unas líneas

directrices que guíen su ceremonial de lectura. La introducción es como el «lazarillo» que nos ayuda, como el encargado de la ceremonia de presentación de cartas credenciales, como el guía que nos va explicando un museo... La autora, por ello, se ha considerado vinculada a una previa explicación: estamos ante un fenómeno jurídico con un leve apoyo constituido por los artículos 37 y 38 del Código Civil, la valentía del artículo 34 de la Constitución española y la cristalización de todo ello en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones e Incentivos Fiscales a la Participación Privada de actividades de interés general. Atrás quedan el Real Decreto de 14 de marzo de 1899 y esa legislación de 1 de mayo de 1855 que mediatizó históricamente la capacidad de las personas morales por las ideas desamortizadoras. Bajo estas ideas reseña lo que va a ser el contenido de las tres partes del estudio, que pasamos a exponer.

#### PRIMERA PARTE

Bajo el título «La capacidad de las fundaciones» la autora expone el examen del tema, escindido en dos grandes momentos: la capacidad que poseen en el momento anterior a la adquisición de la personalidad jurídica (fundaciones en formación) y la que tienen en el pleno goce de su personalidad jurídica. Previamente a ello se estudia el problema de la llamada representación «orgánica» y de cómo una persona jurídica puede actuar como representante de otra persona. Al hilo del tema va estudiando la Ley «catalana» de 1982, la «gallega» de 1983, la «canaria» de 1990, la «vasca» de 1994 y la general antes citada. Igualmente, plantea el tema de si el fin constituye o no un límite de la capacidad o sólo genera responsabilidades de los administradores.

Por supuesto que a la hora de la «verdad» la autora va diseccionando todo el conjunto de aspectos en los que puede contemplarse la capacidad en las relaciones jurídico-civiles. Así se van exponiendo las relaciones que la capacidad tiene en el campo personal y familiar, en el aspecto patrimonial y en el derecho de sucesiones, para concluir con un capítulo destinado a la «capacidad en derechos fundamentales» reconocidos por la Constitución. Todo ello genera un mosaico de soluciones a cada uno de los casos que va presentando en las esferas apuntadas, y es o son tan amplios los problemas que se abordan que incluso se apuntan los relacionados con la propiedad intelectual y la Ley de Consumidores y Usuarios, aparte del tema del honor, la inviolabilidad del domicilio y la capacidad para comparecer en juicio y lograr la tutela efectiva de carácter judicial.

#### SEGUNDA PARTE

Esta segunda parte de la monografía pudiera titularse como una «consecuencia» de la actuación de la capacidad antes expuesta. Y, así, en los cuatro capítulos que se destinan a su examen se van estudiando los diferentes problemas que suscita la responsabilidad contractual, extracontractual y la yuxtaposición de ambas, así como la problemática de la responsabilidad de los órganos empleados, así como de los representantes y órganos de administración y gobierno. Culmina esta segunda parte con el examen de la responsa-

bilidad penal, la responsabilidad en la fase de formación, así como las medidas cautelares y de suspensión en los marcos administrativo y judicial.

### TERCERA PARTE

Esta parte, quizá, sea la más complicada de la monografía, pero por ello la más cotizada en su contenido por la constante relación que ofrece en el campo económico. La idea que preside la exposición de esta parte está en la conexión del Derecho de Fundación con el principio de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, como apuntan tanto el prologuista, como la autora, así como la realización de actividades mercantiles e industriales por las fundaciones, partiendo de la idea de que el «fin altruista» de la fundación no es la causa del negocio fundacional.

Confieso que me encuentro en esta materia «fuera del campo de juego», pues lo que yo creí que sucedía en ciertas fundaciones dando legalidad a los beneficios, parece que ahora pueden tener explicaciones más racionales, lógicas y legales que los desvíos de mi pensamiento.

Si a toda clase de cubrecabezas se les llama por algunos «funda mental», yo quiero descubrirme quitándome la funda para saludar cordialmente a la autora de este trabajo, felicitarla y pronosticarla que su libro ya es «funda mental» para el estudio y consulta en materia de fundaciones.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

SAN JULIÁN PUIG, VERÓNICA: *El objeto del contrato*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996

«La originalidad de este libro es tomar el objeto como una perspectiva para, desde ella, abundar en la cabal comprensión de las reglas del contrato, intento sin duda arriesgado de partir de un elemento para captar la totalidad, la llamada unidad orgánica. Pero al menos este planteamiento no excluye la firmeza y seguridad de edificar sobre los cimientos». Estos párrafos pertenecen al Prólogo del estudio monográfico que sirve de tesis doctoral a la autora. El Prólogo es de mi buen amigo JOSÉ ANTONIO DORAL, quien en la antesala de la Academia de Jurisprudencia me habló del libro y de si quería recensionarlo, pues constituía una novedad.

Como ya he contado la historia de la amistad con el prologuista en algún otro sitio, no voy a insistir en ello. La recensión acredita que atendí sus razones y que estamos ante una obra importante. Antes, sin embargo, de entrar en materia sí quisiera apuntar a DORAL algo que no sé si es verdad absolutamente, pues al comenzar su Prólogo dice que «de ordinario un prólogo es la primera lectura atenta de un libro de otro». Yo sigo esta idea, pues para mí el prólogo me ayuda en esa difícil tarea de ofrecer al que no ha leído el libro un contenido del mismo. Pero al haber sido prologuista no siempre me han elogiado los prólogos. Por eso, ahora, me he pasado a los epílogos. De cualquier forma, no se debe olvidar aquella definición del prólogo que hacía PITIGRILLI: «Un prefacio es aquello que se escribe después del libro, se pone antes y no se lee antes ni después».

Aunque la cita que hago al comienzo pertenece a la última parte del Prólogo —lo cual acredita mi lectura—, sí quiero hacer otra que marca la esencia

del contenido del libro. El objeto del contrato no se identifica con el «fin» o resultado propuesto, ni con la prestación o contenido del contrato: no hay en el objeto del contrato «apremio» como en el cumplimiento de lo pactado, sino más bien «señalamiento» que identifica e individualiza. El objeto indica la dirección hacia donde la voluntad se mueve.

De lo dicho comienza a deducirse lo novedoso del tema, que ya la autora —Doctora *cum laude* y Profesora de la Universidad Navarra— apunta en la Introducción: la crisis del dogmatismo como metodología ha dado entrada a una nueva concepción del Derecho calificada «realista» en la que se trata de evitar que las simples deducciones lógicas derivadas de postulados dogmáticos se conviertan en proposiciones normativas. Esta nueva orientación vuelve a insistir en la necesidad de tomar el «objeto» como centro de observación y de referencia de toda la contratación moderna en la que existe una nueva concepción del patrimonio, en la que el contrato mismo puede ser objeto del contrato y en la que surgen imperiosos los deberes de información. Es decir, el objeto del contrato precede, acompaña y sigue a los efectos, pero no se identifica con ellos. Mientras la causa se presume, el objeto no. El objeto aparece recogido en los ordenamientos de forma negativa: sólo lo que no se excluye como materia contractual.

A este novedoso enfoque hay que añadir las dos opciones que cabe adoptar sobre la metodología a seguir: la perspectiva conjunta de la estructura y función del objeto conforme a una orientación clásica o el método basado en la incidencia (validez y eficacia), en la práctica, de las decisiones o aplicaciones adoptadas por los Tribunales con relación al objeto. Pues bien, la autora confiesa que la primera orientación es la que se utiliza para los dos primeros capítulos y la de los «métodos realistas» responde al tercer capítulo.

Ya tenemos la estructura marcada por la autora del contenido de su estudio monográfico: tres partes y dos formas metodológicas de enfocar el problema del objeto del contrato. Respetamos su forma distributiva y en ella habrá que moverse sintéticamente.

#### A) EL PROBLEMA DEL OBJETO DEL CONTRATO

El planteamiento del que parte la autora en esta primera parte de su tesis es la necesidad de deslindar el objeto del contrato del de la obligación. Igualmente, es preciso superar la inseguridad y el confusionismo. La inseguridad por la diversidad de acepciones del término objeto (prestación, cosa o servicio, materia del negocio, obligación, sustancia, resultado, como elemento, como equivalente...) y la falta de terminología unívoca del Código Civil. El confusionismo separando lo que muchas veces se identifica: la causa, el contenido, la cosa material, los efectos generados y el objeto de la obligación.

Partiendo de que los tres elementos del contrato (consentimiento, objeto y causa) son distintos entre sí, pero complementarios con relación a un todo o unidad orgánica del que forman parte, la autora nos ofrece el deslinde entre el objeto y el consentimiento y entre el objeto y la causa. En su primer tema considera que «el consentimiento adscribe a la exigencia objetiva de la disciplina propia de la materia el ámbito permitido de la fijación del contenido, de modo que no hay contradicción entre autonomía y heteronomía». En el segundo «el objeto se refiere a los intereses que las partes regulan a través del contrato, es la materia sobre la que el contrato incide y la causa es el propósito que persi-

que al hacerlo de esta manera, sería la función económico-social del contrato o, como diría PUIG PEÑA, constituye el fundamento objetivo que justifica la atribución patrimonial dimanante del negocio».

El capítulo se complementa con el examen —ya en sede normativa del Código Civil—, con la precisión del objeto «del contrato», del objeto «de los contratos», de las diversas referencias al objeto del contrato con diversos sentidos (consentimiento, elemento estructural, título o fin perseguido y cosa y materia), así como algunas nociones equívocas del objeto del contrato y la precisión del objeto dentro de la categoría unitaria del contrato. La autora entiende que en ese desplazamiento desde el consentimiento al objeto no se puede apostar por el imperio de la voluntad arbitraria, sino que ésta tiene que verse ordenada en razón del objeto, conjugándose la autonomía privada con la disciplina emanada y exigida por cada objeto en concreto

#### B) EL OBJETO EN LOS CONTRATOS TÍPICOS

La autora apunta que su estudio debe moverse sobre la base diseñada por los romanos cuando apuntaban que cuando dos personas quieren crear entre ellas un vínculo recíproco de obligación caben sólo tres arquetipos: la sustitución de una persona con subordinación del sustituto respecto al sustituido: este es el modelo del mandato. El segundo es el de la unión de personas para obtener un fin de interés común: este es el modelo de la sociedad. El tercero es el cambio de cosas entre las personas: es el modelo de la compraventa y del arrendamiento. Entiende que los censos, la prenda, hipoteca y anticresis, dadas sus circunstancias socioeconómicas, les hace más propios de estudios independientes. Sin embargo, incluye el estudio de la donación, así como el préstamo, el depósito, los contratos aleatorios, transacciones y compromisos y la fianza.

#### C) ANOMALÍAS POR RAZÓN DEL OBJETO

La autora advirtió que en este tercer capítulo su sistema metodológico se apartaba de los tradicionales y así, al estudiar el fenómeno de la patología del contrato, diseña dos vertientes: la que toma como punto de partida o de referencia el objeto en sí mismo considerado como realidad acotada desde el punto de vista de su falta de presencia, lo que permite agrupar supuestos en las calificaciones al uso de inexistencia, imposibilidad e ilicitud. La otra vertiente se toma la presencia del objeto en relación a los sujetos, que agrupa hipótesis en las categorías del error en el objeto, objeto distinto y circunstancias sobrevenidas.

La idea sistemática se acompaña con el planteamiento del problema de si lo que el ordenamiento tutela es el objeto como bien o las conductas posibles o los deberes exigidos en torno a la conducta previsible como normal. Jurisprudencialmente la tendencia no es a lograr un sistema uniforme, sino modalizar las previsiones normativas introduciendo la diversidad.

Creo que este reto que la autora ofrece en ese difícil campo de la ineficacia, la inexistencia, el error, la nulidad, la resolución, confirmación, conversión, etc., son puntos a meditar, agradeciendo de paso su singular planteamiento.

# REVISTA DE REVISTAS



## REVISTA GENERAL DE DERECHO Número 625-626 (Octubre-Noviembre 1996)

«La llamada condena con reserva. Estudio del artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», por DAVID ARIAS LOZANO, pág. 11141.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION.—II. POSIBILIDAD DE LA CONDENA CON RESERVA.—III. ANALISIS DEL ARTICULO 360 DE LA LEC. A) UBICACIÓN SISTEMÁTICA. B) ENUNCIACIÓN DE DETERMINADO PRESUPUESTO DE HECHO C) FORMULACIÓN DE LA EXCEPCIÓN.—IV. FUNDAMENTO.—V. APLICABILIDAD: A) OBLIGACIONES LÍQUIDAS. B) CUANTIFICACIÓN IMPOSIBLE EN EL PROCESO DE DECLARACIÓN.—VI. LAS RESOLUCIONES QUE PROVOCA.—VII. RELACION ENTRE *PETITUM* DEL ACTOR Y CONDENA CON RESERVA: A) SOLICITADA CONDENA A CANTIDAD LÍQUIDA, EL JUEZ, COMO REGLA, DICTARÁ CONDENA A CANTIDAD LÍQUIDA. B) SOLICITADA CONDENA A CANTIDAD LÍQUIDA, EL JUEZ PODRÁ, EN DETERMINADAS CIRCUNSTANCIAS, DICTAR CONDENA CON RESERVA. C) SOLICITADA CONDENA CON RESERVA, EL JUEZ PODRÁ O NO DICTAR CONDENA CON RESERVA.—VIII. SOBRE LA EJECUCION PROVISIONAL DE LA CONDENA CON RESERVA.—IX. EL ACCESO A CASACION.—X. JUICIO CRITICO.—XI. BIBLIOGRAFIA

«Los derechos de adquisición preferente en la Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos», por JUAN LUIS MARONDA FRUTOS, pág. 11173.

**SUMARIO:** CAPITULO 1 —LOS DERECHOS DE ADQUISICION PREFERENTE EN LA LEGISLACION COMUN: I. INTRODUCCIÓN.—II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA: II.1. *Antecedentes*. II.2. *Derecho germánico*. II.3. *Derecho francés*. II.4. *Evolución sistemática de los derechos de adquisición en España*: II.4.1. Derecho histórico. II.4.2. Los intentos codificadores. II.4.3. La Ley Hipotecaria de 1861 —III. LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE EN EL CÓDIGO CIVIL: ESPECIAL REFERENCIA A LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO: III.1. *Confusión sistemática del retracto convencional y legal*. III.2. *No regula el derecho de tanteo*. III.3. *No existe resolución de la venta en el retracto legal*. III.4. *Inadecuación del término subrogación empleado por el artículo 1.521*. III.5. *Ambio material de actuación*.—IV. BREVE RESEÑA DE LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN EN LAS COMPILACIONES FORALES.—V. SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO: V.1. *Doctrina mayoritaria*. V.2. *Teoría de los derechos potestativos*. V.3. *Teoría de la pretensión condicionada de contenido incondicionado*. V.4. *Teoría del derecho de op-*

*ción especial.*—CAPITULO 2.—LOS DERECHOS DE ADQUISICION EN LA LEGISLACION ARRENDATICIA URBANA, ESPECIAL REFERENCIA A LA LEY 291/1994, DE 24 DE NOVIEMBRE: I. ANTECEDENTES: I.1. *La Ley de Bases de 31 de diciembre de 1946.* I.2. *La Ley de 31 de marzo de 1947 y reformas posteriores.* I.3. *La Ley de Bases de 22 de diciembre de 1955 y el Decreto de 13 de abril de 1956.* I.4 *La Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946.*—II LA LEY 29/1994, DE 24 DE NOVIEMBRE: II.1. *Razones para un cambio.* II.2. *Trabajos parlamentarios.* II.3. *El actual artículo 25 de la Ley. Diferencias con la anterior regulación.*—III. NACIMIENTO DE LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO ARRENDATICIOS.—IV. TITULARES DE LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE ARRENDATICIOS Y OBJETO SOBRE EL QUE RECAEN: IV.1. *Sujetos activos.* IV.2. *Objeto de los derechos de adquisición preferente.*—V. SUPUESTOS DE APLICACIÓN Y DE EXCLUSIÓN DE LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE REGULADOS EN LA LAU: V.1. *Exclusión por razón del tipo de inmueble o de su uso.* V.2. *Exclusión por razón del tipo de negocio transmisor.* V.3. *En atención a los derechos del arrendador y del arrendatario.*—VI. EJERCICIO DEL DERECHO DE TANTEO: VI.1. *Notificación por el arrendador de la intención de vender:* VI.1.1. *Sujetos de la notificación.* VI.1.2. *Forma de la notificación.* VI.1.3. *Contenido de la notificación.* VI.1.4. *Esencia de la notificación.* VI.2. *Aceptación de la oferta: ejercicio del derecho de tanteo:* VI.2.1. *Plazo de ejercicio del derecho de tanteo.* VI.2.2 *Pago o consignación del precio.* VI.3. *No aceptación de la oferta.*—VII EJERCICIO DEL DERECHO DE RETRACTO: VII.1. *Requisitos para su ejercicio.* VII 2. *Ejercicio del derecho:* VII.2.1. *Reembolso del precio de la venta.* VII.2 2. *Reembolso de los gastos del contrato y demás gastos legítimos.* VII.2.3. *Reembolso de los gastos necesarios y útiles hechos en la vivienda.* VII.2.4. *Reembolso o consignación.*—VIII CONCURRENCIA DE LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE.—IX. COMPRAVENTA DE VIVIENDAS ARRENDADAS Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—X. RENUNCIA A LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO.

«Rasgos de la circunstancia mixta de parentesco», por GABRIEL GARCÍA PLANAS, pág. 11225.

SUMARIO: I. EVOLUCION HISTORICA.—II. NATURALEZA.—III. ELEMENTOS: A) VÍNCULO PARENTAL O AFECTIVO TÍPICO: a) *Parientes, ascendientes, cónyuges y hermanos* b) *Agraviado y ofensor.* c) *Los términos naturaleza, motivos y efectos del delito.* B) LA EFECTIVIDAD Y SU CONOCIMIENTO.—IV. COMPATIBILIDAD CON OTRAS CIRCUNSTANCIAS.—V. POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 11 DEL CODIGO PENAL (ART. 23 DEL NUEVO CODIGO).—VI. PROYECTOS POSTERIORES Y NUEVO CODIGO PENAL.

«El contrato agrario: Libertad negocial, intervención estatal, libertad negocial asistida», por CECILIA GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, pág 11243

SUMARIO: I. LA LIBERTAD NEGOCIAL EN EL CONTRATO AGRARIO: I.1. PLANTEAMIENTO: LA SISTEMÁTICA DEL CONTRATO AGRARIO EN EL CÓDIGO CIVIL ITALIANO DE 1865 Y DE 1942. I.2 PANORAMA DE LA AUTONOMÍA CONTRACTUAL AGRARIA DESDE EL CÓDIGO ITALIANO DE 1965 AL DE 1942. I.3. CONTROLES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO SOBRE LOS ACTOS DE AUTONOMÍA PRIVADA: EL JUICIO DE MERITEVO-

LEZZA. I.4. LAS TÉCNICAS DE HETERODETERMINACIÓN DEL CONTENIDO CONTRACTUAL: LA INTEGRACIÓN COGENTE DEL CONTRATO. EL ARTÍCULO 1.339 DEL CÓDIGO CIVIL ITALIANO.—II. LA INTERVENCIÓN ESTATAL EN LOS CONTRATOS AGRARIOS: II.1. PLANTEAMIENTO: EL CONTRATO COMO PRIVILEGIADO INSTRUMENTO DE LA INTERVENCIÓN PÚBLICA EN LA PROGRAMACIÓN DE LA POLÍTICA AGRARIA. LAS LEYES ESPECIALES DE 11 DE JULIO DE 1952 Y 15 DE SEPTIEMBRE DE 1964. II.2. LAS LEYES DE 11 DE FEBRERO DE 1971 Y 3 DE MAYO DE 1982: LA CONSAGRACIÓN DEL AFFITTO COMO MODELO DE CONTRATO AGRARIO II.3. EXAMEN DE LA SITUACIÓN ACTUAL: EL TIPO ÚNICO INDEROGABLE. II.4. EL AFFITTO COMO MODELO QUE OFRECE LA MAYOR AUTONOMÍA EMPRESARIAL. BÚSQUEDA DE LOS ELEMENTOS QUE LO INDIVIDUALIZAN.—III. EL RETORNO A UNA LIBERTAD NEGOCIAL ASISTIDA: III.1. PLANTEAMIENTO. III.2. AUTONOMÍA PRIVADA LIMITADA Y AUTONOMÍA PRIVADA ASISTIDA EN LA CONTRATACIÓN AGRARIA. ÁMBITOS RESPECTIVOS. HERMENÉUTICA DE LA LEY: III.2.1. *Autonomía privada limitada. Ámbito y hermenéutica del artículo 27 de la Ley número 203/1982.* III.2.2. *Autonomía privada asistida. Ámbito y hermenéutica del artículo 45 de la Ley número 203/1982.* III.3. LOS EFECTOS DE LA INTEGRACIÓN «EX LEGE» EN LA CONTRATACIÓN AGRARIA Y EL CONTROL DEL ORDENAMIENTO SOBRE LOS ACTOS DE AUTONOMÍA PRIVADA.

«La Ley 3/1993, Básica de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, y su posible tacha de inconstitucionalidad», por ANTONI M.<sup>a</sup> LLULL SERVERA, pág. 11371.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ANTECEDENTES: II.1. EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN SUPONE, TANTO LA LIBERTAD POSITIVA DEL DERECHO DE ASOCIARSE, COMO LA NEGATIVA O EL DERECHO DE NO ASOCIARSE: II.1.1. *En general.* II.1.2. *El tema de las Federaciones Deportivas.* II.1.3. *Las Cámaras Agrarias.* II.1.3.1. Antecedentes históricos. II.1.3.2. Antecedentes próximos. II.1.3.3. El recurso de inconstitucionalidad. II.1.4. *Los Colegios Profesionales.* II.1.5. *La Cámara Oficial de la Propiedad Urbana.* II.1.5.1. Antecedentes históricos. II.1.5.2. La Sentencia 113/1994, de 14 de abril, del Tribunal Constitucional.—III. LAS CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACION: III.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. III.2. NATURALEZA JURÍDICA Y FUNCIONES. III.3. INTEGRANTES.—IV. LA SENTENCIA 179/1994 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL DÍA 16 DE JUNIO, DECLARATIVA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS BASES 4.<sup>a</sup> Y 5.<sup>a</sup> DE LA LEY DE 29 DE JUNIO DE 1911.—V. LA LEY 3/1993, BÁSICA DE CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACION: V.1. NATURALEZA JURÍDICA E INTEGRANTES. V.2. FUNCIONES DE LAS CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN. V.3. EXTENSIÓN Y POSIBLE APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA 179/1994 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A LA NUEVA LEY 3/1993.

«La libertad religiosa en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. El derecho al proselitismo religioso y el asunto Kokkinakis c. Grecia (1)», por JOSÉ MANUEL SÁNCHEZ PATRÓN, pág. 11569.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. LOS TESTIGOS DE JEHOVA EN GRECIA Y LA CONSTITUCIÓN GRIEGA DE 1975.—3. LOS HECHOS DEL ASUNTO KOKKINAKIS: 3.1. LA INCRIMINACIÓN DE LOS ACTOS DE PROSELITISMO

RELIGIOSO Y EL PRINCIPIO «NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE». 3.2. EL DERECHO AL PROSELITISMO RELIGIOSO Y LA JURISPRUDENCIA DE LA COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS: A) *La condena de los actos de proselitismo debe estar prevista por la Ley.* B) *La consecución de un objetivo legítimo: la protección de los derechos de terceros.* C) *La prohibición del proselitismo religioso debe obedecer a una necesidad social imperiosa.*—4 EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y EL ASUNTO KOKKINAKIS: LA NUEVA JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA: 4.1. ANTECEDENTES. 4.2. EL DERECHO AL PROSELITISMO RELIGIOSO Y EL ARTÍCULO 7.º DEL CONVENIO. 4.3. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN TORNO AL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA. 4.4. LA PROHIBICIÓN DEL PROSELITISMO RELIGIOSO Y LAS CONDICIONES DEL ARTÍCULO 9.2 DEL CONVENIO.—5. CONCLUSION.

## Número 627 (Diciembre 1996)

«Consideraciones sobre los recursos contra las resoluciones del Juez de Instrucción y del Magistrado Presidente en el proceso especial del Tribunal del Jurado», por JOSÉ FLORS MATIES, pág. 12767.

**SUMARIO:** I LOS RECURSOS SEGUN EL PROCEDIMIENTO INICIAL INCOADO.—II. LOS RECURSOS EN EL PROCESO ESPECIAL DEL TRIBUNAL DEL JURADO: 1. LA REMISIÓN A LA LECR: A) *Consideraciones generales.* B) *Recursos procedentes:* a) Reforma; b) Apelación; c) Queja; d) Inexistencia de súplica. 2. RECURSOS CONTRA LOS AUTOS DEL JUEZ DE INSTRUCCIÓN: A) *Recursos específicos:* a) Queja: 1. Por denegación de convocatoria a la audiencia preliminar. 2. Otras quejas especiales en evitación de dilaciones. b) Apelación. B) *Posibles recursos contra otras resoluciones:* a) Auto denegatorio de la petición de sobreseimiento; b) Auto denegatorio de las diligencias de investigación solicitadas por las partes; c) Auto denegatorio de diligencias de investigación solicitadas por las partes para ser practicadas en la audiencia preliminar; d) Acuerdo denegatorio de las diligencias propuestas en la audiencia preliminar para ser practicadas en el acto; e) Auto de acomodación al procedimiento que corresponda. 3 RECURSOS CONTRA LOS AUTOS DEL MAGISTRADO PRESIDENTE: A) *Apelación:* a) Consideraciones generales sobre los artículos 846 bis a), 676 y 678 LECR; b) Procedencia del recurso: 1. Cuestiones de la letra a) del artículo 36 LOTJ. 2. Cuestiones de las letras b), c) y d). 3. Cuestiones de la letra e). c) Procedimiento. B) *¿Cabe algún recurso contra el auto de hechos justiciables?* C) *Otros autos del Magistrado Presidente.* D) *Tramitación de la apelación.* 4. LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DEL MAGISTRADO PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DEL JURADO. A) *Interposición del recurso.* B) *Admisión a trámite y subsanación de defectos.*

«Del Derecho foral valenciano al Derecho civil especial valenciano», por VICENTE ORTEGA LLORCA, pág. 12781.

**SUMARIO:** EL YUGO MUSULMAN: LA ESTRUCTURA SOCIAL. LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA. LA AGRICULTURA. REMINISCENCIAS DEL DERECHO MUSULMÁN.—LOS

ORIGENES DEL DERECHO FORAL: LA COSTUM Y ELS FURS. FUENTES DE CREACIÓN JURÍDICA. LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS. LAS CORTES DE VALENCIA: LOS BRAZOS. ELECTOS DE CONTRAFUEROS. JUECES DE GREUGES. SISTEMA TRIBUTARIO. LA ESTRUCTURA POLÍTICA: *El Lugarteniente General o Virrey. El Gobernador General del reino. El Bayle General.* EL RÉGIMEN MUNICIPAL: *Los Justicias. Los Jurados. El Maestre Racional. Los Síndicos. El Mustazaf. El Consejo General. El Padre de Huérfanos.* EL TRIBUNAL DE LAS AGUAS.—AMBITO DEL DERECHO FORAL.—EL DECRETO DE NUEVA PLANTA.—LA CONSTITUCION DE 1978 Y EL ESTATUTO DE AUTONOMIA.—LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: CAPACIDAD LEGISLATIVA EN DERECHO CIVIL. CAPACIDAD LEGISLATIVA EN DERECHO PROCESAL. INCOMPETENCIA LEGISLATIVA EN DERECHO PENAL.—INSTITUCIONES VIGENTES Y PERSPECTIVA DE FUTURO.—BIBLIOGRAFIA.

«Breves notas sobre las faltas en el nuevo Código Penal», por JUAN CARLOS SUÁREZ-QUINONES Y FERNÁNDEZ, pág. 12805.

SUMARIO: I. NOTAS GENERALES.—II. LAS FALTAS CONTRA LAS PERSONAS.—III. LAS FALTAS SOBRE EL PATRIMONIO.—IV. LAS FALTAS CONTRA LOS INTERESES.—V. LAS FALTAS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO.

«El panorama normativo de las asociaciones en España», por M.<sup>a</sup> JESÚS MONFORT FERRERO y ADELA SERRA RODRÍGUEZ.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. NORMATIVA VIGENTE EN MATERIA DE ASOCIACIONES: 2.1. CONSTITUCIÓN, ESTATUTOS Y ESTRUCTURA INTERNA DE LAS ASOCIACIONES: a) *Constitución* b) *Estatutos y estructura interna de las asociaciones.*—3. LA DELIMITACION DE LAS COMPETENCIAS AUTONOMICAS EN MATERIA DE ASOCIACIONES.—4. COMPETENCIAS DE LA COMUNIDAD VALENCIANA.

«Contenido esencial del derecho a un proceso dentro de un plazo razonable o sin dilaciones indebidas», por ENRIQUE GARCÍA PONS, pág. 12905.

SUMARIO: I. CRITERIOS DE OBJETIVACION DEL CONTENIDO ESENCIAL: 1. COMPLEJIDAD DEL ASUNTO. 2. COMPORTAMIENTO DEL RECURRENTE. 3. COMPORTAMIENTO DE LAS AUTORIDADES COMPETENTES. 4. OTRAS CIRCUNSTANCIAS SUSCEPTIBLES DE PONDERACIÓN: 4.1. *Período a considerar. Cuestión de previo pronunciamiento.* 4.2 *Importancia del litigio para el interesado.* 4.3. *Contexto en que se desarrollaron las actuaciones.*—II. ESPECIFICIDADES EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: 1. PRECEPTIVA INVOCACIÓN PREVIA: FACETA REACCIONAL. 2. EXIGENCIA DE PROCESO NO FINALIZADO. 3. DURACIÓN DE PROCESOS SIMILARES. 4. CONSIDERACIÓN DE LOS MEDIOS DISPONIBLES. 5. DERECHO CON PROYECCIÓN HACIA EL FUTURO.—III. CONSIDERACIONES PARA UNA DELIMITACION CUANTITATIVA: 1. EN MATERIA PENAL. 2. EN MATERIA DE ESTADO Y CAPACIDAD DE LAS PERSONAS. 3. EN MATERIA LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL. 4. EN EL RESTO DE MATERIAS.—IV. CONCLUSIONES

«Los monopolios radiotelevisivos y la libertad de comunicación audiovisual en el marco europeo (en torno a la sentencia Informationsverein Lentia y otros contra Austria del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 24 de noviembre de 1993)», por LUIS JIMENA QUESADA.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCION: EL PLURALISMO INFORMATIVO COMO ELEMENTO BASICO EN LA DEMOCRACIA.—2. LA LIBERTAD DE COMUNICACION AUDIOVISUAL COMO FACULTAD COMPRENDIDA EN EL ARTICULO 10 DE LA CEDH.—3. LOS MONOPOLIOS TELEVISIVOS COMO RESTRICCION A LA LIBERTAD DE INFORMACION.—4. LAS CIRCUNSTANCIAS PARTICULARES DEL CASO INFORMATIONSVEREIN LENTIA Y OTROS CONTRA AUSTRIA.—5. LOS MONOPOLIOS RADIOTELEVISIVOS EN LA COMUNIDAD EUROPEA.—6. MONOPOLIO RADIOTELEVISIVO Y LIBERTAD DE COMUNICACION AUDIOVISUAL EN ESPAÑA A LA VISTA DE LAS EXIGENCIAS EUROPEAS.—7. CONCLUSIONES.

«El Tribunal Constitucional declara la nulidad del régimen de la LOTT sobre transporte urbano, dejando un vacío legal», por FRANCISCO JOSÉ SÁNCHEZ-GAMBORINO, pág. 13287.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCION.—2. PROCEDIMIENTO.—3. FUNDAMENTACION JURÍDICA.—4. FALLO.—5. VOTO PARTICULAR.—6. NORMAS QUE RESULTAN AFECTADAS POR LA SENTENCIA.—7. ALCANCE DE LA SENTENCIA.—8. NUESTRA CRITICA DE LA SENTENCIA. DUDAS QUE PLANTEA.

«Primeras sentencias en aplicación de las Reglas de Hamburgo», por DAVID MORÁN BOVIO, pág. 13303.

«El derecho de retención y prenda sobre la mercancía transportada, según la legislación de Bélgica», por LISABET GEYSLS, pág. 13315.

**SUMARIO:** 1. EL CONTRATO DE TRANSPORTE: 1.1. MARCO LEGAL 1.2. CONDICIONES GENERALES: 1.2.1. *El artículo 1.º de las Condiciones Generales de Transporte.* 1.2.2. *El artículo 13 de las Condiciones Generales de Transporte.*—2. EL PAGO DE LOS PORTES: 2.1. ¿QUIÉN ES EL DEUDOR? 2.2. ¿CUÁNDO DEBEN SER PAGADOS LOS PORTES?—3. GARANTIAS Y PRIVILEGIOS DEL TRANSPORTISTA.—4. EL ARTICULO 1.184 DEL CODIGO CIVIL BELGA.—5. EL ARTICULO 20.7 DE LA LEY HIPOTECARIA BELGA: 5.1 «RATIO LEGIS». 5.2. ¿QUIÉN ES EL PRIVILEGIADO? 5.3. ¿CUÁL ES EL ALCANCE DE ESTE PRIVILEGIO? 5.4. EJEMPLO PRÁCTICO.

## REVISTA JURIDICA DEL NOTARIADO

### Número 16 (Octubre-Diciembre 1995)

«El valor del *instrumentum* en Derecho romano», por JOSÉ GINESTA AMARGOS, pág. 9.

«El encargo de dar crédito. Naturaleza jurídica del mandato de crédito, y su expresión a través de cartas de patrocinio», por CARLOS DE MIGUEL PERALES, pág. 41.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION.—II. ANALISIS FACTICO DEL MANDATO DE CREDITO.—III. CONSECUENCIAS PRACTICAS DERIVADAS DE LA DIFERENTE CONSIDERACION DEL MANDATO DE CREDITO: III.1. EXTENSION Y NATURALEZA DE LA COBERTURA AL ACREDITANTE. ABSTRACCION Y ACCESORIEDAD. III.2. EXCEPCIONES OPONIBLES. III.3. FORMA. III.4. PLURALIDAD DE PERSONAS QUE DAN EL ENCARGO DE DAR CRÉDITO. III.5. EXTINCION DEL MANDATO DE CRÉDITO. III.6. CONSTANCIA EN EL BALANCE DE QUIEN ENCARGA DAR CRÉDITO. III.7. CONCLUSION.—IV. LA CONSIDERACION DEL MANDATO DE CREDITO EN EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL: IV.1. ELEMENTOS ESENCIALES DEL MANDATO DE CRÉDITO COMO CONTRATO. IV.2. LA CAUSA EN EL MANDATO DE CRÉDITO. EL INTERÉS QUE SE SATISFACE A TRAVÉS DEL MANDATO DE CRÉDITO IV.3. EL MANDATO DE CRÉDITO COMO CONTRATO TÍPICO: COMO MANDATO O COMO ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS.—V. CRITERIOS DE IDENTIFICACION DEL MANDATO DE CREDITO: V.1. BREVES CONSIDERACIONES TEÓRICAS. V.2. CONSIDERACIONES PRÁCTICAS. PRINCIPIOS DE INTERPRETACION. CRITERIOS OBJETIVOS DE INTERPRETACION. V.3. CONSIDERACIONES PRÁCTICAS (CONTINUACION). CRITERIOS SUBJETIVOS DE INTERPRETACION. V.4. CONSIDERACIONES PRÁCTICAS (FINAL). CRITERIOS INÚTILES A LOS EFECTOS DE DETERMINAR LA POSIBLE EXISTENCIA DE UN MANDATO DE CRÉDITO.—VI. CONCLUSION.

«El principio de efecto directo horizontal en la jurisprudencia europea: su aplicación en la práctica forense», por FERNANDO RON MARTÍN, pág. 123.

**SUMARIO:** 1. EL EFECTO DIRECTO HORIZONTAL EN LOS TRATADOS Y REGLAMENTOS.—2. EL EFECTO DIRECTO EN LAS DIRECTIVAS.—3. EL EFECTO DIRECTO HORIZONTAL EN LAS DIRECTIVAS: A) ARGUMENTOS ALEGADOS EN CONTRA DEL EFECTO DIRECTO HORIZONTAL. B) ARGUMENTOS EN FAVOR DEL EFECTO DIRECTO HORIZONTAL.—4. VIAS INDIRECTAS PARA EL RECONOCIMIENTO DEL EFECTO DIRECTO HORIZONTAL: A) AMPLIACION DEL CONCEPTO DE ESTADO B) AMPLIACION DEL SUJETO FAVORECIDO. C) EFICACIA HORIZONTAL INDIRECTA D) PRINCIPIO DE ORDEN PÚBLICO. E) PRINCIPIO DE INTERPRETACION CONFORME.—5. CONCLUSION.

«La sociedad unipersonal», por M.<sup>a</sup> CRISTINA SANTAOLALLA LÓPEZ, pág. 171.

**SUMARIO:** INTRODUCCION.—I. GENESIS DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL: 1. ORIGEN Y FINALIDAD 2. OTRAS ALTERNATIVAS A LA SOCIEDAD UNIPERSONAL. 3. VENTAJAS DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL.—II. LA SOCIEDAD UNIPERSONAL EN EL DERECHO ESPAÑOL: 1. SITUACION ANTERIOR A LA LEY DE SRL DE 23/3/95: 1.1 *Legislación*. 1.2 *Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado*. 2. LA SOCIEDAD UNIPERSONAL EN LA LEY DE 23 DE MARZO DE 1995: INTRODUCCION: 2.1. *Clases (art. 125)*: A) Problemas en la constitución de la Sociedad Unipersonal: 1. El cambio automático de pluripersonal a unipersonal. 2. Número de participaciones. 3. Aportaciones. 4. Copropiedad. B) Autocartera y Grupos de Sociedades. 2.2. *Publicidad*

de la unipersonalidad (art. 126): A) Denominación. B) Constancia en escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil: 1. Plazo para la inscripción. 2. Forma. 3. Responsable. 4. Efectos de la inscripción. 2.3. *Decisiones del socio único*. Junta General (art. 127): A) La existencia de la Junta General de un único socio. B) Derecho de representación. C) Conflicto de intereses. D) Acta de la Junta. 2.4. *Contratación del socio único con la Sociedad Unipersonal* (art. 128): A) El órgano de Administración. B) Autocontratación. C) Publicidad. D) Peligros y régimen sancionador. 2.5. *Efectos de la unipersonalidad sobrevenida* (art. 129). 2.6. *Disposición Transitoria 8ª*

«Algunas observaciones acerca de la notificación y requerimiento fehacientes en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos», por FRANCISCO CASTRO LUCINI, pág. 213.

«La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios: reflexiones sobre algunos problemas que plantea su aplicación en la práctica notarial y registral», por JOSÉ LUIS FERNÁNDEZ ALVAREZ, pág. 221.

**SUMARIO:** I. CUESTIONES COMUNES A LA NOVACION MODIFICATIVA Y A LA SUBROGACION: NECESIDAD O NO DE PROCEDER A LA MODIFICACION DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA RESPECTO A LA COBERTURA DE LOS INTERESES GARANTIZADOS.—II. MODIFICACION DEL TIPO DE INTERES A LA BAJA CON MANTENIMIENTO O CONVERSION DEL CARACTER INICIAL DEL INTERES QUE SE MODIFICA: EXAMEN DE LOS DISTINTOS SUPUESTOS: A) MODIFICACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS A LA BAJA EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS A INTERÉS FIJO, TRANSFORMÁNDOSE Y ADQUIRIENDO, TRAS LA MODIFICACIÓN, EL CARÁCTER DE INTERÉS VARIABLE B) CAMBIO DE INTERÉS VARIABLE A INTERÉS FIJO. C) MODIFICACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS A LA BAJA EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS A INTERÉS FIJO, MANTENIENDO Y CONSERVANDO TAL CARÁCTER. D) EL TIPO DE INTERÉS INICIALMENTE PACTADO CON EL CARÁCTER DE VARIABLE SE REDUCE Y MANTIENE CON IGUAL CARÁCTER DE VARIABLE.— III. POSTERIOR MODIFICACION DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA RESPECTO A LOS INTERESES GARANTIZADOS: EFECTOS CON RELACION A TERCEROS ADQUIRENTES O POSEEDORES DEL INMUEBLE HIPOTECADO DEL DERECHO REAL INMOBILIARIO HIPOTECADO Y/O TITULARES DE HIPOTECAS Y/O EMBARGOS INSCRITAS Y/O ANOTADOS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD CON ANTERIORIDAD A LA REGISTRACION DE LA MODIFICACION DE LA NUEVA COBERTURA HIPOTECARIA.—IV. REGIMEN FISCAL Y ARANCELARIO: EXAMEN PARTICULAR Y PARCIAL DE LOS ARTICULOS 7, 8 Y 9 DE LA LEY REGULADORA: A) ASPECTOS FISCALES DE LA NOVACIÓN MODIFICATIVA B) ASPECTOS FISCALES DE LA MODIFICACIÓN DEL PLAZO SIN QUE CONJUNTAMENTE SE MODIFIQUEN LAS CONDICIONES EN CUANTO AL TIPO DE INTERÉS, MEJORÁNDOLAS POR REDUCCIÓN Y A LA BAJA. C) ARANCELES NOTARIALES Y NOVACIÓN MODIFICATIVA. D) CUESTIONES ARANCELARIAS COMUNES A LA SUBROGACIÓN Y A LA NOVACIÓN MODIFICATIVA. E) HONORARIOS NOTARIALES EN LA SUBROGACIÓN. F) ASPECTOS FISCALES DE LA SUBROGACIÓN.—V. POSIBILIDAD DE CONVENIR LA ALTERACION DEL PLAZO EN LA SUBROGACION.—VI. NATURALEZA DE LA SUBROGACION CONTEMPLADA EN LA LEY REGULADORA. POSIBILIDAD DE

EXCLUSION Y RENUNCIA A LA MISMA.—VII. SUBROGACION PARCIAL: EXAMEN DE DISTINTOS SUPUESTOS. SUBROGACION PARCIAL E HIPOTECA, CUYA TITULARIDAD ACTIVA SE LES TRANSMITE A CADA UNA DE LAS ACREEDORAS QUE LO SON POR EFECTO DE LA SUBROGACION PARCIAL: A) SUBROGACIÓN PARCIAL: EXAMEN DE DISTINTOS SUPUESTOS. B) SUBROGACIÓN PARCIAL E HIPOTECA, CUYA TITULARIDAD ACTIVA SE LES TRANSMITE A CADA UNO DE LOS ACREEDORES QUE LO SON POR EFECTO DE LA SUBROGACIÓN PARCIAL. ARTÍCULO 1212 DEL CÓDIGO CIVIL.

## ACTUALIDAD CIVIL

### Número 1 (1997)

«La norma civil y sus fuentes», por MANUEL GARCÍA AMIGO, pág. 1.

*SUMARIO:* INTRODUCCION.—I. LA NORMA COMO EXPRESION DEL DERECHO.—II. LA NORMA EN SU ASPECTO ESTATICO: A) ESTRUCTURA DE LA NORMA JURÍDICA. B) CARACTERES DE LA NORMA JURÍDICA. C) CONCEPTO DE NORMA JURÍDICA. D) CLASIFICACIÓN DE LAS NORMAS.—III. INTEGRACION DE LOS ORDENAMIENTOS: COMUNITARIO, NACIONAL, REGIONAL: A) ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS. B) JERARQUÍA NORMATIVA.—IV. FUENTES DE LA NORMA JURIDICA: A) FUENTES DEL ORDENAMIENTO NACIONAL. B) FUENTES DE LOS ORDENAMIENTOS REGIONALES. C) FUENTES DEL ORDENAMIENTO COMUNITARIO.

### Número 2 (1997)

«La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras», por MARIANO ALONSO PÉREZ, pág. 17.

*SUMARIO:* I. REFLEXIONES SOBRE EL ESTADO DEL MENOR EN LA EXPERIENCIA HISTORICA Y EN LA SOCIEDAD CONTEMPORANEA. LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978 Y EL DERECHO DE FAMILIA SUBSIGUIENTE —II. LA LEY ORGANICA 1/1996, DE 15 DE ENERO, DE PROTECCION JURIDICA DEL MENOR: VALORACION GENERAL. EL INTERES DEL MENOR. BREVE *EXCURSUS* POR LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS QUE CONFIGURAN O CONFORMAN EL NUEVO *STATUS* JURIDICO DEL MENOR DE DIECIOCHO AÑOS.—III. ALGUNAS MODIFICACIONES DEL CODIGO CIVIL LLEVADAS A CABO POR LA LEY ORGANICA 1/1996, QUE AFECTAN AL *STATUS* TRADICIONAL DEL MENOR: A) LA OBLIGACIÓN ALTERNATIVA DEL ARTÍCULO 149 DEL CÓDIGO CIVIL. B) EL INTERNAMIENTO DEL ENFERMO MENTAL MENOR DE EDAD. C) MODIFICACIONES QUE AFECTAN A LA PATRIA POTESTAD, TUTELA Y DEFENSA DE LOS MENORES, O A SITUACIONES DEL DERECHO DE FAMILIA EN GENERAL. D) SOBRE LOS CAMBIOS EN EL DERECHO DE OBLIGACIONES. E) MODIFICACIONES EN EL DERECHO DE SUCESIONES.—IV. UNA CUESTION FINAL: ¿QUID DE LOS MENORES EMANCIPADOS?

## Número 3 (1997)

«Los derechos susceptibles de ser objeto de hipoteca y la extensión objetiva de la misma», por EVA SAAVEDRA MONTERO, pág. 41.

**SUMARIO:** PLANTEAMIENTO.—I. EL DERECHO REAL DE PROPIEDAD COMO OBJETO DE LA HIPOTECA —II. LA EXTENSION DE LA HIPOTECA CUYO OBJETO SEA EL DERECHO REAL DE PROPIEDAD: II.1. LA EXTENSION DE LA HIPOTECA CUYO OBJETO SEA EL DERECHO REAL DE PROPIEDAD PLENO. II.2. LA EXTENSION DE LA HIPOTECA CUYO OBJETO SEA EL DERECHO REAL DE PROPIEDAD DIVIDIDO. II.3. LA EXTENSION DE LA HIPOTECA CUYO OBJETO SEA EL DERECHO REAL DE PROPIEDAD GRAVADO —III. LA EXTENSION DE LA HIPOTECA CUYO OBJETO SEA UN DERECHO REAL LIMITADO: III.1. EL DERECHO DE USUFRUCTO COMO OBJETO DE LA HIPOTECA Y LA EXTENSION OBJETIVA DE LA MISMA III.2. EL DERECHO DE HIPOTECA VOLUNTARIA. SUBHIPOTECA III 3. LOS DERECHOS REALES CONTEMPLADOS EN EL ARTICULO 107.5 DE LA LEY HIPOTECARIA. III.4. LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS III.5. EL DERECHO DE RETRACTO CONVENCIONAL. III.6. LOS DERECHOS REALES LIMITADOS, SUSCEPTIBLES DE HIPOTECA, CONTEMPLADOS EN EL ARTICULO 106.2 DE LA LEY HIPOTECARIA.

## Número 4 (1997)

«Algunas consideraciones sobre la falta de timbre en los títulos ejecutivos cambiarios», por JOSÉ BONET NAVARRO, pág. 81.

**SUMARIO.** I. INTRODUCCION.—II. ALGUNAS CUESTIONES RELATIVAS A LA REGULACION FISCAL CON ESPECIAL INCIDENCIA PROCESAL 1. EL DEVENGO DEL IMPUESTO Y SU LIQUIDACION PREVIA A LA INTERPOSICION DE LA DEMANDA EJECUTIVA. 2. EL SUJETO PASIVO DEL IMPUESTO Y LA POSIBILIDAD DE BASAR SU DEFENSA EN ESTE MOTIVO. 3. LA BASE IMPONIBLE Y LA INFRACCION FISCAL SOBREVENIDA.—III. LA PRIVACION DE EFICACIA EJECUTIVA. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA E INTERPRETACION RESTRINGIDA.—IV. CONCLUSIONES.

## Número 5 (1997)

«Los daños ecológicos como actos ilícitos civiles», por JAIME SANTOS BRIZ, pág. 95.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION.—II. LOS DELITOS ECOLOGICOS EN EL NUEVO CODIGO PENAL DE 1995 A) PERJUICIOS GRAVES AL EQUILIBRIO NATURAL DEL MEDIO AMBIENTE. B) ATAQUES A LA FLORA Y A LA FAUNA. C) EJERCICIO DE LA CAZA Y DE LA PESCA. D) DELITOS SOBRE ORDENACION DEL TERRITORIO.—III. LA PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE MEDIANTE DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS.—IV. REFERENCIA A LA COMUNIDAD ECONOMICA O UNION EUROPEA —V. LOS DAÑOS ECOLOGICOS COMO ACTOS ILICITOS CIVILES DERECHO Y JURISPRUDENCIA ESPAÑOLES: A) DAÑOS EN PISCIFACTORIAS. B) OTRAS INDUSTRIAS. C) DAÑOS EN PLANTACIONES. D) DAÑOS EN MATERIA DE AGUAS.

## REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

### Número 222 (Octubre-Diciembre 1996)

«Conflictos intrasocietarios (los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)», por JESÚS ALFARO AGUILA-REAL, pág. 1079.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION: OBJETO DEL TRABAJO Y SISTEMA EXPOSITIVO.—II. EXCLUSION Y DISOLUCION: LOS PODERES DE TERMINACION DEL CONTRATO SOCIAL DE LA MAYORIA. ANALISIS ECONOMICO DE LA EXCLUSION.—III FUNDAMENTACION DE LA CALIFICACION DE LOS JUSTOS MOTIVOS COMO CAUSA LEGAL NO ESCRITA DE EXCLUSION DE SOCIOS EN LA SOCIEDAD LIMITADA —IV. EL DERECHO DE SEPARACION DEL SOCIO POR JUSTOS MOTIVOS.—V. OBJECIONES AL RECONOCIMIENTO DE LA EXISTENCIA DE UNA CAUSA LEGAL NO ESCRITA DE EXCLUSION Y SEPARACION POR JUSTOS MOTIVOS.—VI. CONCLUSIONES.

«La declaración judicial de quiebra como causa de denuncia del contrato de agencia», por AURORA MARTÍNEZ FLOREZ, pág. 1143.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION: 1. LA QUIEBRA Y LAS CAUSAS DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE AGENCIA. 2 LA INNOVACIÓN DE LA LEY SOBRE CONTRATO DE AGENCIA: LA CONFIGURACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE QUIEBRA COMO CAUSA DE DENUNCIA DEL CONTRATO POR LA PARTE «IN BONIS».—II. QUIEBRA DEL PRINCIPAL: 1. LA INCOMPATIBILIDAD INICIAL DEL ESTADO DE QUIEBRA CON LOS EFECTOS PROPIOS DEL CONTRATO DE AGENCIA. LA SUSPENSIÓN DE LA EFICACIA DEL CONTRATO. 2. SENTIDO DE LA MERA SUSPENSIÓN DE LA EFICACIA DEL CONTRATO DE AGENCIA CON LA QUIEBRA DEL PRINCIPAL. 3. LA FACULTAD DE DENUNCIA DEL CONTRATO POR EL AGENTE: A) *Justificación de la medida*. B) *Límites al ejercicio de la facultad de denuncia*. 4 LA TERMINACIÓN DEL ESTADO DE SUSPENSIÓN DE LA EFICACIA DEL CONTRATO.—III. QUIEBRA DEL AGENTE: 1 IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA DE REALIZAR LA PRESTACIÓN A CARGO DEL AGENTE. 2. QUIEBRA, INCUMPLIMIENTO E INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA. 3. LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL A INSTANCIA DEL PRINCIPAL. LA SUSPENSIÓN DE LA EFICACIA DEL CONTRATO. 4. JUSTIFICACIÓN DE LA FACULTAD DE DENUNCIA DEL PRINCIPAL Y LÍMITES DE LA MISMA.—IV. CONCLUSIONES.

«Análisis comparativo del concepto teórico doctrinal de valor negociable y del concepto reglamentario contenido en el Real Decreto de 27 de marzo de 1992, sobre emisiones y ofertas públicas de venta de valores», por José ENRIQUE CACHÓN BLANCO, pág. 1201.

**SUMARIO:** 1. CONCEPTO DE VALOR NEGOCIABLE A EFECTOS DEL REAL DECRETO DE 27 DE MARZO DE 1992, SOBRE EMISIONES Y OFERTAS PUBLICAS DE VENTA DE VALORES NEGOCIABLES: 1.1. CALIFICACIÓN DE VALORES NEGOCIABLES POR ENUMERACIÓN POSITIVA. 1.2. CALIFICACIÓN DE VALORES NEGOCIABLES POR ENUMERACIÓN NEGATIVA. 1.3. CONCEPTO RESIDUAL DE VALOR NEGOCIABLE.

CIABLE.—2. ANÁLISIS COMPARATIVO DEL CONCEPTO TEORICO DE VALOR NEGOCIABLE Y DEL CONCEPTO DE VALOR NEGOCIABLE DEL REAL DECRETO DE 27 DE MARZO DE 1992.

## REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

### Número 151 (Enero-Febrero 1997)

«Los nuevos delitos sobre ordenación del territorio y la disciplina urbanística», por RAMÓN BELTRÁN ABADÍA y otros, pág. 15.

«Aspectos administrativos de los delitos urbanísticos», por FERNANDO LÓPEZ RAMÓN, pág. 53.

**SUMARIO**· 1. PLANTEAMIENTO.—2 LA LEGALIDAD URBANISTICA COMO BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS SOBRE LA ORDENACION DEL TERRITORIO.—3. LA INCIDENCIA DE LA LEGISLACION, URBANISTICA EN LA DEFINICION DE LOS TIPOS PENALES: a) DELITO DE CONSTRUCCIÓN NO AUTORIZADA; b) DELITO DE EDIFICACIÓN NO AUTORIZABLE EN SUELO NO URBANIZABLE; c) DELITO DE PREVARICACIÓN URBANÍSTICA.—4. EL PROBLEMA DE LA CUESTION ADMINISTRATIVA PREJUDICIAL.—5. OTRAS DIFERENCIAS ENTRE LAS INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS Y LOS DELITOS URBANISTICOS.

«Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y sobre el patrimonio arquitectónico. Aspectos técnicos», por AGUSTÍN BORRELL CALONGE, pág. 63.

«Comentario sobre el procedimiento para la obtención de licencias», por José LUIS MÁRQUEZ DIÉGUEZ, pág. 89.

«La urbanización y su costeamiento en las actuaciones asistemáticas tras el Real Decreto-ley 5/1996», por ENRIQUE PORTO REY, pág. 93.

**SUMARIO**: 1. INTRODUCCION: 1.1. LA OBLIGACIÓN DE LOS PROPIETARIOS DE SUELO URBANO O URBANIZABLE DE INCORPORARSE AL PROCESO URBANIZADOR: 1.1.1. *La obligación genérica*. 1.1.2. *La obligación específica de los propietarios de suelo urbano*. 1.2. LA EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO EN GENERAL MEDIANTE ACTUACIONES SISTEMÁTICAS, SEA EN SUELO URBANO O URBANIZABLE. 1.3. DISTINTAS FINALIDADES DE LAS ACTUACIONES SISTEMÁTICAS Y ASISTEMÁTICAS. 1.4. ACTUACIONES ASISTEMÁTICAS EN SUELO URBANO: 1.4.1. *Clases*. 1.5 EL REQUISITO DE LA URBANIZACIÓN PREVIA O SIMULTÁNEA PARA PODER EDIFICAR EN SUELO URBANO ASISTEMÁTICO.—2. EJECUCION DE LA URBANIZACION EN ACTUACIONES ASISTEMATICAS: 2.1. PROYECTO Y LICENCIA LEGITIMADORES: 2.1.1 *El Proyecto de Obras Ordinarias*. 2.1.2. *Licencia de urbanización y edificación simultáneas*. 2.2. PLAZO, OBRAS Y EXTENSIÓN SUPERFICIAL: 2.2.1. *Plazo para la conversión de las parcelas en solares y solicitud de la correspondiente licencia de edificación*. 2.2.2. *Obras comprendidas en la urbanización*. 2.2.3. *Extensión superficial*. 2.3. EXTENSIÓN JURÍDICA: 2.3.1. *Actuación asistemática forzosa*. 2.3.2. *Actuación asistemática voluntaria*.—3. COSTEAMIENTO DE LA URBANIZACION EN ACTUACIONES ASISTEMATICAS: 3.1. EL COSTEAMIENTO POR EL CONJUNTO DE BENEFICIARIOS CON PARTICIPACIÓN MUNICIPAL. 3.1.1. *Las contribuciones especiales como tributo en la Ley de Haciendas Locales*. 3.2. EL COSTEA-

MIENTO POR EL EDIFICADOR INDIVIDUAL SIN PARTICIPACIÓN MUNICIPAL. 3.2.1. *Razones que justifican la no participación de la Administración en las cuotas de Urbanización en actuaciones asistemáticas.* 3.2.2. *El costeamiento de la urbanización de la parcela que transfiere aprovechamientos.*—4. ACTUACIONES ASISTEMATICAS Y DERECHOS ARRENDATICIOS: 4.1. EL DERECHO DE RETORNO. 4.2. EL DERECHO DE REALOJO.—5. EJECUCION DE LA EDIFICACION EN ACTUACIONES ASISTEMATICAS: 5.1 EL DOBLE PAPEL DE LA LICENCIA. 5.2. PLAZO PARA LA SOLICITUD DE LICENCIA. 5.3 INCORPORACIÓN A LA EDIFICACIÓN DEL APROVECHAMIENTO QUE CORRESPONDE AL SUELO DOTACIONAL: 5.3.1. *Municipios con áreas de reparto y aprovechamientos tipo.* 5.3.2. *Municipios sin áreas de reparto en suelo urbano.*—6. REFLEXION FINAL.

«El reparto de competencias en materia medioambiental y su alteración en situaciones de necesidad», por VICENTE ALVAREZ GARCÍA, pág. 127.

## REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA Número extraordinario (1895-1995)

«1995-2095, cent anys de Dret Procesal», por JOSÉ ALMAGRO NOSETE, pág. 9.

«1995-2095, cent anys de Dret Mercantil», por FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, pág. 23.

**SUMARIO:** PRESENTACION.—I. DIFICULTADES DE LA TAREA —II. COINCIDENCIA SOBRE LA SUPERACION, POR PARTE DEL DERECHO MERCANTIL ACTUAL, DEL DERECHO CODIFICADO· A) ABANDONO Y SUPERACION DEL SISTEMA DELIMITADOR DEL DERECHO MERCANTIL CONTENIDO EN EL CÓDIGO DE COMERCIO. B) APARICIÓN DE UNA POLÍTICA LEGISLATIVA OPORTUNISTA Y FALTA DE COHERENCIA. C) PREOCUPACIÓN POR LA TUTELA EFECTIVA DE LOS INTERESES EN CONFLICTO. D) INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA ECONOMÍA.—III. TENDENCIAS ACTUALES EN LA EVOLUCION DEL DERECHO MERCANTIL: A) INTENSIFICACIÓN DE LA INTERNACIONALIDAD Y DE LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL. B) FACILITAR EL FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO. C) TUTELA EQUILIBRADA DE TODOS LOS INTERESES IMPLICADOS EN EL FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO. D) INCIDENCIA DE LA MASIFICACIÓN Y DEL DESARROLLO TÉCNICO. E) PREOCUPACIÓN POR LA SEGURIDAD EN EL TRÁFICO JURÍDICO F) HACIA LA UNIFICACIÓN LEGISLATIVA DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS.—IV. SOBRE LA PERVIVENCIA DEL DERECHO MERCANTIL EN OTROS PAISES: A) DERECHO FRANCÉS. B) DERECHO ALEMÁN. C) DERECHO ITALIANO.—V LA PERVIVENCIA DEL DERECHO MERCANTIL EN NUESTRO ORDENAMIENTO: A) SOBRE LA CONTINUIDAD DEL DERECHO MERCANTIL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PRIVADO. B) SU RELACIÓN CON EL DERECHO CIVIL C) LA EVENTUAL DISOLUCIÓN DEL DERECHO MERCANTIL POR LA PRESENCIA DE DERECHOS ESPECIALES.—VI. SOBRE EL FUTURO DEL DERECHO MERCANTIL.—VII. CONSIDERACIONES FINALES.

«1995-2095, cent anys de Dret Administratiu», por AGUSTÍN GORDILLO, pág. 61

**SUMARIO:** PRESENTACION.—1. LA SOLUCION O NO SOLUCION ESTATAL DE CONFLICTOS SOCIALES.—2. LA DISTRIBUCION Y FRACTURA DEL

PODER ESTATAL: 2.1. EL ESTADO NACIONAL, SUPRANACIONAL, REGIONAL. LAS ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES. 2.2. LA FRACTURA DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL DEL PODER. 2.3. EL DERECHO NO ESTATAL. 2.4. LA RED INFORMÁTICA NO ESTATAL. 2.5. LA DESESTABILIZACIÓN DE EMPRESAS Y SERVICIOS. 2.6. LAS FUERZAS ARMADAS. 2.7. CRECIENTE PARTICIPACIÓN CIUDADANA.—3. LA ADMINISTRACIÓN: 3.1. LOS CONTRATOS DEL ESTADO. 3.2. LA DEUDA PÚBLICA PERPETUA. 3.3. ESTADO DE BIENESTAR LIMITADO. 3.4. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN. LA PÉRDIDA DE INFORMACIÓN. 3.5. LOS DERECHOS HUMANOS Y LA ADMINISTRACIÓN DE LA VIDA Y DE LA MUERTE. 3.6. LA INADMINISTRACIÓN DE LA ECONOMÍA. 3.7. EL DESEMPLEO ESTRUCTURAL Y SUS DESAFÍOS. 3.8. LA ADMINISTRACIÓN PARALELA. LA CORRUPCIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL. 3.9. LA TUTELA DEL MEDIO AMBIENTE. 3.10. LA CULTURA DEL TRABAJO Y DEL TRANSPORTE.—4. A MODO DE CONCLUSIÓN.

«1995-2095, cent anys de Dret Comunitari», por MICHEL WAELBROECK, pág. 73.

SUMARIO: 1. LAS HIPOTESIS DE BASE.—2. EL ASPECTO DE EUROPA EN EL 2095.—3. LOS CAMBIOS A APORTAR.—4. ACENTUAR EL CARACTER DEMOCRATICO DE LAS ESTRUCTURAS a) EL PARLAMENTO EUROPEO b) EL CONSEJO. c) LA COMISIÓN d) EL TRIBUNAL DE JUSTICIA.—5. REFORZAMIENTO DEL CONTROL.—6. CONCLUSIÓN.

«1995-2095, cent anys de Dret Civil», por GUIDO ALPA, pág. 83

SUMARIO: PRESENTACION.—1. LA CREATIVIDAD DE LA JURISPRUDENCIA. LOS PROBLEMAS: 1.1. TERMINOLOGÍA. 1.2. LOS EJEMPLOS ITALIANOS. 1.3. LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO. 1.4. NUEVAS CUESTIONES.—2. LA CREATIVIDAD EN ACCIÓN: 2.1. LAS FUENTES DEL ORDENAMIENTO. 2.2. APLICABILIDAD DE LAS DIRECTIVAS. 2.3. LOS PRINCIPIOS GENERALES. 2.4. LA BUENA FE. 2.5. LA EQUIDAD.—3. LA CREATIVIDAD DE LA JURISPRUDENCIA Y LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD: 3.1. PREMISA. 3.2. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA JURISPRUDENCIA. TUTELA DIRECTA Y TUTELA PLURAL DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD. 3.3. EL PAPEL DE LOS MASS MEDIA. 3.4. INTIMIDAD Y OTROS VALORES. 3.5. LA JURISPRUDENCIA RECIENTE EN MATERIA DE TUTELA DE LA IDENTIDAD PERSONAL.—4. LA CREATIVIDAD JURISPRUDENCIAL DE LA DISCIPLINA DEL CONTRATO: 4.1. EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES. 4.2. LA CALIFICACIÓN DE LA CLÁUSULA COMO ABUSIVA. 4.3. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE SEGUROS.—5. LA CREATIVIDAD JURISPRUDENCIAL Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL: 5.1. EL DAÑO BIOLÓGICO Y LA TUTELA DE LA SALUD. 5.2. LA LESIÓN DEL CRÉDITO.

«1995-2095, cent anys de Dret Penal», por CLAUS ROXIN, pág. 147.

SUMARIO: I. CIRCUMSTANCIES QUE DIFICULTEN UNA PROGNOSI.—II. CIRCUMSTANCIES QUE FACILITEN UNA PROGNOSI.—III. CINC TESIS.—IV. D'AQUI CENT ANYS ENCARA HI HAURA DRET PENAL: 1. NO ES PODRÀ SUPRIMIR EL DRET PENAL. 2. TAMPOC ÉS D'ESPERAR UNA REPRESSIÓ DE LA CRIMINALITAT MITJANÇANT UN CONTROL SOCIAL REFORÇAT.—V. VERS L'EUROPEITZACIÓ I LA GLOBALITZACIÓ DEL DRET PENAL —

VI. AUGMENTARA EL NOMBRE DE PRECEPTES PENALS I EL DE LLURS INFRACCIONS.—VII. MALGRAT, LES PENES ES SUAVITZARAN.—VIII. EN EL FUTUR LES PENES ES COMPLEMENTARAN PER MOLTES ALTRES REACCIONS FRONT ELS CAPTENIMENTS PUNIBLES: 1. NOVES PENES. 2. NOVES MESURES. 3. SANCIONS D'ORIENTACIÓ VOLUNTÀRIA: a) *El treball per a la comunitat*. b) *La reparació voluntària*.—4. SANCIONS ACCESSÒRIES.—IX. CONCLUSIO.

- «Obertura del Simposi Internacional sobre les revistes jurídiques a les portes del segle XXI», por NURIA DE GISPert i CATALA, pág. 165.
- «Las revistas jurídicas de información general», por JOAN-S. PELLICER i SALA, pág. 169.
- «La evolución de la información en el ámbito jurídico», por ESTANISLAO DE ARANZADI, pág. 177.
- «Los periódicos de información jurídica», por JOSÉ MANUEL OTERO LASTRES, pág. 185.
- «Las revistas jurídicas especializadas», por JOSÉ MUÑOZ CONTRERAS, pág. 191.
- «Revistas jurídicas en Alemania: los desafíos del siglo XXI», por WILHELM WARTH, pág. 201.
- «Las revistas jurídicas en Estados Unidos ante un entorno cambiante», por THEODORE W. RUGER, pág. 217.
- «Información legal en la era electrónica: Internet y los nuevos sistemas de comunicación», por JOHN PRITCHARD, pág. 233.

## REVISTA JURIDICA DE NAVARRA

### Número 20 (Julio-Diciembre 1995)

«Instituciones jurídicas consuetudinarias y su regulación en los territorios pirenaicos», por FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, pág. 15.

SUMARIO: I. LA COSTUMBRE EN EL DERECHO PRIVADO: 1. CONCEPTO. 2. FUNCIONES POSIBLES: A) *Norma. La costumbre en el sistema de fuentes normativas*. B) *Otras funciones*: a) Los usos normativos; b) La costumbre integradora e interpretativa de los negocios, la costumbre en función de título. 3. VALOR ACTUAL DE LA COSTUMBRE, ¿CRISIS DE LA COSTUMBRE? 4. ALEGACIÓN Y PRUEBA DE LA COSTUMBRE.—II. INSTITUCIONES CONSUEUDINARIAS DE DERECHO DE FAMILIA Y DEL DE SUCESIONES EN LOS ORDENAMIENTOS ARAGONES, NAVARRO Y VASCO: 1. PROTAGONISMO DE «LA CASA» EN LOS DERECHOS PIRENAICOS. 2. INTEGRACIÓN, EN LOS DERECHOS PIRENAICOS, DEL DERECHO DE FAMILIA Y EL DE SUCESIONES. 3. LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES EN LOS DERECHOS DE FUERO. 4. RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO: A) *Aragón*: a) Régimen paccionado; b) Aportaciones matrimoniales; dote del marido; c) La dote, en general; d) El patrimonio del cónyuge; e) Instituciones familiares consuetudinarias; f) Régimen legal (de comunidad limitada); g) La comunidad continuada B) *Navarra*: a) Primacía del pacto; amplitud de los capítulos matrimoniales; b) Aportaciones matrimoniales: las arras; c) Donaciones esponsalicias y *propter nuptias*; d) La dote romana, e) Régimen legal. La sociedad conyugal de conquistas;

f) Continuación de la comunidad; g) Régimenes convencionales; h) Régimen de bienes en segundas o posteriores nupcias. C) País Vasco: a) Régimen paccionado; b) El régimen de comunidad de Vizcaya; c) Continuación de la comunidad como ordinaria. 5. BENEFICIOS VIDUALES DERIVADOS DEL RÉGIMEN MATRIMONIAL EN ARAGÓN, NAVARRA Y PAÍS VASCO: A) *La viudedad foral en Navarra y Aragón*: a) Evolución histórica, crítica; b) Naturaleza y caracteres, c) Régimen. B) *Beneficios viduales en el Derecho del País Vasco*: a) Vizcaya, b) Tierra de Ayala; c) Guipúzcoa. 6. APUNTE FINAL DE INSTITUCIONES SUCESORIAS. A) *Libertad de testar «adversus legítimas»*. B) *La sucesión contractual*. C) *Testamento plural*: a) Aragón: testamento mancomunado; b) Navarra: testamento de hermandad; c) Vizcaya: testamento mancomunado o de hermandad. D) *Otras instituciones sucesoras*.

«Fiscalidad y crecimiento económico. 150 aniversario de la reforma de Montañán y su repercusión en Navarra», por JUAN CRUZ ALLÍ ARANGUREN, pág. 41.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION.—II. EL LIBERALISMO MODERADO: 1. LA REVOLUCIÓN BURGUESA Y EL CONSTITUCIONALISMO. 2. LA IDEOLOGÍA MODERADA. 3. EL GOBIERNO MODERADO. 4. LA CENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA.—III. LA REFORMA TRIBUTARIA DE 1845: 1. EL SISTEMA TRIBUTARIO TRADICIONAL. 2. LA CONTRIBUCIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1812. 3. LA COMISIÓN GARCÍA CARRASCO Y SANTILLÁN. 4. EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LA REFORMA: a) *La contribución sobre inmuebles, cultivo y ganadería*; b) *El subsidio de la industria y el comercio*; c) *El impuesto sobre el consumo de especies determinadas*; d) *El derecho de Hipotecas*. 5. EL PRIMER SISTEMA FISCAL MODERNO —IV. REPERCUSION EN NAVARRA DE LA REFORMA TRIBUTARIA: 1. LAS COMPETENCIAS TRIBUTARIAS EN LA LEY DE 16 DE AGOSTO DE 1841. 2. AFECCIÓN A LA CONTRIBUCIÓN DIRECTA. 3. REACCIÓN CONTRARIA DE LA DIPUTACIÓN. 4. RESISTENCIA Y CONSECUENCIAS DE LA REFORMA EN NAVARRA

«El gravamen de la base liquidable regular del IRPF en el sistema tributario navarro Reflexiones en torno al artículo 70.3. de la Ley Foral 6/1992, de 14 de mayo, del Impuesto sobre la Renta», por IÑIGO BARBERANA BELZUNCE, pág. 61.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION.—II. GENESIS Y JUSTIFICACION DEL PRECEPTO.—III. ANALISIS CRÍTICO DE SU CONTENIDO: 1. EL PRESUPUESTO DE HECHO DE LA NORMA. 2. EL PROBLEMA DE FONDO: UNA LAMENTABLE CONFUSIÓN ENTRE PROGRESIVIDAD DEL IMPUESTO Y PROGRESIVIDAD DE LA TARIFA.

«La competencia de las Comunidades Autónomas y de la Comunidad Foral de Navarra sobre ordenación farmacéutica», por JOSÉ ANTONIO RAZOÚN LIZÁRRAGA, pág. 69.

**SUMARIO.** I. INTRODUCCION —II. MARCO JURIDICO GENERAL: 1. LA REGULACIÓN PRECONSTITUCIONAL: LIMITACIÓN DEL ESTABLECIMIENTO DE OFICINAS DE

FARMACIA. 2. EL IMPACTO CONSTITUCIONAL. 3. LA LEGISLACIÓN POST-CONSTITUCIONAL: LA «NON NATA» PLANIFICACIÓN DE LAS OFICINAS DE FARMACIA. 4. PRAXIS: CONFLICTIVIDAD Y EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL. 5. BREVE REFERENCIA A LAS NORMAS DE LA COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA QUE ATANEN A LAS FARMACIAS.—III. LA COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS PARA LA REGULACIÓN DE LAS OFICINAS DE FARMACIA. 1. LA DELIMITACIÓN DE COMPETENCIAS SEGÚN LA CE Y LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA. 2. LA REGULACIÓN DE LAS OFICINAS DE FARMACIA: LA NOCIÓN DE «ORDENACIÓN FARMACÉUTICA». 3. LAS DISTINTAS POSICIONES DOCTRINALES SOBRE LAS COMPETENCIAS AUTÓNOMICAS EN MATERIA DE ORDENACIÓN FARMACÉUTICA: A) *Las competencias de las Comunidades Autónomas que cuentan con título competencial específico en materia de ordenación farmacéutica: su limitación por las normas básicas en materia de sanidad interior.* B) *Sobre la competencia de las Comunidades Autónomas que carecen de título competencial específico sobre ordenación farmacéutica.* C) *Competencia estatal para la regulación de la autorización de oficinas de farmacia*. 4. LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS SON COMPETENTES PARA REGULAR LAS OFICINAS DE FARMACIA EN CUANTO ASPECTO INCLUIDO EN LA MATERIA DE SANIDAD: A) *Criterios constitucionales para la delimitación de materias y de títulos competenciales.* B) *La competencia de desarrollo legislativo y ejecución en materia de sanidad comprende la regulación de las oficinas de farmacia.*

«El Noble Valle y Universidad de Baztán (Grupo normativo regulador y organización administrativo)», por JUAN CRUZ ALLÍ TURRILLAS, pág. 95.

**SUMARIO: I. INTRODUCCION —II ASPECTOS HISTORICO-GEOGRAFICOS:**

1. ASPECTOS GEOGRÁFICOS Y SOCIALES 2. BREVES APUNTES HISTÓRICOS: a) *Una introducción en torno a las Ordenanzas actualmente en vigor;* b) *Concepto de Universitas. La Universidad de Baztán,* c) *El escudo de la Universidad del Valle de Baztán: su origen;* d) *Algunas consecuencias de tales peculiaridades: la «limpieza de sangre» y las propias Ordenanzas, Cotos y Paramentos* — III. EL GRUPO NORMATIVO REGULADOR DE LAS ORDENANZAS, COTOS Y PARAMENTOS: 1. NATURALEZA JURÍDICA Y GRUPO JURÍDICO REGULADOR DE LAS ORDENANZAS, COTOS Y PARAMENTOS: a) *Introducción. «Cotos y Paramentos»;* b) *La naturaleza jurídica: origen y evolución histórica. Características principales,* c) *El grupo jurídico regulador: A) La Disposición Adicional 1.ª de la Constitución (y la Disposición Adicional 1.ª de la LORAFNA). Lo foral como vis proiettiva y vis a tergo. ¿Una razonable integración?; B) El grupo jurídico regulador. 2. LAS ORDENANZAS A LO LARGO DE LA HISTORIA: a) Ordenanzas de 1544; b) Ordenanzas de Iturbide (¿1560-1582?); c) Ordenanzas de 1603; d) Ordenanzas de 1624-1628; e) Ordenanzas de 1696; f) Ordenanzas de 1733; g) Nuevas Ordenanzas, Cotos y Paramentos de 1832; h) Ordenanzas especiales de 1887 y Proyecto de Ordenanzas de 1892, i) Nuevas Ordenanzas, Cotos y Paramentos de 1926; j) Ordenanzas, Cotos y Paramentos de 1964 y 1967/69; k) Proyecto de Ordenanzas, Cotos y Paramentos de 1983: A) Su estructura; B) Teleología del proyecto de nuevas Ordenanzas; C) Nivel Competencial alcanzado; D) El dictamen del Gobierno de Navarra.—IV. LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS DEL NOBLE VALLE Y UNIVERSIDAD DE BAZTÁN: 1. NATURALEZA Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL NOBLE VALLE Y UNIVERSIDAD DE BAZTÁN: a) *La peculiar organización del Baztán dentro de la legislación local de Navarra: A) El Valle como una**

unidad geográfica con consecuencias jurídicas; B) Las notas que dejan entrever unas especiales características; C) Las diferencias jurídicas con otros valles navarros. Opinión doctrinal. Análisis legal (remisión). b) *El reconocimiento legal del Noble Valle y Universidad de Baztán*: A) La autonomía local hasta el siglo XIX; B) Las circunstancias históricas del siglo XIX; C) El actual marco legal. c) *Personalidad jurídica del Noble Valle y Universidad de Baztán*: A) La ausencia: el período anterior al siglo XIX; B) El reconocimiento: Estatuto Municipal de 8 de marzo de 1924; C) El acogimiento: la creación del municipio. El período preconstitucional y la CE 1978; D) El reconocimiento de las instituciones en las Ordenanzas. 2. LA JUNTA GENERAL DEL VALLE Y UNIVERSIDAD DE BAZTÁN: a) *Origen y evolución histórica*; b) *Composición*; c) *Nombramiento*; d) *Funciones*; e) *Régimen de sesiones*, f) Lugar de las sesiones. 3. LOS BATZARRES. 4. EL ALCALDE-PRESIDENTE: a) *Nombramiento*; b) *Funciones*. 5. LOS JURADOS: a) *Nombramiento*; b) *Funciones*. 6. LOS DIPUTADOS O CARGODUNES: a) *Nombramiento*; b) *Funciones*. 7. LOS JUNTEROS: a) *Los Cuarteles*; b) *Nombramiento de los Junteros*, c) *Funciones*. 8. EL AYUNTAMIENTO. 9. OTROS CARGOS.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFIA: 1. FUENTES. 2. DOCTRINAL Y ANÁLISIS LEGAL.

## REVISTA NOTARIAL DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS DE BUENOS AIRES

Número 923 (Enero-Abril 1996)

- «Aplicación del contrato de fideicomiso como alternativa de la prehorizontalidad», por MARCELO DE HOZ, pág. 21.
- «Leasing financiero, operacional e inmobiliario. Fideicomiso. Fideicomiso financiero», por NORMA E. CIURO DE CASTELLO Y RENÉ CARLOS CASAS, pág. 27
- «A modo de comentario. La competencia territorial en el Decreto-Ley 9020/78 y la posibilidad de su extensión», por ALDO EMILIO URBANEJA, pág. 51.

## NOTICIAS DE LA UNION EUROPEA

Número 144 (Enero 1997)

- «La regulación actual del derecho de asilo en el ordenamiento jurídico español desde la perspectiva de los Acuerdos de Schengen», por FRANCISCO BUENO ARÚS, pág. 9.
- «Libre circulación de profesionales médicos en la UE/EEE», por CONSUELO CUESTA SANZ, pág. 17.
- «Concepto y límites de la tolerancia: el caso del derecho de asilo», por ERNESTO J. VIDAL GIL, pág. 29.
- «La adhesión de la Comunidad Europea al Convenio Europeo de Salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales», por NATIVIDAD FERNÁNDEZ SOLA, pág. 41
- «La libre circulación de capitales en la Unión Europea. Especial referencia a la fiscalidad», por ANTONIO APARICIO PÉREZ, pág. 59.

- «Libertad de movimientos de capitales y unión monetaria: aplicaciones para la armonización de la fiscalidad directa de los países comunitarios», por SANTIAGO ALVAREZ GARCÍA y MARÍA CONCEPCIÓN ARIZAGA JUNQUERA, pág. 79.
- «Las exacciones de efecto equivalente a los derechos de aduana», por ANA ISABEL GONZÁLEZ GONZÁLEZ, pág. 91.
- «Algunas cuestiones sobre los entes públicos y el Impuesto sobre el Valor Añadido», por JAVIER MARTÍN FERNÁNDEZ, pág. 99.





