

REVISTA CRITICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

**D. Jerónimo González Martínez**

---

Año LXXI • Sept.-Octubre 1995 • Núm. 630

---



## CONSEJO DE REDACCION

### PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

### CONSEJEROS:

D. José Poveda Díaz.  
D. Juan Vallet de Goytisoló.  
D. Aurelio Menéndez Menéndez.  
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.  
D. Manuel Amorós Guardiola.  
D. José Antonio Nortes Triviño.  
D. José María Chico Ortiz.  
D. Fernando Muñoz Cariñanos.  
D. José Manuel García García.  
D. Juan Manuel Rey Portolés.  
D. Antonio Pau Pedrón.  
D. Juan Pablo Ruano Borrella.  
D. José Luis Laso Martínez.  
D. Alfonso Barcala Trillo Figueroa.  
D. Joaquín Rams Albesa.  
D. Francisco Corral Dueñas.  
D. Juan Sarmiento Ramos.

### 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.

In memoriam Carlos Hernández Crespo ..... 1517

### ESTUDIOS

«Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión», por CARLOS VATTIER FUENZALIDA .....	1523
«Una introducción al Derecho», por JOSÉ CERDÁ GIMENO .....	1547
«Inmatriculación de bienes de la Iglesia mediante certificación expedida por el Diocesano», por PILAR DE LA HAZA DÍAZ .....	1587
«El derecho de transmisión en Uruguay», por RAÚL ANIDO .....	1601
«La reversión legal de donaciones: el art. 812 CC», por MARÍA DOLORES MAS BADÍA .....	1631
«De nuevo con la colaboración entre Notarías y los Registros de la Propiedad», por FRANCISCO JAVIER GARCÍA MAS .....	1747
«Comentarios a la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias», por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS .....	1771

### DICTAMENES Y NOTAS

«Sobre la indignidad para suceder y legitimación activa para invocarla en Derecho portorriqueño», por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE .....	1801
«Creación del Centro de Estudios Jurídicos del Caribe y Primer Congreso Internacional de Estudios Jurídicos del Caribe», por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE .....	1809

### ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN .....	1829
--	------

**JURISPRUDENCIA**

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS .....	1835
II. Resoluciones de la Dirección General, por JOSÉ SIMEÓN RODRÍGUEZ SÁNCHEZ y PABLO VIDAL FRANCÉS .....	1839
III. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Derecho Civil:	
b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA .....	1863
4. Derecho Procesal, por ERNESTO CALMARZA CUENCAS .....	1875

**INFORMACION BIBLIOGRAFICA**

«La anotación preventiva de embargo sobre bienes gananciales», de MARÍA TERESA BENDITO CAÑIZARES, por ISABEL MORATILLA GALÁN .....	1887
«Anotaciones de embargo II», de RAFAEL ANTONIO RIVAS TORRALBA, por JOSÉ ANTONIO COBACHO GÓMEZ .....	1891
«El Derecho en las grandes religiones», de JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ VAL, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ .....	1898
«Derecho Inmobiliario Registral (Tomos XIV y XV de la obra <i>Tratado teórico, práctico y crítico de Derecho privado puertorriqueño</i> )», de E. VÁZQUEZ BOTE, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ .....	1901
«Les accords extra-estatutaires entre associés», de DOMINIQUE VELARDOCCHIO-FLORES, por JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ .....	1906
«La protección jurídica de los descubrimientos genéticos y el Proyecto Genoma Humano», de JUAN LUIS IGLESIAS PRADA, por MANUEL CASERO MEJÍAS .....	1907
«Curso de práctica registral», de ANTONIO PAU PEDRÓN, por ENRIQUE MADERO JARABO .....	1912
«El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria», de JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS .....	1913
<b>REVISTA DE REVISTAS</b> , por LA REDACCIÓN .....	1917

## In memoriam

# Carlos Hernández Crespo

*Carlos ha muerto. Para los que ya somos antiguos como Registradores no haría falta decir más; pero hoy en nuestra carrera predominan los jóvenes y quizá algunos no lo han conocido, o no lo han conocido suficientemente; de aquí estas líneas.*

*Carlos fue el gran reformador que necesitábamos los Registradores. Un hombre de una visión política, científica y humana poco comunes. Su amor por el Cuerpo era tan grande que fue el que primero se dio cuenta de que teníamos que emprender, desde dentro, una reforma en profundidad. Y, como él era así, creó aquel lema que ha sido el «leit motiv» de los Registradores en los últimos diez o doce años: «Un Registro abierto a la sociedad» Dándose cuenta de ello, «embarcó» al Cuerpo en la Asamblea de Barcelona, ante la sonrisa escéptica de los «tradicionales». Si hubiera fracasado en aquel empeño, algunos hubieran dicho que se lo esperaban. Pero no fue así. El Cuerpo le siguió con práctica unanimidad porque predicaba lo que hacía, lo que era justo, y porque, sin decirlo, vio en él la «madera» de un líder.*

*Y es que lo era, aunque a primera vista pudiera parecer lo contrario. Ha sido una de esas personas que, en principio, resultaban indiferentes físicamente, pero que, en el momento en que se empezaba a escucharle, se daba uno cuenta de su enorme sabiduría, su humanidad y su contagiosa hombría de bien.*

*Querer describir las virtudes de Carlos es inútil y, además, arriesgado, porque, al final de todo artículo, el lector se encontrará con que podrían escribirse muchas más aludiendo a las múltiples facetas de la personalidad de Carlos.*

*Al decir esto, podría el lector pensar que Carlos era un hombre complicado; nada más lejos de la realidad. Si hay una definición para Carlos, ésta debería ser: un sabio sencillo. Su sabiduría era impresionante. Los*

*primeros compañeros que tuvieron contacto con él cuentan cómo le llamaban frecuentemente para que les diera noticia de aquella Sentencia o aquella Resolución que solucionaba su problema. Pero es que, además, respondía con un «mírate a ver si...» que solucionaba la cuestión sin aparecer él como causa de la solución.*

*Carlos comprendía todo, comprendía muy deprisa y tenía una lucidez mental que impresionaba porque añadía a su cualidad de gran jurista un realismo apabullante. Cuando en una persona se unen sabiduría, realismo y bondad, es imposible de describir; por ello estas líneas no son sino simples retazos de lo que ha sido su personalidad.*

*Sabía perfectamente que el Registrador tiene que ser ante todo un jurista y un jurista práctico. Fue, con otros compañeros, fundador de los seminarios, porque se dio cuenta de que la actualización continua de los conocimientos era básica para nosotros. Y allí se lanzó a crear este instrumento que tantos beneficios ha causado a nuestro Cuerpo; viajó, fue de aquí para allá, pero salieron adelante los seminarios.*

*Se caracterizaba, además, por su humildad. Siendo un hombre extraordinariamente perspicaz, tenía la humildad de reírse de sí mismo. Muchas veces le vi, cuando alguien decía que sabía varios idiomas, contestar: «Yo sólo conozco el zamorano».*

*Su amor al Registro era paradigmático. Carlos supo explicar en todas las instancias el Registro como instrumento básico en el servicio a la seguridad jurídica. Y, dada su sabiduría, fue comprendido por sus interlocutores. Recuerdo a este respecto el comentario de un Ministro de Justicia que era muy prestigioso y lo sigue siendo: ¡Qué tío más listo!*

*Su sentido del humor era encantador. Como empezaba por reírse de sí mismo —¡qué gran sabiduría!— aplicaba el mismo criterio a todos los problemas; recuerdo la anécdota contada por él cuando fueron él y otro ilustre compañero —tampoco muy alto— a un Congreso, y Carlos comentó: «nosotros debíamos ser representantes de los Países Bajos».*

*Le gustaba mucho el fútbol. Como los miércoles eran la mayoría de los partidos, y ese mismo día se celebra la reunión de la Sección de lo Civil de la Comisión de Codificación, cuando íbamos a tomarnos la habitual cerveza, él comentaba: «vamos a tomarla rápidamente, que hoy tenemos trabajo».*

*Su espíritu de sacrificio era ejemplar. Para él no existían horas si se trataba de trabajar por el Colegio y los Registradores.*

*Como hombre de ciencia sólo brilló para algunos, porque Carlos habitualmente no publicaba las cosas que estudiaba, por su gran humildad. Pero en el Decanato existen carpetas enteras de trabajos suyos que nos siguen orientando.*

*Finalmente, Carlos fue un hombre bueno. Y lo digo así porque me parece que ésta es la alabanza que mejor se puede hacer de una persona.*

*Fue amigo de sus amigos y de los que no lo eran tanto. Su impronta se grabó de forma indeleble en el Cuerpo de Registradores.*

*Como representante de ese Cuerpo sólo puedo decir. «¡Gracias, Carlos!», y pedir una oración por su eterno descanso.*

JOSÉ PAVEDA DÍAZ  
Decano del Colegio de Registradores



# ESTUDIOS



# Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (\*)

*SUMARIO:* 1. JUSTIFICACION DEL TEMA.—2. LA TRAYECTORIA DE LOS CONTRATOS DE ADHESION.—3. LA NOCION COMUNITARIA DE LOS CONTRATOS DE ADHESION.—4. LAS CLAUSULAS ABUSIVAS Y LOS MECANISMOS DE CONTROL.—5. OTROS ASPECTOS DE LA DIRECTIVA.—6. BREVES REFLEXIONES FINALES.

Ante todo, quiero agradecer a la Comisión Gestora la amable tarea de pronunciar la lección inaugural en el solemne acto de apertura del curso que ahora empieza. Si siempre es un honor un encargo de esta índole, lo mismo para el disertante que para la Facultad a la que pertenece, en esta ocasión lo es tanto más cuanto que hoy comenzamos, no sólo un nuevo curso académico, sino la nueva andadura de nuestra Universidad, cuya reciente creación por Ley del pasado 26 de mayo ha venido a respaldar la labor realizada durante años en el entonces *campus* de Burgos, a la vez que ha venido a culminar, por la vía normal de la emancipación, la tutela ejercida con acierto por la Universidad de Valladolid. Y a esto se une, por otra parte, que en el presente curso nuestra joven Facultad de Derecho cumple sus primeros diez años de existencia, de manera que este acto marca también el comienzo de la celebración académica de tan significativa fecha.

## 1. JUSTIFICACION DEL TEMA

De acuerdo con los usos que rigen este acto, la lección debe versar sobre un tema de la especialidad que uno profesa, ha de ser tratado con relativa

---

(\*) Discurso de apertura de curso en la Universidad de Burgos.

sencillez para hacerlo comprensible a los no especialistas y, a ser posible, debe tener el atractivo de la actualidad. Creo que un pequeño estudio sobre «*Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión*» reúne estas características. Estos contratos dan una configuración nueva a la categoría general del contrato y sus consecuencias teóricas irradian, por tanto, a todos los sectores del ordenamiento; la «letra pequeña», como se les conoce vulgarmente, presenta una indudable importancia económica y social ya que se sitúa en el centro de las relaciones entre los empresarios, por un lado, y los clientes, en particular los consumidores y usuarios, por el otro; en fin, estos contratos se han regulado por la reciente Directiva 93/131CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (1), a la que se debe adaptar nuestro Derecho antes del próximo día 1 de enero de 1995 (art. 10.1.2.º).

Parece, pues, que la elección del tema está debidamente justificada, en cuyo desarrollo nos vamos a ceñir al siguiente esquema: Tras la trayectoria histórica de la figura, nos centraremos en la nueva noción comunitaria de los contratos de adhesión; después de examinar el régimen de las cláusulas abusivas, veremos otros aspectos de la Directiva y terminaremos con unas breves reflexiones finales sobre el tema.

## 2. LA TRAYECTORIA DE LOS CONTRATOS DE ADHESION

Lo primero que hay que decir es que, al cabo de casi un siglo de reflexión sobre la materia, el punto de partida está en la célebre obra de R. SALEILLES sobre «*La déclaration de volonté*», publicada en 1901. Con su agudo historicismo, el autor observó que los contratos de trabajo, de seguro y de transporte no descansaban en el consentimiento libre de los contratantes, sino que el esquema bilateral del Código se había sustituido por los que llamó contratos de adhesión; los consideró como actos unilaterales a través de los cuales un contratante dicta su ley, no sólo a un individuo sino a una colectividad indeterminada; por eso, a su juicio, «los contratos de adhesión no son más que pretendidos contratos porque hay el predominio exclusivo de una voluntad sobre la otra» (2).

Con razón se ha dicho que «esta afirmación abrió un nuevo capítulo en la dogmática contractual» (3), e inició una interesante polémica sobre la

---

(1) Publicada en el *DOCE L 95*, de 21 de abril de 1993, págs. 29 y sigs.

(2) Vid. R. SALEILLES, *La déclaration de volonté (Contribution a l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand)*, París, 1901, reimpr. 1929, en especial pág. 229.

(3) En tal sentido, M. GARCÍA AMIGO, *Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)*, Madrid, 1969, pág. 5.

naturaleza contractual o normativa de esta clase de contratos, que se prolongó hasta mediados de siglo. Centrada la doctrina de entonces en el viejo consensualismo, se dudaba que los contratos de adhesión fueran verdaderos contratos y se los aproximaba a la ley, ante la que el adherente sólo podía plegarse, lo que parecía aún más palpable por la intervención administrativa, la aparición de los contratos-tipo, los contratos impuestos y los contratos regulados enteramente por la ley; se llegó incluso a hablar de la decadencia o de la crisis del contrato (4), como advirtió un atento sector de nuestra doctrina (5).

Aunque la legislación posterior ha clausurado esta polémica (6), aquí está el origen tanto de las teorías normativistas, según las cuales los empresarios imponen estos contratos por una especie de delegación legislativa o por el uso mercantil, como de las modernas concepciones contractualistas, para las que estamos, como se ha señalado, ante «el ejercicio unilateral del derecho a configurar el contenido de los contratos» (7). De aquí arranca también algo que el texto comunitario ha elevado a un primer plano, y es que la clave de la figura no está tanto en la predisposición del contenido del contrato sino más bien en la imposición por el empresario al adherente; en otras palabras, lo esencial no es la redacción previa de las condiciones generales a las que el contrato se somete, sino la falta de negociación de las distintas cláusulas del contrato (8).

Por otra parte, es de todos sabido que estos contratos han tenido una amplia difusión en la práctica, hasta el punto de ser hoy estadísticamente mayoritarios. A los contratos de trabajo, seguro o transporte, se han unido los contratos bancarios; contratos de adhesión se celebran para la adquisición de

---

(4) Estudia las vicisitudes de esta polémica en la literatura francesa recientemente J. L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, París, 1992, págs. 193 y sigs., y allí referencias.

(5) Nos referimos principalmente a M. ROYO MARTÍNEZ, «Contratos de adhesión», en *An. Der. Civ.* 1949, págs. 54 y sigs.; J. OSSORIO MORALES, «Crisis en la dogmática del contrato», en *An. Der. Civ.* 1952, págs. 1157 y sigs., y L. DíEZ PICAZO, «Los llamados contratos forzosos», en *An. Der. Civ.* 1954, págs. 85 y sigs., autor que ha vuelto sobre el tema en «¿Una nueva doctrina general del contrato?», en *Congreso Internacional sobre la Reforma del Derecho Contractual y la Protección de los Consumidores. Ponencias*, Zaragoza 1993, págs. 439 y sigs., y en *An. Der. Civ.* 1993, págs. 1705 y sigs.

(6) Opinión acertada de M. A. LÓPEZ SÁNCHEZ, «Las condiciones generales de los contratos en el Derecho español», en *Rev. Gen. Leg. Jur.*, págs. 609 y sigs., en especial 613-614, nota 7, que es de compartir.

(7) Ha revisado críticamente este punto J. ALFARO AGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación*. Madrid, 1991, págs. 38 y sigs.; la frase transcrita procede de la pág. 87.

(8) Antes de la Directiva, opinaban en sentido opuesto, L. H. CLAVERIA GOSÁLVEZ, «La predisposición del contenido contractual», en *Rev. Der. Priv.* 1979, págs. 667 y sigs., en particular 670-671, y J. ALFARO AGUILA-REAL, *op. cit.*, pág. 182, para el que la falta de negociación no es una característica propia de las condiciones generales de la contratación (*Ibidem.* págs. 133 y sigs.).

toda clase de bienes, sobre todo bienes muebles, y para toda clase de servicios, desde los esenciales que suelen suministrar entidades públicas o semi-públicas, hasta los servicios profesionales de todo orden. Los ejemplos, en realidad, sobran.

En los últimos años, se han propagado al tráfico inmobiliario, no sólo a los contratos de compraventa o de arrendamiento, sino a los regímenes de propiedad horizontal o de multipropiedad por la mera adquisición de inmuebles sujetos a los mismos (9); y también se utilizan en los contratos financieros, como el *leasing* (10), o la hipoteca con cláusula *endowment*, por la que se une a la garantía un seguro de vida del deudor, de modo que, si muere antes de amortizar la deuda, el banco hace efectivo el saldo en el importe del seguro (11). Por eso es importante el control ejercido por los fedatarios públicos; aunque se ha negado y discutido la facultad del Registrador de la Propiedad para verificar la existencia de cláusulas abusivas, se ha sostenido, con razón, que la nueva Directiva exige dicho control (12). En este sentido es elocuente la obligación que se acaba de imponer a los Notarios de comprobar las condiciones financieras propuestas por el banco en el acto de otorgamiento de los préstamos hipotecarios (art. 7 Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios).

A la vista de esta experiencia, se ha dicho que los viejos «contratos por negociación» son acordados casi «artesanalmente» por los contratantes, y cuyo desfase respecto de la realidad del mercado, hoy en día, es «una adquisición definitiva de la cultura jurídica» (13). Por contraste con estos

(9) Lo pone bien de relieve C. M. BIANCA, «Condizioni generali di contratto (tutela dell'aderente)», en *Dig disc pnv Sez. civ.*, III, Turín, 1988, págs. 397 y sigs.

(10) Lo destaca A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «La naturaleza del "leasing" o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales», en *An Der Civ*, 1982, págs. 41 y sigs.

(11) *Vid.* para esta figura M. ALVAREZ PÉREZ, «Hipoteca con cláusula de "endowment"», en *Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria*, Madrid, 1993, págs. 231 y sigs.

(12) Opina en este sentido J. M. DÍAZ FRAILE, «La protección registral al consumidor y la Directiva sobre cláusulas abusivas de 1993», en *Rev. Crit. Der. Inm.*, 1994, 622, págs. 1023 y sigs. Se ha desestimado la facultad fiscalizadora del Registrador por las RR. de 8, 9, 10, 11 y 14 de octubre de 1991, entre otras, y se han manifestado en contra de este criterio negativo J. M. GARCÍA GARCÍA, «La función registral calificadora, la protección de los consumidores y la cláusula penal en los autos del Presidente del Tribunal de Justicia de Cataluña», en *Rev. Crit. Der. Inm.*, 1992, 610, págs. 1313 y sigs., y K. J. ALBEIZ DOHRMANN, «El control de las condiciones generales imprecisas y abusivas en el ámbito registral», en *Rev. Crit. Der. Inm.*, 1993, 618, págs. 1421 y sigs.

(13) Así, respectivamente, L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, I, Madrid, 4.ª ed. 1993, pág. 130; C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «Las nuevas coordenadas del Derecho de la contratación», en *Act. Civ.* 1994, 14, págs. 243 y sigs., en especial 244, y M. A. LÓPEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 614.

contratos, y por analogía con las condiciones generales, la nueva modalidad de contratación se caracteriza, en cambio, por las notas de generalidad, rigidez y predisposición. Generalidad, por estar orientada a integrar los contratos singulares que el empresario o el profesional celebre normalmente en el tráfico; rigidez, por determinar en bloque el contenido de tales contratos sin que el adherente pueda entrar siquiera a discutirlos, y predisposición por la contraparte, sea o no la redactora material de los mismos (14); nota esta última que es sólo accidental en la disciplina comunitaria de los contratos de adhesión. Este paralelismo se puede mantener porque las condiciones generales y los contratos de adhesión se implican mutuamente; mientras las primeras predeterminan unilateralmente el contenido de los futuros contratos de adhesión, éstos concretan las condiciones generales en las singulares relaciones entabladas entre la empresa y los adherentes. Por eso, tiene razón J. DUQUE cuando afirma que «el destino de las condiciones generales es el de ser sometidas a la adhesión por quien las utiliza —predisponente o no— en su contratación» (15).

Asimismo, ante esta práctica contractual, la doctrina identificó los medios técnicos para evitar los abusos a que podía —y puede— dar lugar. Comenzó la tarea el Profesor DE CASTRO con el conocido «dictamen», que fue su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en 1961; invocó la naturaleza estrictamente contractual de la figura y los límites inmanentes de la libre contratación, entre los que destacó el Derecho dispositivo por ser el portador de una regulación normal y tendencialmente equilibrada, y también la moral y el orden público; posteriormente, en el último trabajo que publicó en 1982, estimó que la protección de los contratantes débiles, en general, y de los consumidores, en particular, también limitaba la autonomía de la voluntad (16). Sobre sus huellas, se

---

(14) Para estas características, con matices diversos. *vid.* M. A. LÓPEZ SÁNCHEZ. *op. cit.*, págs. 627 y sigs.; J. ALFARO AGUILA-REAL, *op. cit.*, págs. 114 y sigs.; M. COCA PAYERAS, en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coord. por R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO y J. SALAS HERNÁNDEZ, Madrid, 1992, págs. 232-235 y 315 y sigs.; una síntesis afortunada ofrece M. C. GÓMEZ LAPLAZA, «Condiciones generales de los contratos y tutela de los consumidores», en *Reforma del Derecho Privado y Protección del Consumidor*, Valladolid, 1994, págs. 51 y sigs., en especial 52.

(15) *Vid.* J. DUQUE, «La protección de los derechos económicos y sociales en la Ley General para la Defensa de los Consumidores», en *Est. Cons.*, 1984. 3, págs. 51 y sigs., en particular 63.

(16) *Vid.* F. DE CASTRO Y BRAVO, «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», en *An. Der. Civ.* 1961, págs. 295 y sigs. (reimpr. sep. Madrid, 1975 y 1985), y «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia El orden público. La protección del consumidor», en *An. Der. Civ.* 1982, págs. 987 y sigs.; sobre este autor, es de interés el trabajo de M. AMORÓS GUARDIOLA, «Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensa-

destacó el orden público económico, que se desprende de la legislación sobre defensa de la competencia; el orden público paralegal, que se basa en los principios generales del Derecho, o la reciprocidad de las prestaciones, cuyo carácter de principio general se ha reconocido por la reciente STS de 10 de mayo de este año (17). Pero lo que ha dado frutos en la práctica ha sido la buena fe en la integración y en la interpretación de los contratos, con apoyo, respectivamente, en los artículos 1.258 y 1.288 del Código Civil (18). Lo que debe recordarse puesto que vale tanto para los contratos de adhesión como para los contratos por negociación.

En fin, la reacción del legislador se hizo esperar y, sólo a partir de los años setenta, tras la norteamericana *Warranty Act* de 1975, se promulgaron leyes en todos los países de Europa, salvo en Italia, que regulan la materia con criterios técnicos diferentes. Por eso se habla de la coexistencia de modelos diversos, los cuales, sin embargo, se entrecruzan en la realidad legislativa. Frente al modelo anglosajón de una lista «negra» de cláusulas siempre prohibidas, está el modelo continental de una regla general que prohíbe las cláusulas abusivas, la cual, además de la lista «negra», se suele complementar con una lista «gris» de cláusulas que pueden invalidarse según las circunstancias del caso; al lado del modelo francés de proteger exclusivamente a los consumidores, existe el modelo alemán que se extiende a toda clase de adherentes, incluidos los empresarios y profesionales, aunque las relaciones entre los comerciantes se rigen solamente por la cláusula general (19). Lo importante es que el acento se desplaza aquí del

---

miento de Federico de Castro», en *An Der Civ.* 1983, págs. 1129 y sigs. Pese a que concuerda en lo fundamental, se aparta de esta concepción, y desplaza el problema del artículo 1.255 al 1.258 CC, la tesis de la eficacia declarativa de las condiciones generales propuesta por J ALFARO AGUILA-REAL, *op. cit.*, págs. 80 y sigs.

(17) En el sentido indicado, respectivamente, M. GARCÍA AMIGO, *op. cit.*, págs. 260 y sigs.; L. H. CLAVERIA GOSÁLBEZ, *op. cit.*, págs. 682 y sigs., y A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 84.

(18) *Vid* J. L. DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español*, Barcelona, 1965, págs. 123 y sigs., y 179 y sigs.; C. LASARTE ALVAREZ, «Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación. (En torno a la sentencia del TS de 27 de enero de 1977)», en *Rev. Der. Priv.*, 1980, págs. 50 y sigs.; M. GARCÍA AMIGO, «Integración del negocio jurídico», en *An. Ac. Mat. Not.*, 1983, págs. 76 y sigs.; L. MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, «La interpretación de los contratos de adhesión por la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Rev. Crit. Der. Imn.*, 1987, 581, págs. 1083 y sigs., y M. C. DÍAZ JIMÉNEZ, *Interpretatio contra stipulatorem* y principio de interpretación más favorable al consumidor», en *Act. Civ.*, 1994, 18, págs. 315 y sigs.

(19) Sobre esto hay una literatura abundante, que se recoge, en lo fundamental, en el documento estudio de A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «Las condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor», en *An. Der. Civ.*, 1983, págs. 1191 y sigs.; para las novedades más recientes en varios países de la CEE, *vid* las Ponencias de la Sección Primera, en *Congreso Internacional*, cit., págs. 29 y sigs., entre las que destaca

consentimiento al contenido del contrato; ya no interesa tanto que el adherente consienta o conozca el contrato que se le propone, cuanto que resulten de él unos derechos y unas obligaciones mínimamente equilibrados. En pocas palabras, se ha puesto de relieve que ya no se trata sólo del control de inclusión de las cláusulas en cada contrato sino de un verdadero control de su contenido; y se ha dicho, no sin cierto optimismo, que uno de los rasgos del actual Derecho de los contratos es, por ello, una nueva justicia contractual sustantiva (20).

En España, hay que recordar, ante todo, la vieja Ley Azcárate de 1908, de represión de la usura, ya que los préstamos de dinero que contempla son supuestos típicos de contratos de adhesión; y además, prevé un régimen de publicidad de los contratos declarados nulos (arts. 1 y 7), que se anticipa por años a las técnicas protectoras más modernas. Hace poco se ha propuesto su reforma para estimar que el préstamo es leonino y, por tanto, nulo, si el prestatario lo ha aceptado, entre otros motivos, por «la desigualdad de su posición en el mercado» (21); pero esta reforma lamentablemente no ha prosperado. Por otra parte, además del caso particular del contrato de seguro (22), en 1984 se promulga la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (LCU), en la que converge el influjo francés, al estar referida sólo a los consumidores, y el alemán, al regular, en su artículo 10, con notable imperfección, las condiciones generales de los contratos (23). En cambio, responde netamente al modelo alemán el Anteproyecto de Ley de condiciones generales de la contratación que se ha elaborado por el Ministerio de Justicia y se ha

---

E. HONDIUS, *Reform of Contract Law and the Protection of Consumers in the Netherlands*, págs. 221 y sigs., por la originalidad del Código Civil holandés promulgado en 1992.

(20) Así, respectivamente, M. C. GÓMEZ LAPLAZA, *op. cit.*, pág. 53, y C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, págs. 245 y sigs., y con mayor amplitud, «Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de Obligaciones», en *Congreso Internacional*, cit., págs. 305 y sigs. El cambio de orientación lo advirtió en su momento M. GARCÍA AMIGO, «Ley alemana occidental sobre «condiciones generales», en *Rev Der Priv.*, 1978, págs. 384 y sigs.

(21) *Vid* las enmiendas presentadas por el Grupo Popular al Proyecto de Ley sobre subrogación y modificación de los préstamos hipotecarios en el *BOCG. Congreso*, A, 51.3, pág. 21, y *Senado*, II, 18 (b), pág. 17; sobre la Ley citada, I. SABATER BAYLE, *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*, Pamplona, 1986, págs. 113 y sigs., y M. ISAS SOLANES, *El Contrato de préstamo con garantía hipotecaria*, Madrid, 1994, pág. 96, con jurisprudencia reciente.

(22) Aludimos al art. 3 Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, sobre el cual *vid.* M. A. LÓPEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, págs. 623-626, por todos.

(23) Cuya paternidad parlamentaria se puede atribuir al entonces diputado M. GARCÍA AMIGO, como lo pone de relieve el estudio de J. SANROMA ALDEA, «El debate parlamentario del proyecto de Ley. Texto comparado con la ley», en *Est Cons.* 1984, 3, págs. 171 y sigs., en especial 177-178.

dictaminado favorablemente en 1991, pero aún no se ha convertido en Ley (24).

Y en la Comunidad Europea comienza también por esos años la gestación laboriosa de la Directiva que nos proponemos examinar. A impulsos del Consejo de Europa y del Parlamento Europeo, hubo un primer intento a mediados de los años ochenta que no prosperó; tras una Propuesta publicada en 1990, luego modificada en 1992, se ha aprobado finalmente el texto en vigor, en el que conviven elementos procedentes del modelo alemán, como la cláusula general de buena fe, la lista de cláusulas sospechosas y la sanción de nulidad parcial, junto a elementos típicamente franceses, como la referencia a los consumidores, los contratos de adhesión y la definición de las cláusulas abusivas (25).

El nuevo texto se justifica porque la diversidad legislativa entre los Doce no parece compatible con el mercado interior, el cual, aunque no pueda plasmarse todavía en el Código único de obligaciones y contratos que se ha propuesto (26), exige la aproximación de las legislaciones, al menos, en una materia tan sensible a las condiciones del mercado como es ésta. Y tal es el propósito explícito de la Directiva en vigor (art. 1.1). Con todo, ha

---

(24) Se trata del texto elaborado por la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación, a partir de la ponencia formulada inicialmente por los Profesores J. F. DUQUE y F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, que ha sufrido varias modificaciones a lo largo de los años ochenta; a la versión publicada por el Ministerio de Justicia en 1984, ha seguido otra inserta en el *Bol. Inf. Min. Just.* 1988, enero, suplemento núms. 1478-1479, la última versión ha sido informada favorablemente por el Consejo General del Poder Judicial, con fecha 25 de diciembre de 1991, y se ha publicado por C. LASARTE ALVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, III, Madrid, 1994, págs. 85 y sigs.

(25) *Vid.* referencias en los trabajos de A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las condiciones generales*, cit., págs. 1204-1205; M. COCA PAYERAS, en *Comentarios*, cit., págs. 226 y sigs., y M. C. GÓMEZ LAPLAZA, *op. cit.*, pág. 53; sobre estos antecedentes, ofrece información de interés G. ALPA, «Contratti standard dei consumatori: una proposta di direttiva comunitaria», en *Contr. impr.*, 1991, págs. 885 y sigs. Para estudios de Derecho comparado, E. HONDIUS, *Unfair Terms in Consumer Contracts*, Utrecht, 1987; los volúmenes coordinados por J. GHESTIN, *L'élimination des clauses abusives en Europe essai de droit comparé*, París, 1988, y *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, París, 1991, y V. RIZZO, «Le clause «abusive»: realtà e prospettive. La Direttiva CEE del 5 aprile 1993», en *Rass. dir. civ.*, 1993, págs. 582 y sigs. Las propuestas de Directiva se han publicado en el DOCE. C 243, de 28 de septiembre de 1990, págs. 2 y ss., y C 73, de 24 de marzo de 1992, págs. 7 y sigs., respectivamente; el texto definitivo cit. *supra*, nota 1.

(26) Acerca de este punto, nos permitimos remitir a nuestro estudio «Para la unificación internacional del Derecho de obligaciones en la Comunidad Europea», en *Rev. Der. Priv.*, 1994, págs. 223 y sigs.; *vid.*, además, el volumen a cargo de P. STEIN, *Incontro di studio su il futuro codice europeo dei contratti* (Pavia, 20-21 ottobre 1990), Milán, 1993, en el que se recoge la propuesta inicial de G. GANDOLFI, *Pour un code européen des contrats*, págs. 23 y sigs., así como J. L. DE LOS MOZOS, La propuesta de un Código europeo de contratos del «Convegno di Pravia» vista desde España, en *Congreso Internacional*, cit., págs. 413 y sigs.

predominado una solución de transacción en cuya virtud se marca un nivel mínimo de protección que los Estados miembros pueden superar adoptando disposiciones más estrictas (art. 8), pero la Directiva se ha de cumplir a más tardar, como dijimos, antes del 31 de diciembre de 1994, y las normas de adaptación serán de aplicación inmediata a todos los contratos que se celebren a partir de esa fecha (art. 10). Lo que nos coloca en un plano metodológico de *lege ferenda*, que se sitúa a medio camino entre el Derecho vigente en España, el mencionado Anteproyecto y los distintos criterios de política legislativa para llevar a cabo la referida adaptación.

Dicho esto, comenzamos, pues, con el estudio de la noción comunitaria de los contratos de adhesión.

### 3. LA NOCION COMUNITARIA DE LOS CONTRATOS DE ADHESION

Como es habitual, la Directiva delimita su campo de aplicación con arreglo a dos criterios, uno subjetivo y otro objetivo; mientras el primero determina los requisitos que han de reunir los contratantes, el último, en cambio, se refiere al tipo de contrato que se pretende regular.

En cuanto al criterio subjetivo, ya sabemos que el texto comunitario comprende solamente las relaciones entre consumidores y profesionales. Es consumidor, a estos efectos, toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y, por el contrario, profesional es toda persona física o jurídica, lo mismo pública que privada, que actúe dentro del marco de su actividad profesional (art. 2.b y c). Dejando a un lado esta doble tautología, el concepto comunitario de consumidor concuerda, en lo fundamental, con la figura del «destinatario final» que define nuestro discutido artículo 10 LCU, sólo que prescinde de la inútil nota negativa de no reintroducir los bienes y servicios de que se trate en otros procesos productivos que discurran en el mercado. Pero se aparta del criterio amplio, que comprende toda clase de adherentes, y por tanto también a los empresarios y profesionales que se han consagrado por el Anteproyecto, al no establecer ninguna discriminación al respecto (art. 1).

No vamos a reiterar aquí las críticas a estos conceptos restrictivos de consumidor final (27), pero conviene hacer algunas precisiones. En primer término, está el problema interpretativo de si el contrato entra o no en la

---

(27) Las ha puesto de relieve A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Ambito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *Est. Cons.*, 1984, 3, págs. 11 y sigs., y en *Comentarios*, cit., págs. 17 y sigs.; por nuestra parte, ofrecemos una síntesis en «Introducción y noción jurídica de consumidor», en *Documentos consumo*, 1992, págs. 9 y sigs., en especial 18-21.

actividad profesional del consumidor, problema que habrá de resolverse caso por caso; lo que no siempre es fácil, como lo muestran, por ejemplo, los bienes de doble uso —un ordenador, pongamos por caso— que se pueden utilizar al mismo tiempo con fines empresariales y domésticos. Por lo que no parece recomendable establecer distinciones artificiales en el círculo de personas protegidas por la futura ley.

En segundo lugar está el tema de las personas jurídicas consumidoras, respecto de las que parece tan poco justificado distinguir según tengan o no fin de lucro como apartarlas del ámbito de protección (28), sobre todo si se trata de pequeñas sociedades. Como ha estimado el Consejo Económico y Social al dictaminar la Directiva, es aconsejable «que se considere en un futuro muy próximo la posibilidad de prohibir las cláusulas abusivas en todos los contratos, independientemente de que éstos se celebren con consumidores o no, teniendo particularmente en cuenta los problemas experimentados por las PYME» (29). De manera que conviene, en definitiva, mantener en este punto el criterio amplio de la LCU.

En íntima relación con esto, y en tercer lugar, se ha discutido si el concepto legal se puede extender por analogía a los empresarios y profesionales, admitiéndose con ciertas restricciones; de una parte, se la ha limitado al control del contenido del contrato, pero no a las reglas de inclusión y, por otra, se la ha subordinado a la prueba del vacío legal y de la concreta inferioridad que padece el empresario o el profesional (30). Con razón, un especialista belga ha sostenido que la analogía cabe siempre, al menos, cuando el profesional actúe fuera de su ámbito profesional y carezca del poder real para negociar las cláusulas del contrato (31). Aparte de que la jurisprudencia es fluctuante al respecto (32), es de resaltar que, como se ha

---

(28) Vid para esto A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Ámbito de aplicación*, cit., págs. 36-37, y en *Comentarios*, cit., págs. 40-41, y M. T. CARRANCHO HERRERO, *El control de las condiciones generales de la contratación y el concepto de consumidor final*, comunicación presentada al *Congreso Internacional*, cit., versión definitiva en curso de publicación.

(29) Vid el citado dictamen en el *DOCE*. C 159, de 17 de junio de 1991, págs. 34 y sigs., en especial 36, punto 2.3.3.

(30) Así opinan, respectivamente, J. ALFARO AGUILA-REAL, *op. cit.*, págs. 180 y sigs., y M. A. LÓPEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 636.

(31) Nos referimos a TH. BOURGOIGNIE, «Deslealtad y control abstracto de los abusos en las relaciones comerciante-consumidor», en *Est. Cons.*, 1992, 24, págs. 23 y sigs., en particular 26.

(32) Por ejemplo, aunque la STS de 12 de diciembre de 1991 descarta apriorísticamente la cualidad de consumidora de una sociedad de obras y construcciones, la de 26 de mayo de 1986 no se plantea la cuestión en un conflicto entre un agente y una compañía de seguros, tampoco lo hacen las STS de 10 de febrero de 1988 y de 3 de octubre de 1991, relativas a agricultores que sufren daños en sus plantaciones por fertilizantes y plaguicidas.

observado, la ratio protectora de la norma se puede evanescer por la exclusión de los intermediarios, puesto que pueden repercutir el costo económico de las cláusulas abusivas que deben soportar en los consumidores, a la vez que se han recalcado las dificultades a las que se pueden enfrentar si tampoco pueden repercutir dicho costo al proveedor (33). Si se quiere evitar este efecto perverso, es claro que se debe incluir a esta clase de empresarios dentro de los sujetos protegidos por la ley.

En fin, se ha sugerido autorizadamente la solución intermedia de conferir una protección acentuada a los consumidores y dispensar a los empresarios del régimen de las listas y de la legitimación colectiva, e incluso de protegerlos sólo por la vía indirecta del Derecho de la competencia (34). A nuestro juicio, tal solución no se debe compartir. Por un lado, olvida que la experiencia alemana ha revelado, al cabo de diez años, buenos resultados y que los conflictos entre empresarios están bien atendidos por una ley que comprende toda clase de adherentes (35). Por otro lado, la solución aludida no sólo deja sin resolver los problemas que acabamos de apuntar sino que se aparta, sin mucho fundamento, del criterio amplio y acertado acogido por el Anteproyecto (36). Por último, no se compagina bien con el marco constitucional que, aun cuando consagra el principio general de protección

---

(33) En tal sentido, respectivamente, V. ROPPO, «La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori», en *Riv. dir. civ.*, 1994, págs. 277 y sigs., en concreto 282, y el dictamen sobre la propuesta de Directiva del Consejo Consultivo de los Consumidores, en *Est. Cons.*, 1991, 21, págs. 151 y sigs., en especial 152, punto 1.4.

(34) Se trata de la opinión de R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Introducción general del tema (La reforma del Derecho de la Contratación en España)», en *Congreso Internacional*, cit., págs. 237 y sigs., en particular 244-245. Nótese que, en cambio, para C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Trascendencia*, cit., págs. 316-317, el Derecho de la competencia es insuficiente para proteger a los consumidores.

(35) *Vid.* P. ULMER, «Diez años de la Ley Alemana de Condiciones Generales de los Contratos: retrospectiva y perspectivas», en *An. Der. Civ.*, 1988, págs. 765 y sigs., en especial 766-767. Es significativo que uno de los promotores de la tutela especial de los consumidores en Alemania, N. REICH, «La réforme du droit des contrats de consommation», en *Congreso Internacional*, cit., págs. 29 y sigs., concretamente 54, parece dar por resuelta la cuestión a favor del criterio amplio de la Ley mencionada.

(36) La versión de 1988 excluía, conforme al modelo alemán, las relaciones entre profesionales o empresarios de la lista «negra» de cláusulas abusivas (art. 26), sobre lo que llamó la atención L. CLAVERIA GOSÁLBEZ, «El control de las condiciones generales de los contratos», en *La Ley*, 1989, págs. 1013 y sigs., en especial 1018; pero esta limitación ha desaparecido de la versión de 1991. En este sentido, es de resaltar que, a juicio del Consejo General del Poder Judicial, la técnica restrictiva de la LCU es insuficiente y defectuosa, puesto que «la regulación de las condiciones generales de los contratos no afecta solamente a los consumidores, es decir, no es legislación de consumidores, sino legislación sobre contratos, lo que es bien diferente», según refiere M. COCA PAYERAS, «Protección del consumidor y condiciones generales de la contratación», en *Documentos consumo*, 1992, págs. 41 y sigs., en concreto 48-49.

de los consumidores (art. 51), excluye cualquier discriminación (art. 14) y eleva la libertad e igualdad de los individuos y de los grupos (art. 9.2) a un rango de primera prioridad (37). Parece, pues, que la ley de adaptación de la Directiva debe establecer un régimen uniforme, lo mismo para los consumidores que para los empresarios y profesionales.

Por su parte, es menos problemático, aunque mucho más innovador, el criterio objetivo, pues se separa notablemente del que predomina en nuestro Derecho, lo mismo en la LCU que en el Anteproyecto, al centrarse en los contratos de adhesión y no en las condiciones generales a los que éstos se subordinan o someten.

Ante todo, se parte de una noción amplia de contrato, que incluye tanto los contratos transmisivos de cualquier clase de bienes como los que se refieren a toda clase de servicios, o en general prestaciones de hacer o de no hacer, en términos comparables a los del artículo 1.254 del Código Civil; debe tratarse, sin embargo, de contratos bilaterales, onerosos y conmutativos. Sólo se excluyen, por determinación expresa de un Considerando, los contratos de trabajo, las capitulaciones matrimoniales, los pactos sucesorios y los relativos a la constitución y estatutos de las sociedades (Cndo. 10.º).

Por otro lado, se definen los contratos de adhesión como aquellos cuyas «cláusulas contractuales no se hayan negociado individualmente» (art. 3.1), y se considera que dicha negociación no existe cuando la respectiva cláusula «haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido» (art. 3.2.1.º), lo mismo que cuando se ha negociado alguna cláusula aislada, o elementos de la misma, si la apreciación global de las demás cláusulas lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión (art. 3.2.2.º). Por otra parte, la prueba de que la negociación individual ha existido incumbe en exclusiva al empresario o profesional (art. 3.2.3.º). En fin, cabe además, pero no es un requisito esencial, que estos contratos de adhesión se sujeten a unas condiciones generales preestablecidas, las cuales se definen solamente por el hecho de estar «redactadas con vistas a su utilización general» (art. 7.2).

Varias son las consecuencias que se desprenden de estos datos normativos, y acaso la más importante sea que, por contraste con nuestro Derecho, el campo de actuación se expande por la doble vía del contrato de adhesión y de las condiciones generales de los contratos.

En cuanto a los primeros, sabemos que no se contemplan en nuestra legislación, y se ha venido entendiendo, de forma más empírica que normativa, que se trata de aquellos contratos cuyo contenido se integra por unas

---

(37) Como lo puso de relieve F. DE CASTRO Y BRAVO. *Notas sobre las limitaciones*, cit., pág. 1079.

cláusulas o condiciones generales predisuestas por la parte empresarial, a las que se somete o adhiere el otro contratante (38). De la norma que comentamos, parece desprenderse que ha de haber una redacción escrita previa, pero no es indispensable, como se deduce del artículo 5.º de la Directiva, de modo que estos contratos pueden ser también verbales. Lo esencial es, en cambio, la imposición unilateral al adherente de manera tal que éste no haya podido influir en el contenido. La norma es de aplicación, como se ha señalado, incluso en aquellos casos en que la predisposición unilateral se ha preparado *ad hoc* para un solo contrato, y ello porque no estamos ante un nuevo régimen de los contratos *standard*, o de contenido uniforme, sino de los contratos de adhesión (39).

Por otra parte, es de notar que la existencia o no de negociación es una cuestión de hecho, que depende de la prueba y de las circunstancias del caso; dada la práctica que recordamos precedentemente, se presume que la negociación no ha existido, mientras el profesional, al que corresponde la carga de la prueba, no demuestre lo contrario. El régimen protector de estos contratos se aplica, además, cuando ha habido una negociación parcial, siempre que haya sido insuficiente para imprimir al acuerdo el carácter de un contrato negociado, lo que también ha de presumirse en tanto el profesional no aporte la prueba contraria.

Así, pues, se trata de un criterio amplio que parece aconsejable no modificar y que la ley de adaptación debe limitarse a trasponer, incluso literalmente.

Pero decíamos que la expansión proviene también del concepto de condiciones generales de los contratos. Es sabido que el artículo 10.2 LCU contiene una desafortunada definición, que se ha criticado dura y unánimemente, porque, entendida a la letra, una de dos: o bien es fácil de eludir por el hecho de encargar su redacción a un tercero o, por el contrario, sólo se debería aplicar al supuesto limitadísimo de los monopolios de hecho o de Derecho (40); por eso, es preferible el concepto del Anteproyecto que exige, como señala la Exposición de Motivos, el concurso de estos dos requisitos, a saber: «primero, haber sido redactadas de antemano con la finalidad de servir a una pluralidad de contratos; y, segundo, ser exclusivamente imputable a una de las partes (predisponente) la incorporación de las mismas al contrato» (pár. 6). Y ello, según expresa el texto, «con indepen-

---

(38) Vid. por ejemplo, L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, cit., págs. 139 y 323-325, y J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, II, Barcelona, 2.ª ed., 1987, págs. 32-33.

(39) Vid. en tal sentido V. ROPPO, *op. cit.*, pág. 283.

(40) Así, J. DUQUE, *op. cit.*, págs. 62 y sigs.; M. A. LÓPEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, págs. 627 y sigs.; M. COCA PAYERAS, en *Comentarios*, cit., págs. 317 y sigs., y J. ALFARO AGUILA-REAL, *op. cit.*, págs. 112 y sigs.

dencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias» (art. 1).

Es claro que se superan así los defectos apuntados, y que el concepto se extiende a las condiciones redactadas por terceros, a los formularios detallados, a los avisos expuestos al público o impresos al dorso, cualquiera que sea la posición de la empresa en el mercado. Pero es claro también que, frente a la noción comunitaria, el Anteproyecto se muestra todavía algo restrictivo, ya que ésta, como vimos, sólo exige la prerredacción y el destino a la utilización general, sin que se requiera que la incorporación de las condiciones generales al respectivo contrato sea imputable al predisponente. Tal imputación se confunde o coincide, como también vimos, con el requisito de la imposición o de la falta de negociación, que es propio de los contratos de adhesión, pero no de las condiciones generales en cuanto tales. De aquí que el concepto comunitario sea aún más amplio y que para su recepción en nuestro Derecho se deba retener solamente el primero de los requisitos establecidos por el Anteproyecto —la predisposición—, pero no el segundo —la imputación— por estar ya absorbido en el concepto de contrato de adhesión.

Ahora bien, la Directiva no prohíbe todos los contratos de adhesión sino solamente aquellos que sean abusivos o contengan cláusulas abusivas y se ajusten o no, en los términos que acabamos de ver, a condiciones generales propiamente dichas. Debemos pasar a estudiar, pues, las cláusulas abusivas y los distintos mecanismos de control.

#### 4. LAS CLAUSULAS ABUSIVAS Y LOS MECANISMOS DE CONTROL

En efecto, las cláusulas de estos contratos, para ser válidas y eficaces, deben reunir ciertos requisitos externos e internos y superar varios controles, que tienen por objeto verificar en cada caso el cumplimiento de los mismos. La Directiva establece estos cuatro mecanismos de control: Por un lado, el control de inclusión o de incorporación; por otro, el control del contenido, que se desdobra en una cláusula general y en una lista de supuestos sospechosos y, finalmente, la interpretación del contrato.

El control de inclusión se dirige a verificar la transparencia, esto es, asegura que el adherente haya podido aceptar o, al menos, conocer las cláusulas del contrato que se le propone. En consonancia con el carácter no negociado de estos contratos, los requisitos externos son mínimos; cuando consten por escrito, sus «cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible» (art. 5), lo que se extiende a las cláusulas

esenciales —esto es, las relativas al objeto principal del contrato y a la relación precio y calidad— que también deben redactarse «de manera clara y comprensible» (art. 4.2). Se desprende de aquí, como decíamos, que estos contratos se pueden concertar verbalmente; pero, si constan por escrito, que es lo habitual, han de ser transparentes en el sentido indicado. De nuevo estamos ante una situación de hecho que habrá de resolverse en cada caso, atendiendo a las características concretas de los adherentes, por ejemplo, en lo que concierne al idioma.

El punto no presenta serias dificultades de adaptación, tanto por lo que la Directiva dice como por lo que omite. Lo que dice concuerda en lo fundamental con el artículo 10.1 LCU (41), si bien el Anteproyecto es más exigente al requerir aceptación expresa o presunta por parte del adherente (art. 4.1). Lo que omite se refiere a las llamadas cláusulas insólitas o sorprendentes, que se contemplaban en las propuestas iniciales, pero han desaparecido del texto definitivo; se trata de las cláusulas que provocan «una ejecución del contrato significativamente diferente de aquella que el consumidor podría legítimamente esperar» (42). Omitidas también por la LCU (43), se debe acoger el correspondiente precepto del Anteproyecto, que coincide sustancialmente con el que acabamos de transcribir (art. 5.2).

Es en el control del contenido, como es lógico, donde está la clave del régimen protector ya que su finalidad es expulsar del contrato las cláusulas desequilibradas, esto es, las cláusulas que consagran privilegios a favor del empresario o profesional y perjudican, por tanto, de forma injustificada, al adherente o, en su caso, al consumidor. La Directiva establece una cláusula general o «norma en blanco» (*Blanketnom*) según la cual las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente, «se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato» (art. 3.1). Se trata de una cláusula general porque comprende elementos indeterminados que hay que concretar caso por caso, elementos que son la buena fe, el desequilibrio y la relación existente entre los mismos.

En cuanto a la buena fe, es claro que estamos ante la llamada buena fe objetiva o normativa; como ha señalado hace tiempo mi maestro el Profesor DE LOS MOZOS, este tipo de buena fe impone determinadas normas de conducta, que se basan en la moral imperante y limitan la libertad contrac-

---

(41) Vid. M. COCA PAYERAS, en *Comentarios*, cit., págs. 235 y sigs., por todos.

(42) Vid. el art. 2 Propuesta de Directiva, en *DOCE*, C 243, cit., pág. 3, y art. 3 Propuesta modificada, en *DOCE*, C 73, cit., pág. 9.

(43) Vid. sobre este punto J. ALFARO AGUILA-REAL, *op. cit.*, págs. 241 y sigs., ampliamente.

tual, con la misma eficacia que el Derecho dispositivo, sobre todo en lo que concierne al contenido y al cumplimiento de las obligaciones que se derivan de los contratos (44). Además, en consonancia con la jurisprudencia alemana, la Directiva añade que la buena fe de los empresarios y profesionales exige que traten «de manera leal y equitativa a la otra parte, cuyos intereses legítimos deben tener en cuenta» (Cndo. 14).

Por lo que se refiere al desequilibrio, ha de ser importante y actuar en perjuicio del adherente o consumidor, pero no de la otra parte; para apreciarlo no basta contemplar las prestaciones de los contratantes sino la posición total que les corresponde en la relación contractual hasta la extinción del vínculo obligatorio (45). Como se ha puesto de relieve, esta noción de desequilibrio revela un predominio claro del Derecho dispositivo, pero se trata de un equilibrio jurídico y no económico; por eso, este control no se extiende a las cláusulas esenciales sobre el objeto principal del contrato, ni a la relación precio y calidad, pues ello atentaría contra la libertad de mercado (46). Con todo, no sólo se someten al control de inclusión, como vimos, sino que se puede considerar abusiva una cláusula sobre precio, por ejemplo, que no contemple la facultad de resolución a favor del consumidor, «si el precio final resultare muy superior al precio convenido al celebrar el contrato» (Anexo 1, letra 1).

Por último, en lo que concierne a la relación entre la buena fe y el desequilibrio, la letra de la norma es desconcertante, puesto que da a entender que una cláusula es abusiva sólo por ser desequilibrada, aunque no sea contraria a las exigencias de la buena fe; en otras palabras, una cláusula conforme a la buena fe podría considerarse abusiva si es desequilibrada. Pero no es esta la interpretación que ha prevalecido, sino la contraria, según la cual sólo será abusiva la cláusula desequilibrada que contradiga, además,

---

(44) *Vtd. J. L. DE LOS MOZOS, El principio*, cit., págs. 44 y sigs., y 123 y sigs. Novedad importante —de la que se hace eco la Directiva, como veremos a continuación— es que la buena fe del predisponente en los contratos de adhesión exige que se atiendan los intereses del adherente, como estimó el Tribunal Supremo alemán, en sentencia de 11 de junio de 1979, que cita K. J. ALBEIZ DOHRMANN, «Exposición sucinta de la jurisprudencia alemana sobre la buena fe en las condiciones generales del contrato (art. 9 de la Ley para la Regulación del Derecho de las condiciones generales del contrato - AGBG)», en *An. Der. Civ.*, 1989, págs. 869 y sigs., concretamente 870; para aplicaciones recientes de esta regla, N. REICH, *op. cit.*, págs. 45-47.

(45) Como ha puesto de relieve R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La defensa contractual del consumidor o usuario en la LCU», ahora en *Estudios jurídicos sobre la protección de los consumidores*. Madrid, 1987, págs. 180 y sigs., en especial 199-200; opinión que comparten S. DÍAZ ALABART, en *Comentarios*, cit., pág. 253, y M. C. GÓMEZ LAPLAZA, *op. cit.*, pág. 58, también C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Trascendencia*, cit., pág. 346

(46) Asimismo, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La defensa*, cit., pág. 201, y M. C. GÓMEZ LAPLAZA, *loc. cit.*; además, J. ALFARO AGUILA-REAL, *op. cit.*, págs. 138 y sigs.

la buena fe (47); y ello porque, como se ha observado, no es fácil pensar en ejemplos de falta de equilibrio que, a su vez, no sean contrarios a la buena fe (48).

En orden a su recepción en nuestro Derecho, hay que decir que la cláusula general, entendida así, concuerda con las normas correspondientes de la LCU, a la vez que permite superar sus defectos formales (49); y no difiere, en el fondo, del Anteproyecto ya que éste, aunque se refiere sólo a la buena fe, presume que la contradicen las cláusulas que se aparten injustificadamente de los principios reguladores del respectivo contrato o que modifiquen los derechos y obligaciones inherentes a su naturaleza (art. 7.1 y 2). Con todo, parece preferible la fórmula comunitaria, a la que habría que introducir un leve retoque en su redacción para excluir la interpretación que hemos descartado.

Por otra parte, la segunda vertiente del control del contenido consiste en una «lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas» (art. 3.3), constituida por las cerca de veinte hipótesis que figuran en el Anexo de la Directiva, y en cuyo examen pormenorizado no es oportuno que entremos aquí. En términos generales, se refieren a la falta de reciprocidad (Anexo 1, letras *d*, *e*, *i*, *j*, *k*, *m*, *n* y *o*), a la modificación unilateral del contrato (Anexo 1, letras *f*, *g*, *h* y *p*), a la garantía de que la cosa, el servicio o el precio responden a las características acordadas (Anexo 1, letras *k*, *l* y *m*), o se trata de cláusulas modificativas de la responsabilidad (Anexo 1, letras *a*, *b* y *q*). Se ha señalado que este elenco concuerda sólo en parte con los que aparecen en la LCU y en el Anteproyecto, y que se precisa una profunda labor de coordinación (50). Con todo, la diferencia más importante radica en que en uno y otro texto estamos ante una lista «negra» de cláusulas que se declaran nulas *ex lege*, mientras que el elenco comunitario es una lista «gris» de supuestos que se pueden considerar abusivos según las circunstancias de cada caso. Pero no sería razonable adoptar una lista de esta índole, ni reducir los supuestos que contempla, por estos dos motivos: Primero, porque el texto comunitario consagra una protección de nivel mínimo, que puede ser elevada por el Estado español (art. 8), y segundo,

---

(47) Vid. en tal sentido V. ROPPO, *op. cit.*, pág. 286; concuerda V. RIZZO, *op. cit.*, pág. 590. También, conforme a la norma paralela del Derecho francés, J. GHESTIN, *Traité de droit civil*, 2. *Les obligations. Le contrat formation*, París, 2.ª ed. 1988, págs. 670 y sigs., en especial 685-686, y J. CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation*, París, 1992, págs. 134 y sigs., en concreto 141.

(48) Lo pone de relieve, con razón, M. C. GÓMEZ LAPLAZA, *loc cit.*

(49) Vid. S. DÍAZ ALABART, en *Comentarios*, cit., págs. 253 y sigs., por todos.

(50) Lo ha subrayado R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Introducción*, cit., págs. 241-242, lo mismo que la diferencia que sigue en el texto.

porque esta *reformatio in peius* está vedada por el artículo 51 de la Constitución (51).

El último mecanismo de control es la interpretación del contrato de adhesión, que la Directiva refiere tanto a la inclusión o incorporación de las cláusulas al contrato como al contenido de las mismas. En cuanto a la inclusión, hay que tener en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios, las circunstancias que concurren al momento de la celebración y todas las cláusulas del contrato y de los contratos de que dependa (art. 4.1), así como la apreciación global del mismo para determinar si ha habido negociación suficiente de las respectivas cláusulas (art. 3.2.2.º). Que se trata de una norma relativa a la interpretación, lo pone bien de relieve el notable paralelismo de estos criterios, respectivamente, con los artículos 1.283, 1.282 y 1.285 del Código Civil; norma que no tiene correspondencia en los textos especiales estudiados y que se debe acoger, complementándola, acaso, con el principio de conservación que consagra el artículo 1.284 del citado Código. Lo que permitiría resolver, en el sentido indicado, la polémica doctrinal acerca del momento y de la materia objeto de la interpretación de estos contratos (52).

En sede de interpretación, el control del contenido se lleva a cabo mediante la clásica regla de la interpretación *contra stipulatorem* contemplada tanto por el artículo 1.288 del Código Civil como por la LCU (art. 10.2.20) y por el Anteproyecto (art. 6.2); sólo que la Directiva la acoge de forma invertida al establecer que, «en caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor» (art. 5). Se da aquí la paradoja, como se ha destacado, de que la interpretación más favorable al consumidor es la que menos le conviene, puesto que salva la cláusula discutida que, interpretada en un sentido menos favorable, podría ser tal vez declarada nula (53). Con todo, lo importante es que la Directiva consagra el saludable error dogmático —como se ha calificado— de habilitar a los jueces para revisar lo acordado por los contratantes (54), tarea en la que pueden acudir, a nuestro juicio, a los demás

---

(51) Como lo destaca C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Trascendencia*, cit., pág. 322, en el mismo sentido, anteriormente. M. A. LÓPEZ SÁNCHEZ, «La tutela del consumatore in Spagna», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, págs. 961 y sigs., en concreto 962.

(52) Se trata de determinar, en suma, si la interpretación se extiende o no al control de inclusión; se inclinan por la negativa J. ALFARO AGUILA-REAL, *op. cit.*, págs. 285 y sigs., y M. COCA PAYERAS, en *Comentarios*, cit., págs. 234-235, en cambio, opinan en sentido opuesto, y afirman que dicho control resulta de la hermenéutica contractual, L. H. CLAVERIA GOSÁLBEZ, en *Comentarios*, cit., págs. 337-338, y M. C. GÓMEZ LAPLAZA, *op. cit.*, pág. 60, opinión que compartimos.

(53) *Vid* en este sentido, V. ROPPO, *op. cit.*, pág. 295.

(54) Pone de relieve este pretendido error J. ALFARO AGUILA-REAL, *op. cit.*, págs. 288-291; comparte esta apreciación M. COCA PAYERAS, en *Comentarios*, cit.,

medios típicos de la interpretación integradora del contrato (55). Dada la sustancial coincidencia de esta norma con nuestro Derecho, su trasposición no plantea problemas de adaptación por ser compatible con las otras reglas interpretativas de los contratos de adhesión (56).

Así las cosas, estos controles pueden arrojar un resultado negativo y en tal caso las cláusulas abusivas deben ser ineficaces e incluso pueden arrastrar la ineficacia total del contrato; para ponerlos en práctica, se requiere, además, un adecuado sistema de acciones judiciales y administrativas, lo mismo individuales que colectivas, que permitan la oportuna corrección y prevención de las cláusulas de esta índole. Tales son los otros aspectos que regula la Directiva y que pasamos a exponer a continuación.

## 5. OTROS ASPECTOS DE LA DIRECTIVA

En efecto, la Directiva establece que las cláusulas abusivas «no vincularán al consumidor» y que el contrato sigue «siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas» (art. 6.1). Se ha sugerido que se trata de una norma *pro consumatore* porque, suprimidas las cláusulas abusivas, el empresario no puede invocar un desequilibrio en su contra y tampoco puede modificar el contrato o exigir la ineficacia total, salvo que no pueda subsistir sin ellas (57). El problema es determinar, pues, si el contrato puede subsistir o no, una vez que se han suprimido las cláusulas abusivas, lo que depende, a nuestro juicio, de su incidencia directa o indirecta en las cláusulas esenciales del contrato. Dado que la mayor parte de las cláusulas abusivas no son esenciales, como vimos, la subsistencia es la regla general y la ineficacia total, la excepción, que debe probar el empresario o profesional y admitirse de forma muy restringida, puesto que priva al adherente o consumidor del bien o servicio objeto del contrato.

---

pág. 235, y también M. A. LÓPEZ SÁNCHEZ, *Las condiciones*. cit., pág. 619, texto y nota 30. si bien advierte que por la vía de la interpretación *contra proferentem* «pueden alcanzarse prácticamente resultados muy próximos a los de un verdadero control», en págs. 639-640, nota 86.

(55) En el mismo sentido, M. C. GÓMEZ LAPLAZA, *op cit*, págs. 64-65. Para esta figura, *vid* nuestro estudio «La interpretación integradora del contrato en el Código civil», en *An. Der. Civ.*, 1987, págs. 495 y sigs.; mantienen concepciones diferentes sobre la misma J. CAFFARENA LAPORTA, «El requisito de la identidad del pago en las obligaciones genéricas», en *An. Der. Civ.*, 1985, págs. 909 y sigs., en especial 921 y sigs., y J. ALFARO AGUILA-REAL, *op. cit.*, págs. 374 y sigs., concretamente, 394-395, nota 159.

(56) Para estas reglas, *vid* M. COCA PAYERAS, en *Comentarios*. cit., págs. 327-329, y J. ALFARO AGUILA-REAL, *op cit.*, págs. 298 y sigs.

(57) Así, V. ROPPO, *op. cit.*, pág. 295.

El criterio de la Directiva no difiere del que prevalece en nuestro Derecho y plantea, por consiguiente, problemas semejantes. Es claro que las cláusulas abusivas adolecen de nulidad parcial y «se tendrán por no puestas», como dice el art. 10.4.1.º LCU (58), en lo que concuerda el Anteproyecto (art. 26.1); pero el texto comunitario añade que de ellas se desvincula sólo el consumidor, por lo que la otra parte no está legitimada para invocarla, como ha entendido con acierto nuestra doctrina (59). La norma puede acogerse, pues, sin modificaciones.

Por el contrario, mayor desarrollo exige la regla de la ineficacia total del contrato, sobre todo, para evitar que, a través de una determinada ingeniería del clausulado, el empresario o profesional pueda provocar que la nulidad de las cláusulas abusivas incida en la subsistencia del contrato (60). Entre otros extremos, debe aclararse que se trata de una nulidad, y no de una causa de rescisión (61); que sólo puede admitirse cuando no lesione los intereses del adherente o consumidor (62), y que obliga a la reparación de los daños y perjuicios por ser contraria a la buena fe exigible a empresarios y profesionales (63).

Por otra parte, nada dice la Directiva, ni la LCU, sobre la sustitución de las cláusulas anuladas, esto es, sobre los medios de acuerdo con los cuales se suplen o completan los huecos o vacíos que su anulación deja en el resto del contrato. En términos más técnicos, no se prevén los medios de integración del contenido contractual. Ante este silencio normativo, se ha entendido que el juez puede remodelar el contrato con arreglo al Derecho dispositivo, los usos y, sobre todo, la buena fe, incluso para evitar la nulidad total del mismo (64). Tal es la solución acertada del Anteproyecto, que

---

(58) Vid. L. H. CLAVERIA GOSÁLBEZ, en *Comentarios*, cit., págs. 336 y sigs.; también el amplio trabajo de M. RUIZ MUÑOZ, *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*, Valladolid, 1993, especialmente págs. 267 y sigs.

(59) Opinan en tal sentido J. DUQUE, *op. cit.*, pág. 72; M. A. LÓPEZ SÁNCHEZ, *Las condiciones*, cit., pág. 647. y M. C. GÓMEZ LAPLAZA, *op. cit.*, pág. 66, entre otros.

(60) Ha recalado este punto entre nosotros L. CLAVERIA GOSÁLBEZ, *El control*, cit., pág. 1018; «Las condiciones generales de la contratación: Hacia un nuevo Derecho del contrato», en *Academia Sevillana del Notariado*, Madrid, 1988, págs. 147 y sigs., en concreto 157; «Las condiciones generales en la nueva regulación protectora del consumidor», en *Jornadas de Derecho y Consumo*. Puerto de Santa María, 1989, págs. 97 y sigs., en particular 109, y en *Comentarios*, cit., pág. 342.

(61) Como ha resaltado M. C. GÓMEZ LAPLAZA, *op. cit.*, págs. 70-71, en contra de la opinión que sostiene J. ALFARO AGUILA-REAL, *op. cit.*, págs. 459-461, con base en una discutible analogía con la lesión, que se compagina mal con el planteamiento general del autor sobre el tema.

(62) En opinión de L. H. CLAVERIA GOSÁLBEZ, en *Comentarios*, cit., pág. 343.

(63) En tal sentido, J. DUQUE, *op. cit.*, pág. 72, y R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La defensa*, cit., pág. 203.

(64) Se trata de la *communis opinio* al respecto. Vid., con variantes de poco relieve. J. DUQUE, *loc. cit.*, M. A. LÓPEZ SÁNCHEZ, *Las condiciones*, cit., pág. 648; L. H. CLAVERIA

hace remisión expresa al artículo 1.258 del Código Civil (art. 26.2) y que se debe mantener a la hora de adaptar nuestro Derecho a la Directiva.

Finalmente, por lo que se refiere a las acciones, la Directiva distingue las individuales y las colectivas. Las primeras se ejercen ante el Juez por cada adherente o consumidor *ex post*, esto es, respecto de un determinado contrato de adhesión ya pactado; las últimas, por contraste, son generales, en cuanto corresponden a las asociaciones de consumidores, y preventivas, porque se dirigen a evitar el empleo futuro de cláusulas abusivas (65). Mientras las acciones del primer tipo se concretan en la nulidad parcial de las cláusulas abusivas (art. 6.1), que acabamos de ver, las acciones del segundo tipo, en cambio, consisten en los «medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores» (art. 7.1). Entre estos medios destaca la legitimación activa de las asociaciones que tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores (art. 7.1), y la legitimación pasiva de los profesionales o de sus asociaciones, que pueden ser demandados separada o conjuntamente por cada sector económico (art. 7.3); la controversia puede ser judicial o administrativa y tiene por finalidad la supresión *ex ante* de las cláusulas abusivas que figuran en las condiciones generales de los contratos (7.2).

La recepción en nuestro Derecho de la acción de nulidad no plantea especiales problemas; pero la *class action* comunitaria exige, como se ha puesto de relieve, que se clarifique tanto la legitimación activa prevista por el art. 20.1 LCU, como la legitimación pasiva, que no se ha establecido expresamente (66). Un modelo aconsejable es el seguido por el Anteproyecto, que no sólo consagra las acciones de cesación y de retractación y la respectiva legitimación (art. 27), sino que proclama la eficacia *ultra partes* de la sentencia estimatoria (art. 29), así como el efecto disuasorio que se desprende de su publicidad (art. 32).

## 6. BREVES REFLEXIONES FINALES

Una vez expuesto en líneas generales el régimen de la Directiva, vamos a terminar, como anunciamos, con unas breves reflexiones finales. Ante todo, está la cuestión permanente de la naturaleza jurídica de los contratos

---

GOSÁLBEZ, en *Comentarios*, cit., págs. 343-344; J. ALFARO AGUILA-REAL, *op. cit.*, págs. 442 y sigs., y M. C. GÓMEZ LAPLAZA, *op. cit.*, pág. 65.

(65) Propone esta distinción V. ROPPO, *op. cit.*, pág. 293.

(66) En este sentido, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Introducción*, cit., pág. 243; sobre los problemas de legitimación, *vid* J. J. MARÍN LÓPEZ, en *Comentarios*, cit., págs. 548 y sigs.

de adhesión. Es claro que el texto comunitario, igual que la LCU y el Anteproyecto, parten de una concepción contractualista. Es por ello que, en los tres textos, como se ha destacado con razón, el control de inclusión trata de asegurar la aceptación, o al menos el conocimiento, por el adherente; que las cláusulas se someten a reglas de interpretación propias de los contratos, y que las cláusulas abusivas se sancionan con la nulidad parcial (67).

Consecuencia de esto es que la nueva disciplina de los contratos de adhesión se puede extender al Derecho común de los contratos por negociación; en contra de lo que sostiene la Exposición de Motivos del Anteproyecto, no hay razón para que los patrones de valoración deban ser «muy distintos en uno y otro sistema» (pár. 9). En efecto, si la buena fe rige para ambos tipos de contratos, no hay nada que justifique que los contratos de adhesión deban ser equilibrados y que los contratos por negociación puedan, en cambio, no serlo: al margen de un liberalismo excesivo, por el contrario, parece que la protección reforzada de los consumidores y adherentes se debe comunicar a todos los contratantes «débiles» porque, dadas las imperfecciones del mercado, existe la misma ratio para protegerles, al menos, frente a las cláusulas contractuales abusivas (68).

Sin embargo, no se puede negar que esta nueva disciplina difiere del Derecho común; como dijimos, éste se preocupa fundamentalmente del consentimiento de los contratantes y regula los vicios de la voluntad, conforme a una tradición que se remonta a *Lo Codi*, el epítome provenzal del siglo XII (69), mientras que el nuevo régimen se ocupa principalmente del contenido del contrato. Giro que comporta una transformación profunda de la noción de contrato, que ahora, más que descansar en el acuerdo de los contratantes, pasa a ser, como se ha subrayado, una «técnica jurídica de armonización equitativa de conflictos de orden patrimonial», que sirve «para ordenar el circuito económico, provocando un determinado equilibrio» (70), de tipo jurídico, añadiríamos nosotros.

Lo que revela, en el fondo, que el contenido de los contratos no es un asunto exclusivamente privado de los contratantes, sino que interesa tam-

---

(67) Lo ha puesto de relieve, asimismo, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Introducción*, cit., pág. 246.

(68) En parecidos términos, J. CALAIS-AULOY, «Le droit de la consommation, facteur d'évolution du droit des contrats: l'expérience française», en *Congreso Internacional*, cit., págs. 133 y sigs., en especial 149, y «L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats», en *Rev. trim. dr. civ.*, 1994, págs. 239 y sigs., en particular 249.

(69) En el que el error, el dolo y la violencia aparecen sistematizados por primera vez en la forma en que hoy los conocemos, según refiere R. SACCO, «Il contratto in generale», en *I cinquant'anni del codice civile*, Milán, 1993, págs. 205 y sigs., en particular 212.

(70) Así opina L. H. CLAVERIA GOSÁLBEZ, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., págs. 159 y 160.

bién a la sociedad. Con todo, desde el punto de vista de la intervención pública en la materia, hay que reconocer que es notablemente menos incisiva que la que existe en otros campos, como puede ser el derecho de propiedad; piénsese, por ejemplo, que la concentración parcelaria, los deberes urbanísticos o las fotocopias de uso privado comprimen las facultades del dominio de forma mucho más profunda que la privación de eficacia de las cláusulas abusivas; y esto es así porque, como hemos visto, la nulidad parcial reconduce el contenido del contrato, en último término, al Derecho dispositivo, que se concreta básicamente en el Código Civil, incluso para los nuevos contratos atípicos (71).

En otro orden de cosas, la Directiva plantea un interesante problema de política legislativa ya que la adaptación se puede hacer por diferentes vías; como se ha señalado, cabe la modificación de la LCU, cabe también la promulgación de una nueva ley *ad hoc* sobre contratos de adhesión o cabe, por último, la reforma del Código Civil para establecer una regulación básica y dejar para leyes especiales, que también podría ser la LCU, el régimen pormenorizado de las cláusulas abusivas y los procedimientos (72). En mi opinión, esta última opción es preferible, pues combina la permanencia y la movilidad; permanencia por acoger en el Código la cláusula general de buena fe y equilibrio —que podría añadirse al art. 1.258—, y movilidad, porque las leyes especiales se podrían ir adaptando a las condiciones cambiantes de la *praxis* negocial.

En fin, surge todavía una última cuestión y, a modo de epílogo, con esto acabo. Si el Estado español no adopta la Directiva antes del 31 de diciembre próximo, ¿se debe aplicar o no en nuestro Derecho? La respuesta a este interrogante no puede ser otra que afirmativa, pues ha de tener eficacia directa e inmediata, al menos, en las relaciones horizontales entre los particulares. Es cierto que se trata de una Directiva, y no de un Reglamento comunitario; pero es conocida la jurisprudencia europea que atribuye tal

---

(71) Como es sabido, los nuevos contratos atípicos —de nombre anglosajón— no sólo son contratos de adhesión sino que se ajustan a condiciones generales, conforme a la nueva *lex mercatoria* impuesta por el comercio internacional y las grandes empresas multinacionales, como advirtió también F DE CASTRO Y BRAVO, «El arbitraje y la nueva «Lex Mercatoria», en *An. Der Civ.*, 1979, págs. 619 y sigs., en especial 666 y sigs. *Vid.* sobre esto, J. M. GONDRA, «Las condiciones generales de los contratos y la protección del contratante más débil en el comercio internacional», en *Estudios Uría*, Madrid, 1978, págs. 233 y sigs.; A. V. M. STRUYECKEN, «La *lex mercatoria* dans le droit des contrats internationaux», en *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, París, 1986, págs. 207 y sigs.; F. GALGANO, «Il contratto nella società post-industriale», en *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, Padua, 1991, págs. 339 y sigs., y las observaciones críticas de M. BIN, «La circolazione internazionale dei modelli contrattuali», en *Contr impr.*, 1993, págs. 475 y sigs.

(72) Propone estas alternativas R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Introducción*, cit., págs. 245-246

eficacia a las Directivas, cuando son concretas, específicas y confieren derechos subjetivos. Y sin duda este es el caso de la Directiva que hemos estudiado (73). Buena prueba de ello es que el Tribunal Supremo la ha aplicado ya, en Sentencia de 23 de julio de 1993, para anular una cláusula de sumisión al fuero del predisponente por estimar que, dada la falta de negociación de un contrato de adhesión, tal cláusula era, por ello, abusiva.

CARLOS VATTIER FUENZALIDA  
Catedrático de Derecho civil

---

(73) En este sentido, V. ROPPO, *op cit.*, pág. 302, es categórico cuando afirma que, «a partir del 1 de enero de 1995, la Directiva se podrá aplicar directamente en el Derecho italiano». Muestran cierta reticencia ante el efecto directo horizontal, entre nosotros, J. E. SORIANO, *Reglamentos y Directivas en la jurisprudencia comunitaria*, Madrid, 2.ª ed. 1988, págs. 115 y sigs., en concreto 143 y sigs., y J. A. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «La protección del consumidor en el Derecho Comunitario», en *Reforma del Derecho Privado*, cit., págs. 25 y sigs., en especial 42. Por eso, hay que resaltar el acertado criterio de la STS que mencionamos en el texto

# Una introducción al Derecho

*SUMARIO.* PROLOGO: I. EL NOMBRE (QUID NOMINIS). II. EL TIEMPO (QUANDO). III. EL ESPACIO (UBI). IV. LA ESENCIA (QUID REI).—RECAPITULACION PRIMERA: V. LA EXPERIENCIA (QUID FACTI). VI. LA NORMA (QUID CONCEPTUS). VII. EL VALOR (QUID VALORIS).—RECAPITULACION SEGUNDA: VIII. LOS FINES (QUID FINES). IX. CONCLUSIONES.—EPILOGO.—SUGERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

## PROLOGO

Buena parte de los juristas de hoy —maestros, profesores, tratadistas, prácticos u «operadores jurídicos»— tiene su propio concepto del Derecho y difícilmente cabe encontrar dos que sean idénticos. Esta paradoja hace que todavía hoy en día sea buena la irónica observación de E. KANT en el siglo pasado:

«... los juristas buscan todavía una definición de su concepto del Derecho».

Esta afirmación sigue siendo cierta hoy, ya que —al contrario de lo que suele ocurrir con otras ramas del saber— el primer contacto con el Derecho *no puede establecerse* a través de una definición del objeto de estudio. De ahí que los autores suelen acudir al recurso de ofrecer *perspectivas* de la presencia del Derecho en la vida de los humanos. De esa manera de hacer voy a hacer uso, introduciendo algunas otras *referencias*.

Referencias que, en aras de mayor claridad expositiva, cabe reconducir a las siguientes *preguntas* en torno al fenómeno DERECHO: *quid nominis, quando, ubi, quid rei, quid facti, quid conceptus, quid valoris, quid fines*. O, de otro modo dicho: ¿qué significa, cuándo y dónde aparece, qué es, en qué consiste, cómo se hace, qué valor tiene, para qué sirve..., eso que llamamos DERECHO?

Estas *preguntas* vienen a ser la concreción de toda una serie de *aspectos* que representan todos los pasos de un itinerario lógico y único en búsqueda

de esa definición inalcanzable del Derecho y que responden a las **cuestiones básicas** en orden a su terminología, a su aparición histórica, a su dimensión territorial, a la esencia del fenómeno, a su dimensión fáctica, a su perfil normativo, a su dimensión estimativa (o valorativa) y a su finalidad última.

Solamente después de haber hecho **un recorrido** por todos esos aspectos podremos estar en condiciones de acercarnos a saber qué sea esa cosa a la que llamamos DERECHO.

### I. EL NOMBRE (QUID NOMINIS)

Hay que comenzar el estudio de cada cosa con una referencia al nombre:

«... es necesario que el que determine los nombres sepa cuál es la naturaleza de los objetos sobre que recaen» (PLATÓN: CRATILO O del lenguaje).

Importante es precisar, de una parte, *la significación de la palabra* referida a la cosa «DERECHO», y, de otra parte, la denominación que con otras palabras esa cosa concreta tiene *en otras culturas diferentes* de la nuestra.

Terminología muy variada es la que han utilizado *las diferentes culturas* que *en el mundo* se han ido sucediendo para referirse a lo que —hoy, aquí y entre nosotros— conocemos como «DERECHO». Con una pormenorización detenida y exhaustiva, uno de nuestros más distinguidos historiadores del Derecho, el profesor J. LALINDE ABADÍA, ha recorrido las distintas culturas que en el mundo han sido y ha recogido en su trabajo las manifestaciones producidas. Aquí se exponen tanto las culturas como la idea de «Derecho» respectiva, sintéticamente, como sigue:

<i>Culturas</i>	<i>Nombre</i>	<i>Idea representada</i>
Infraevolucionadas (afronegras, árticas, amerindias, oceánicas...).	ADAT-AADA-FOMBA-TORU-UMUCO-YASA	TEMOR (a los antepasados).
Taobudistas (Extremo Oriente).	CHING	CASTIGO
Cuneiformes. Antiguo Egipto	MEECHARU MAAT	PROTECCION ORDEN (Justicia = Balanza)
Brahmánico-Budistas. Antigua Grecia.	DHARMA DIKE	DEBER DECISION

<i>Culturas</i>	<i>Nombre</i>	<i>Idea representada</i>
Hebreos.	TORAH	ENSEÑANZA
Roma-Bizancio.	IUS	YUGO
Arabes.	CHARIA	CAMINO (Fik = Investigación)
Europa Occidental. Ibero- américa.	DIRECTUM	DERECHO
Alemania y países germá- nicos.	REHT	DERECHO
Hungría.	YOG	YUGO
Europa del Este-Grecia-Paí- ses balcánicos.	PRAWO	DERECHO
Gran Bretaña, USA y países de la «Commonwealth».	COMMON LAW	LEY COMUN

Buena parte de algunas de estas terminologías y referencias aluden a *aspectos* de ámbitos geográficos, históricos, religiosos, morales, culturales... muy distintos, que por sí solos merecerían una extensión de tratamiento muy superior al aquí meramente indicado.

A la hora de aludir al **origen y porqué** de la palabra aquí utilizada —DERECHO— los tratadistas apuntan la idea de una *trasposición* de la palabra «IUS» a la de «DIRECTUM», debida a la influencia de la Iglesia católica *durante el período visigótico*.

«... la Iglesia se considera regida por el “IUS” y cuida de éste..., lo adopta y lo adapta a sus propias concepciones... pretende que aquél —al igual que la TORAH— se transforme en un camino, vía o senda... (Todo ello) origina que la ordenación eclesiástica aparezca como “dirección” o “directo”... (Directus, eo quod in rectum vadit). ... De esta forma, con un “IUS” teodosiano en decadencia y corregido por una legislación germana, la Iglesia católica crea una versión clerical de aquél, que es el “directum”...» (LALINDE).

Reflexiones similares, si bien situando esta trasposición conceptual *en la Edad Media*, nos presenta L. DÍEZ-PICAZO:

«... Se produce (esta) trasposición cuando la idea de “ius” pasa de designar la situación en cuanto situación justa a designar el conjunto de posibilidades que esa justa situación permite a la persona que se encuentra en ella. En ese momento la idea de “ius”

(derecho) pasa a designar una situación de poder. Según MICHEL VILLEY este giro intelectual se produjo durante la Edad Media como consecuencia de la polémica entre los franciscanos y el Papado. San Francisco dio como regla a los hermanos de su orden la de ser pobres. Los franciscanos se encontraron de pronto, como consecuencia de la extensión de su orden y de su inmenso prestigio, poseedores de bienes importantes (iglesias, conventos, donaciones, etc.). Había alguna discordancia entre la regla y la práctica. Por ello, el Papado, que fue durante mucho tiempo protector de la orden y que, además, no había compartido nunca el culto del santo por la pobreza, descubrió un medio de arreglar el caso mediante un compromiso de estilo jurídico, preconizado por los grandes canonistas de la época. La cuestión se resolvió *entendiendo* que los bienes de los franciscanos —sus conventos, sus iglesias, sus huertos y sus jardines— *estaban "in ius et proprietatum Beati Petri"...*»

A la hora de seguir esa trayectoria histórica de la palabra «DERECHO», parece oportuno centrar aquí que *el hito final del término* se corresponde exactamente con el resultado de aquel giro medieval conducente a la adscripción de la idea de «derecho» a *la esfera del poder*: el poder o la potestad que se tiene sobre el bien de que se disfruta. De momento, nos basta esa consideración derivada del análisis terminológico.

## II. EL TIEMPO (QUANDO)

El fenómeno humano al que llamamos «DERECHO» es algo que se produce dentro de todo grupo social organizado, en todas las épocas históricas y en todos los lugares.

La *enumeración de textos* que recogen fenómenos jurídicos, sería en verdad laboriosa, de manera que en este lugar tan sólo caben unas concretas referencias demostrativas de lo dicho, v. gr.:

- POEMA DE GILGAMESH, Columna VI, vers. 23-26.
- CODIGO DE HAMMURABI, Parágrafos 165 ss.
- LEYES DE MANU: Libro VIII, vers. 27 ss. 35 ss. 47 ss. 197 ss. 201 ss.
- BIBLIA:
  - GENESIS, 26, 19 (sobre el disfrute del agua para el riego de tierras o bebida de los ganados):

«Cavaron los siervos de Isaac en la vaguada y encontraron un pozo de aguas vivas. Pero riñeron los pastores de Guerar con los

pastores de Isaac diciendo ambos: "El agua es nuestra". Y se llamó el pozo **Eseq**, porque había habido riña por él».

◦ GENESIS, 27, 1 a 29, sobre la venta de la primogenitura a cambio de un plato de lentejas y la consiguiente bendición de Jacob por Isaac (lo que comportaba la jefatura del clan familiar y la atribución de los poderes necesarios sobre las personas y bienes de los miembros del grupo).

◦ EXODO: 20, 1-17 y 22-26; 34, 1-27 (Leyes del Decálogo).

21, 1-37 (Leyes acerca de la vida y de la libertad).

22, 1-30 (Leyes relativas a la propiedad).

23, 1-9 (Leyes relativas a los procesos).

◦ LEVITICO (Leyes acerca de los sacerdotes y los sacrificios).

◦ DEUTERONOMIO: 5, 1-26; 19, 1-20; y 20, 22, 23, 24, 25 y 26.

— LEY PARA LA COLONIA GRIEGA DE NAUPACTA (S.V. a C.): «Si muere un colono sin dejar en su lugar, en Naupacta, pariente con derecho a heredar, los bienes pertenecerán a su pariente más próximo que viva en Locria Hipocnemidia...»

— HISTORIA DE ROMA: Conflicto por motivo de los lindes de la ciudad de Roma, fundada por los gemelos Rómulo y Remo:

«Los dos hermanos fundaron Roma en la margen izquierda, delimitando con un arado la línea de la futura muralla, y se juramentaron para dar muerte a cualquiera que, sin permiso, la traspasase. Remo, fuera inadvertidamente o enojado por haber recibido ciertos malos augurios, lo hizo, y Rómulo, respetando el juramento, le dio muerte» (C. RASCÓN).

— LEYES DE LAS XII TABLAS (S.V. a C.), VIII-6.

— DIGESTO: 9-15 ALFENO (acemilero y caballo); 9.2.1 y 2.2 MELA (juego pelota y barbero).

— CORAN: Sura II, versículos 176, 226 y sigs., 233, 241 y 276.

Obsérvese, a la vista de lo expuesto, *cómo desde el principio* de la aparición de grupos sociales humanos organizados *hubo conflictos de intereses* al producirse una situación de tensión o de incompatibilidad en las necesidades o en las aspiraciones de dos o más personas respecto de los bienes vitales que pueden satisfacerlas. Esta situación de la existencia de conflictos dentro de la marcha de un grupo social organizado impone una cierta exigencia social de solución o, por lo menos, de ordenación de los conflictos. La expresión tan nuestra «esto es derecho» significa, en rigor,

que un determinado conflicto debe recibir una cierta solución, porque esta solución es la que se considera la más correcta o la más aceptable.

Habr , por tanto, que retener esta apretada exposición histórica **en forma diacrónica** de fenómenos jurídicos como prototípica de la convivencia de los hombres en sociedad.

### III. EL ESPACIO (UBI)

Interesa ahora hacer una referencia a la presentación **en forma sincrónica** de los citados fenómenos jurídicos, tanto en territorios alejados de nosotros como en nuestra propia tierra. De ello han sido especialmente conscientes nuestros autores más lúcidos, y así, v. gr.:

«... Todas las gentes tienen alguna noticia, más o menos definida, de que en el mundo en que viven hay un registro civil, ayuntamiento, jueces, gobierno, seguros sociales, leyes y reglamentos, abogados y notarios, herencias, policías, sociedades mercantiles, letras de cambio, multas, etc. Para todos es obvio que esas cosas pertenecen al ámbito de lo jurídico...» (RECASENS SICHES).

«En la vida cotidiana realizamos con frecuencia actos o nos encontramos en situaciones que nos ponen en contacto con el Derecho. Subir a un autobús, tomar localidades para una sesión de cine, comprar el periódico, son actos que tienen una trascendencia jurídica, aunque casi nunca reparamos en ello: ... En otros casos el alcance jurídico de los hechos es más claro y manifiesto: nos quitan la cartera y acudimos a la comisaría de policía... compramos un apartamento a plazos... nos ponen una multa por no habernos detenido ante un semáforo en rojo...» (LATORRE).

«... los fenómenos jurídicos son sustancialmente fenómenos vitales o modos de presentarse y de acontecer la vida humana. Es algo que cotidianamente les ocurre a las gentes: un hombre y una mujer se habían casado, pero ya no pueden o no quieren continuar viviendo juntos; un hijo reclama alimentos frente a sus padres; unos sobrinos pretenden heredar a su tía; un vecino o colindante reclama frente a su convecino, porque este último ha usurpado los linderos de la finca o porque ha construido una chimenea de la que se desprenden unos humos excesivos; un comprador reclama frente al vendedor, porque la cosa vendida no le es útil para los fines a que pensaba dedicarla» (DÍEZ-PICAZO).

Mas, una vez presentado este repertorio de ejemplos tomados de la vida diaria, *el problema* consiste en averiguar *si cabe deducir* de todos esos ejemplos cuál sea el elemento común que les otorga su significado jurídico. **Esa es la pregunta clave** a la que debemos de enfrentarnos. Y a una tal pregunta cada uno de los tratadistas y maestros le da su propia respuesta, y así, v. gr.:

«... En todos esos casos (presentados) podemos exigir de otros una conducta determinada u otros nos la pueden exigir a nosotros. Pero para que ello sea posible es preciso que exista *un conjunto de normas o reglas establecidas* por virtud de las cuales, dados unos hechos, surjan esas posibilidades de reclamar o de quedar sujetos a una reclamación» (LATORRE).

«... En la controversia *jurídica* —a la que se puede llamar, *grosso modo, litigio*— al puro conflicto de intereses va unido un conflicto sobre la tutela de esos intereses, de tal manera que es un conflicto de intereses cuya tutela jurídica pretende cada una de las partes. Es un conflicto de intereses cualificado por una contienda sobre la tutela jurídica. ... Cuando uno de los intereses goza de especial tutela, se dice que el interesado tiene “razón” o que tiene “derecho”. Desde este punto de vista, *derecho* es un juicio valorativo sobre la tutela de un interés en conflicto con otro, sobre el carácter aceptable de la pretensión sobre la tutela que el interés ha de recibir, y, *por ello mismo, en forma traslativa*, la situación que hace posible o que permite ese juicio de valor» (DÍEZ-PICAZO).

«... (El Derecho) no pertenece a la naturaleza física inorgánica, ni a la materia orgánica, ni se reduce a la pura realidad mental, no es idea pura ni tampoco valor puro: *lo jurídico se localiza en la vida humana*. El Derecho es un producto cultural, *a modo de vida humana objetivada*, y, en tanto que tales objetos culturales son revividos, repensados, reutilizados, reactualizados por nuevas gentes, constituyen vida humana revivida, vida humana reactualizada. *Dentro de ese campo* de la vida humana objetivada o de las nuevas reviviscencias de ésta, aparece determinado el Derecho por las dimensiones de *lo normativo* y de *lo colectivo*» (RECASENS SICHES).

Encontrado, por tanto, *el lugar o espacio* que en el mundo circundante ocupa el DERECHO, como obra humana histórica encuadrada *dentro de los usos colectivos* —en los que el sujeto (hombre individual) vive algo comunal, tipificado, anónimo, genérico—, es dable observar al efecto que ante

el DERECHO no aparece un hombre individual *concreto*, sino categorías abstractas, tipos fijos, cristalizaciones funcionales (extranjero, vendedor, arrendatario, contribuyente, juez, etc.). De momento nos basta este dato.

#### IV. LA ESENCIA (QUID REI)

Tenemos ya a la vista lo que es el DERECHO *en la realidad*. Pero una cosa *es la realidad* del Derecho y otra cosa es *la esencia* de Derecho. Para llegar a perfilar cuál sea ésta —el **quid rei** del asunto— entiende RECASENS:

*En primer lugar* habrá que deslindar las propias y verdaderas *reglas jurídicas* de las reglas morales, de un lado, y de las reglas de cortesía (usos sociales), de otro lado, y de las reglas finalistas y estimativas (juicios de valor), de otro lado. Esos deslindes imponen una investigación y un tratamiento efectuado ya con solvencia y autoridad por los tratadistas, y a sus obras me remito.

*En segundo lugar* habrá que referir la palabra Derecho al conjunto de normas dictadas por el Estado, que obtienen real eficacia y que se encaminan a la realización de los principios valorativos de justicia: o, de otro modo, el Derecho es un objeto cultural que **esencialmente contiene tres dimensiones** recíprocamente unidas de modo inseparable: *a) validez formal* otorgada por la autoridad política; *b) referencia intencional a unos valores*; *c) realidad* en cuanto a su origen en unos específicos hechos sociales, y en cuanto a su efectivo cumplimiento.

A la unidad del proceso de elaboración del Derecho corresponde la *unidad esencial del Derecho*, cuya unidad encuentra su raíz y fundamento en el análisis mismo del hombre y de sus radicales polaridad e historicidad. Entre las múltiples experiencias humanas está la del Derecho que —como toda obra cultural— *es tridimensional*, en tanto que tensión entre hecho y valor, tensión que se expresa en la objetividad de las normas. **Por lo tanto, el Derecho puede y debe ser estudiado desde esos tres puntos de vista: como hechos sociales, como norma y como valor.** Puntos de vista recíprocamente unidos: la consideración sociológica, la normatividad específica y la estimativa (axiología).

#### RECAPITULACION PRIMERA

Recapitulando en este lugar algunas de las consideraciones precedentes, cabe decir:

1.º Los autores ofrecen variadas *perspectivas o aspectos* de la presencia del Derecho en la vida de los humanos y siguen en la búsqueda de una definición del Derecho.

2.º Las *referencias* por mí introducidas conducen a la previa solución a las *preguntas tópicas* del QUID NOMINIS, QUANDO, UBI, QUID REI, QUID FACTI, QUID CONCEPTUS, QUID VALORIS y QUID FINES en orden al fenómeno humano y vital del DERECHO.

3.º La variada *terminología* adoptada por las más diversas culturas del mundo oscila desde las ideas de temor-castigo-deber a las de orden-decisión-enseñanza-camino, y encuentra su más alto desenvolvimiento técnico en el Occidente Europeo [Yugo (vínculo)-Derecho-Ley Común].

4.º El *paso o giro conceptual desde el IUS al DIRECTUM* parece ser obra de los canonistas medievales, quedando adscrita la idea de «derecho» a la esfera de la situación de un poder o potestad sobre un bien que se disfruta.

5.º La *sucesión diacrónica de textos* que recogen fenómenos jurídicos evidencia la frecuencia de conflictos o litigios producidos entre los hombres —individualmente considerados o como formando parte de un grupo social— en su condición de grupo organizado que convive en sociedad con otros grupos similares.

6.º La presentación *sincrónica* de los posibles y numerosos fenómenos jurídicos en el espacio en que nos desenvolvemos, muestra toda una serie de ejemplos típicos y tópicos y permite aventurar la pregunta también tópica de si cabe deducir de todos dichos ejemplos un elemento común que les confiera su significado jurídico.

7.º La esencia del Derecho, previo el deslinde entre las normas jurídicas y las restantes normas morales y sociales, parece conducir a una **configuración tridimensional** del mismo, como realidad histórico-cultural de tres dimensiones: el derecho como hecho, el derecho como norma, el derecho como valor.

## V. LA EXPERIENCIA (QUID FACTI)

Entiende RECASENS por **experiencia jurídica** «el conocimiento inmediato y directo de una serie de datos que intervienen en la formación y en el desarrollo del Derecho». La experiencia jurídica *es algo dado* de una manera directa e inmediata; es un conjunto muy complejo, pero unitario, de muchos y diversos datos, entretnejidos entre sí de modo recíproco. De entre los más importantes *componentes* de ese complejo que llamamos «experiencia jurídica» cabe aquí mencionar los siguientes:

— La urgencia y el deseo de paz y de orden.

— La conciencia de que el hombre es un ser que ha de tomar decisiones, eligiendo posibilidades y potencialidades, en cada uno de los momentos de su vida.

— La idea de «sentimiento jurídico», intuición *de lo que es injusto* y, en menor medida, de lo que es justo, como vehículo de un juicio de estimación que tiene intrínseca validez.

— *El sentimiento de la injusticia*, mezcla indisoluble de sentimiento y razón, consistente en el hecho —dado de manera inmediata en nuestra conciencia— de reaccionar frente a una situación injusta, hecho que es dinámico e impregnado de un calor emocional de repudio e indignación, v. gr.: reacciones de horror y repugnancia frente a actos terroristas, la toma en consideración de los méritos y deméritos, los requerimientos de igualdad, las reclamaciones de la dignidad de la persona humana, la satisfacción de necesidades preteritorias, etc.

— Los datos biológicos, consistentes en la diferencia de sexos, la reproducción, la alimentación, la diferencia de edades, la herencia de ciertos caracteres físicos y mentales, las necesidades de cubrir en grado mínimo alimentación, vestido y vivienda, etc.

— La representación mental del *derecho subjetivo*, entendido *en el sentido* de «estar autorizado a», esto es, de estar autorizado a hacer u omitir un determinado comportamiento y también para reclamar o exigir de otra persona algo, cierta cosa o cierta conducta.

— El sentimiento de «lo merecido», *noción estimativa de carácter ético* no necesariamente ligada a normas de Derecho y que constituye un componente de la justicia.

— El sentimiento del demérito o sentimiento de vindicta, relacionado con la idea de la culpa y de la pena adecuada a la infracción, factor importante en la elaboración y el desarrollo del Derecho Penal.

— Los *deseos sociales básicos*: de seguridad, de progreso o mejora y de nuevas experiencias, de reconocimiento por los demás, de ayuda al prójimo en peligro o necesitado, de ser libre y de autoafirmarse y de no ser constreñido, de afán de conseguir poder y mando sobre sus semejantes —uno de los motores de la **política** en todos los tiempos— y el consiguiente —contrapuesto— de la tendencia gregaria a obedecer, etc.

— El «factor de poder político», **factor que da no sólo validez formal sino también realidad efectiva y vigencia al orden jurídico**, en el sentido de que un orden jurídico *existe como tal*

—esto es, *tiene efectiva vigencia*— en la medida en que sea apoyado, mantenido e impuesto por el poder político. O, de otro modo dicho, es el poder político quien proporciona **realidad** al Derecho positivo. El poder político como institución *está justificado desde el punto de vista de la estimativa (axiología)*: es una instancia real y efectiva de mando coercitivo, *es algo que debe ser y, además, algo que forzosamente tiene que ser*.

— *Los factores económicos*, que en conjunto condicionan e influyen en las formas jurídicas, sin perjuicio de que éstas puedan modificar, dentro de ciertos límites, la materia económica, remodelándola. Así, v. gr., ciertos sectores del Derecho tienen un contenido económico evidente, tales como el Derecho mercantil, el Derecho financiero, el Derecho fiscal, el Derecho de la Empresa, el Derecho Concursal, parte del Derecho del trabajo, parte del Derecho Administrativo (actividades de fomento), el Derecho de la seguridad social, etc. En nuestros días es trascendente la implantación de un «mercado común europeo», que está en la base de la Unión Europea derivada de los Tratados de Roma y Maastricht.

— *Las estructuras sociales —preexistentes al Derecho y co-existentes con él—*, tales como la producción, distribución y consumo de bienes materiales, las relaciones laborales, las relaciones interhumanas ya sean de tipo sexual (hetero u homosexual) ya derivadas de la paternidad y filiación, etc.

— Las enseñanzas derivadas de la «experiencia histórica» que, en sus éxitos y fracasos acumulados en la memoria humana, vienen a constituir uno de los componentes de lo que el mismo RECASENS llama «el logos de lo humano» o también «la lógica de lo razonable».

— *Las intuiciones de valores*, en estrecha vinculación con el *dato normativo* en Derecho porque una norma supone *haber elegido* entre las múltiples y variadas posibilidades de comportamiento y, *como toda elección*, supone una *preferencia, un juicio de valor, una estimación*. Por consiguiente, una norma de Derecho positivo constituye la expresión de la consecuencia de un juicio de valor.

— *Las estructuras de razón*, dado que en Derecho rige la *lógica de lo razonable* que maneja conexiones —que no se dan en la «Lógica jurídica» racional típica— tales como los argumentos *razonables* o razones de *prudencia* (sin perjuicio de que también a veces coexistan con otras conexiones *racionales* típicas).

— *El factor religioso*, dado que muchas veces se da el *hecho* de que normas de Derecho obedecen a las convicciones de carácter

religioso o equivalente o similar (Ser Supremo, la Razón, Marx-Lenin-Mao, el proletariado y el Estado social sin clases, la raza y el Estado, etc.).

Teniendo en cuenta la precedente exposición —que encarna **la dimensión fáctica del Derecho**— como conjunto unitario pero complejo de obras humanas, aparece en ese conjunto como relevante una serie de *hechos* de relaciones interhumanas en los que va encarnada *una dimensión* (o un perfil) *conflictiva*, esto es, vienen a traducir *un problema práctico, una cuestión de conducta o comportamiento* en la que se produce una confrontación o choque entre aspiraciones humanas diversas. A su vez, tales aspiraciones están cargadas de referencias a *valoraciones*, **lo que presupone**: que ese conjunto de realidades y de valores son vistos *a través* de personalísimos lentes estimativos, que quienes propugnan o profesan tales valoraciones *pretenden* que éstas *concuerdan* con criterios de valor objetivamente válidos, que tal pretensión *implica* también *la intuición* de unos valores a los que se considera dotados de intrínseca validez.

Sabiendo todo esto, cabe decir que es precisamente *en la cuenca de la experiencia en donde* —en términos generales— *se engendra la producción de todo Derecho*. Esta constatación, evidente «per ser», proyecta nuevas luces sobre la tesis moderna de que las operaciones mentales del legislador, juez y jurisconsulto constituyen un verdadero *pensamiento sobre problemas* que arranca del análisis de los problemas prácticos suscitados por la vida social.

## VI. LA NORMA (QUID CONCEPTUS)

1. Hay que precisar —como dato previo insoslayable— que la alusión *a la delimitación conceptual* va referida *a la dimensión normativa* del Derecho y no a éste mismo (por lo dicho más arriba en orden a la «definición» posible de DERECHO). En tal sentido, cabe decir que *imponer* —**como presupuesto metodológico**— *una diferenciación* entre normas jurídicas y normas morales, entre normas jurídicas y reglas sociales y de cortesía, entre normas jurídicas y normas arbitrarias: diferenciación que no voy a hacer aquí, por sobradamente analizada en tratados y manuales, a los que me remito.

A la norma jurídica se atribuye **como elemento característico esencial** el de la posibilidad de *imponer forzosamente*, de modo inexorable e irresistible, *la ejecución* de la conducta debida o de una conducta sucedánea prevista en la misma norma o de evitar a todo trance un comportamiento prohibido. **El fin de la norma** consiste en lograr que los sujetos cumplan

o realicen la conducta que aparece como ordenada o mandada: consiguientemente, la norma jurídica es el *instrumento* o *medio* elaborado por los hombres para lograr aquel fin, esto es, el fin de que se produzca la conducta deseada (RECASENS).

2. Habíamos dicho anteriormente cómo el DERECHO aparecía ya desde los tiempos pretéritos como un procedimiento de solución de los conflictos de intereses. En este lugar corresponde tratar del DERECHO **como un sistema o un conjunto de normas (reglas)**, normas o reglas que cabe reconducir con Díez-PICAZO a las siguientes *características generales*:

1.º Su implantación y su mantenimiento *procede*, directa o indirectamente, del Estado o de sus órganos, es decir, de personas que ostentan el poder político.

2.º Todas estas reglas se encuentran rigurosamente *textualizadas*, o sea, aparecen reducidas a textos, y *exteriorizadas* mediante la utilización de un lenguaje especializado (y a veces, críptico o hermético, difícilmente comprensible para los legos o los no iniciados).

Al pasar al análisis de **la configuración externa** que revisten las normas jurídicas parece claro que a primera vista admiten construcciones gramaticales de alguna heterogeneidad. Así, entresaca Díez-PICAZO los ejemplos siguientes:

1.º Los textos que expresan una obligación o un deber: «está obligado», «estará obligado», «debe», «deberá»... (vid. arts. 389, 615, 455, 1.910 del Código Civil).

2.º Textos que utilizan la expresión «poder» o «tener derecho» (vid. arts. 412, 461, 761 del Código Civil).

3.º Textos en que las ideas de «deber» o «poder» están enunciadas de modo negativo (vid. arts. 485 y 1.484 del Código Civil).

4.º Textos en los que el sujeto de la oración queda indeterminado (vid. arts. 385 y 387 del Código Civil).

5.º Textos en los cuales lo que se intenta parece que es dejar algo entendido: «se presume», «se entiende» (vid. arts. 108, 571 y 1.407 del Código Civil).

6.º Textos cuyo centro de gravedad pendula en torno a la idea de castigo o de pena (vid. art. 472 del Código Penal).

7.º Textos que enuncian proclamaciones solemnes de valor programático (vid. art. 1.º de la Constitución, art. 2 de la Ley 20/1984, de 19 de julio, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

8.º Textos que pretenden modificar la realidad social y orga-

nizar —dentro de ella— un sistema de relaciones: «se crea», «se establece», «se organiza»... (vid. Reglamentos en materia administrativa...).

De toda esta enumeración concluye Díez-PICAZO diciendo que los textos normativos básicos ligan con una situación dada, una consecuencia que consiste en un deber u obligación, o un poder o derecho.

Mas las normas jurídicas —como recordaba RECASENS— no se corresponden con una «verdad jurídica»: no encierran, ni nunca hacen referencia, a una verdad. En rigor, una regla jurídica no es ni puede ser nunca verdadera o falsa. No pertenece al mundo del *ser*, sino al del *deber ser*: las normas jurídicas son una imposición y constituyen la expresión directa de un poder de mandar en una sociedad determinada (DÍEZ-PICAZO). Al análisis de las tesis voluntarista, normativista, etc., en orden a las proposiciones normativas jurídicas se refieren los tratadistas con solvencia, y a dicho punto me remito.

3. A la hora de tratar de dar respuesta al **problema del carácter jurídico** de esa norma que encierra un «deber ser», hay que proceder al detenido análisis en orden a la estructura y el funcionamiento de las reglas jurídicas. A ello me refiero seguidamente.

#### A) PERFIL ESTÁTICO (ESTRUCTURA DE LA NORMA)

La dimensión estructural de la norma atiende a un doble género de *cuestiones*. la una, referida al *cómo son*; la otra, referida al *cómo se originan o producen*. Solamente determinando claramente la respuesta a la una y a la otra cabe llegar a entender lo que la norma verdaderamente es y lo que la norma significa.

##### a) *COMO ES* (ESTRUCTURA INTERNA o PROPIAMENTE DICHA)

Expone con claridad Díez-PICAZO este punto diciendo:

«El esquema de una norma jurídica presenta, *prima facie*, dos partes claramente distintas. La primera parte puede denominarse supuesto de hecho, traduciendo la expresión alemana “Tatbestand”. La segunda parte recibe normalmente el nombre de consecuencia o efecto jurídico.

*El supuesto de hecho* de la norma jurídica constituye una previsión o anticipación hipotética respecto de una posible o incluso probable realidad futura. Gráficamente se expresa con la porción: “si es A”. El supuesto

de hecho es esta misma realidad futura en cuanto mentalmente imaginada o idealmente configurada (vid. arts. 120, 251, 351, 370 del Código Civil)...

*El segundo elemento de la norma es la consecuencia jurídica.* La norma trata, se dice, de ligar a un supuesto de hecho (*si es A*) una determinada consecuencia jurídica (*debe ser B*). La consecuencia jurídica, se ha dicho también, no pertenece al mundo de la “facticidad” o de la “realidad”, sino al mundo de la “**normatividad**”. Producido el supuesto de hecho, la consecuencia jurídica no adviene sin más en el mundo de la realidad. ... La coordinación de la consecuencia jurídica con el supuesto de hecho no tiene la significación de una declaración sobre una conexión real existente entre ambos. Es la norma jurídica la que guía o establece dicha conexión. ... Cuando se habla de un “efecto jurídico” o de una “consecuencia jurídica” se utiliza una expresión *metafórica*, acuñada en virtud de una actitud de mimetismo respecto de lo que acontece con los fenómenos de la naturaleza. ... acaso sea más exacto hablar de una “**respuesta jurídica**” al estímulo de unos actos o de unos hechos o de un “**tratamiento jurídico**” del caso. ... Para describir el fenómeno puede utilizarse *el término de “sanción”*... (la empleamos) dotándola de una mayor amplitud y *englobando en ella* todo tipo de respuesta, de tratamiento o, si se quiere, de efecto jurídico. *El efecto jurídico o sanción* es una situación nueva que aparece tras la comprobación y la valoración de la situación anterior. ... De algún modo... puede decirse que la consecuencia jurídica o el efecto jurídico es una sentencia en la cual se contiene la afirmación de que una condena o una absolución debe ser pronunciada. *El efectum iuris, la respuesta del orden jurídico o el tratamiento jurídico del caso* es siempre una condena o una absolución...»

Finaliza Díez-PICAZO el análisis de *la estructura* de la norma jurídica diciendo:

«El concepto primario en el terreno jurídico no es el concepto de **deber**, sino el concepto de **poder** o de tener derecho. Lo cual viene, además, probado por el hecho de que nuestra disciplina se llama precisamente DERECHO. La puesta en marcha de un derecho, poder o facultad es una reclamación o, en general, una “pretensión”. Un deber jurídico es la sujeción de una persona a la formulación de una pretensión y a las consecuencias que para ella pueda tener el hecho de que tal pretensión prospere o sea acogida. Esta concepción del sistema jurídico como un sistema de calificación de pretensiones constituye una vuelta a nuestro punto de partida: **el conflicto de intereses como fenómeno jurídico primario...**»

b) *COMO SE ORIGINA (ESTRUCTURA EXTERNA, ORIGEN O PRODUCCION DE LAS NORMAS)*

*La doctrina tradicional* refiere esta pregunta a la rúbrica relativa a las llamadas «fuentes del Derecho», que es de suyo equívoca e insuficiente, como tal metáfora acuática o hidrológica emparentada con mitos animistas y religiosos ancestrales.

Para DÍEZ-PICAZO la moderna teoría de las «fuentes» sólo se comprende a partir de la consagración del *dogma* (siglos XVIII-XI) *del imperio de la ley* como expresión de la voluntad general. *Lo que conlleva* necesariamente la limitación de los poderes judiciales y la certidumbre y seguridad del Derecho: esto último se consigue a través de la técnica de la codificación e integración de los sistemas codificados.

Considera DÍEZ-PICAZO que el problema del *origen* de las normas o de las «fuentes del Derecho» es, ante todo, un problema eminentemente *político* y una cuestión de índole *sociológica*, por otra parte. En cuanto a *los poderes en que reside la potestad de creación* de normas jurídicas, cita los siguientes:

— *La solución negociada* (la autocomposición): *los pactos o acuerdos* entre los interesados (individuales-colectivos).

— *Los «precedentes»*: la heterocomposición o decisión del conflicto por un tercero erigido en árbitro o en juez (en comunidades avanzadas, es de rango primordial). El tercero trata de encontrar una *ratio decidendi* o un criterio de decisión, frecuentemente hallado en una decisión anterior («precedente»). El precedente, en rigor, es un caso ya decidido, que actúa como directriz de la decisión del nuevo caso planteado.

— *La costumbre*. Tema este enormemente debatido y vigorosamente discutido: ¿qué es la costumbre? ¿Cómo puede caracterizarse? Para DÍEZ-PICAZO la costumbre *se forma* por la reiteración de un pacto, de una sentencia o, excepcionalmente, de una orden particular concreta. No cabe detectar con certidumbre su origen y lo que le confiere vigor es su utilización. El «uso», más que vía de creación, es vía de expresión y de justificación.

— *La Ley*. En *sentido general*, entendida como todas las normas emanadas de los órganos del Estado, dentro de los límites que les permite la Constitución, **que debe ser considerada hoy, también ella misma, fuente del Derecho**, en la medida en que recoge un conjunto de reglas de eficacia inmediata. Un examen completo de las leyes —dice LATORRE— no puede contentarse con conocer su superficie, sino que ha de calar más hondo e indagar *las causas*

*y factores reales* que han concurrido en su formación, *las fuerzas sociales* que las han promovido y *los móviles y fines* que en ellas alienten.

Como conclusión del análisis de **la estructura externa (producción) de las normas**, entiende Díez-PICAZO que **en el origen** de todas las normas jurídicas existe siempre una fuerza social o un grupo social activo y penetrante que presiona sobre el aparato estatal o sobre la sociedad entorno. *Otra cuestión distinta* es la que consiste en *determinar en qué medida* esa norma —así originada— responde a la conciencia social general y va a quedar efectivamente implantada: pero ello nos lleva al *gran problema de la validez, legitimidad y efectividad de las normas*, a que luego me refiero.

## B) PERFIL DINAMICO (FUNCIONAMIENTO DE LA NORMA) (QUID EFECTUS)

La dimensión dinámica de la norma apunta a una serie de cuestiones de enorme variedad y complejidad, que tan sólo cabe aquí enumerar muy sucintamente con la consabida remisión a los tratadistas.

La norma jurídica, ya se considere como un mandato, como un imperativo, como una regla de conducta o como un criterio de decisión de conflictos, existe siempre con la pretensión de que la vida social y la realidad social se ajusten a ella: que el mandato o el imperativo sean obedecidos; que el deber-ser contenido en la regla sea cumplido; que los litigios que se susciten sean resueltos o decididos de acuerdo con ella (DÍEZ-PICAZO).

Para cumplir su razón de ser —suele decirse— *el Derecho debe realizarse*, esto es, hacerse real, incorporándose a la vida social. Al conjunto de operaciones o actividades llevadas a cabo para *ajustar* la realidad y la vida social a los dictados de las normas jurídicas suele definírsele como «**aplicación del Derecho**». A su vez, esta tarea muy compleja de encuadrar el caso concreto en el supuesto de hecho de una norma jurídica conlleva la delicada selección de los criterios para hallar la norma aplicable al caso: es lo que se denomina «**interpretación**» del Derecho. Finalmente, es palpable en el ambiente el fenómeno novísimo del *cambio vital* de nuestro tiempo, cambio radical en el repertorio de comportamientos del hombre, que introduce **la gran aporía de los «cambios sociales»** y su interrelación con las normas jurídicas. A todos dichos problemas me refiero —muy esquemáticamente también—, con la consiguiente remisión a los tratadistas (en especial, a Díez-PICAZO).

a) *Aplicación del Derecho*

Para la doctrina tradicional la aplicación del Derecho viene a ser una «subsunción»: se subsume el caso concreto planteado en el supuesto de hecho de una norma jurídica. Rigurosamente, la función sería *una función de constatación o de homologación*: se trata de determinar si la hipótesis de la ley se realiza en el supuesto de hecho, v. gr.: si la norma se reduce a la fórmula «si es A, debe ser B», bastará constatar que el caso sobre el que se opera es A, para que dimane lógica la conclusión de que en este caso debe ser B (vid. art. 407 del Código Penal).

Para Díez-PICAZO, en la operación mental que lleva a la decisión o a la solución del concreto conflicto de intereses planteado cabe diferenciar *cuatro fases o etapas* diferentes:

1.º *Seleccionar la norma* sobre la cual la operación judicial se va a producir (*previas* la búsqueda y captación de la norma, y la atribución de una carga de sentido a la misma y a la exclusión de otras normas).

2.º *Fijar los hechos concretos* sobre los cuales está operando, esto es, debe constatarlos y describirlos (es la «re-historificación» del caso).

3.º *Llevar a cabo un contraste* entre el caso —tal y como ha quedado descrito— y el supuesto general de la norma jurídica cuya aplicación se pretende.

4.º *Fijar el sentido y el alcance de la consecuencia* establecida por la norma.

Observa, no obstante, Díez-PICAZO que en numerosas ocasiones *no basta* con todas estas tareas (etapas) de búsqueda y de selección de la norma aplicable a los hechos y *no se obtiene* la sencilla premisa mayor del silogismo judicial (o porque puede haber no una, sino varias normas —arts. 351 y 615 del Código Civil—, o porque lo hallado no son todavía normas sino textos normativos a través de los cuales es preciso una labor de reconstrucción de la norma a aplicar). *La labor judicial o jurídica es entonces una labor de reconstrucción*: se trata de una *reducción* de los textos a normas. Y esta actividad —médula del quehacer jurídico— es lo que suele llamarse «**interpretación**». A ella me refiero a continuación.

b) *Interpretación del Derecho*

Hemos visto que, dentro del conjunto de actividades de la llamada «aplicación del Derecho», la *interpretación* constituye la operación jurídica

básica. Dejando a un lado lo equívoco y genérico del término, cabe decir que en Derecho la interpretación es sobre todo una «atribución de sentido» o «de significado», y que opera sobre la realidad, sobre los fenómenos, sobre los sucesos, sobre las sensaciones y sobre una comunicación significativa ya producida.

La incidencia de la interpretación dentro del campo jurídico va a depender de las diversas concepciones acerca del DERECHO. Para una *teoría imperativista*, la interpretación es la determinación, por medio de signos externos, del mandato contenido en la norma: en rigor, es una «hermenéutica»; en esta tesis sería *la última fase* del proceso de aplicación del Derecho, en el sentido de que vendría a ser la atribución del significado a la norma ya seleccionada y reconstruida. Para quienes —como Díez-Picazo— consideran al DERECHO como un sistema de justa solución de los conflictos o como la determinación de un *iustum* concreto, sería «interpretación» el conjunto de actividades puestas en práctica para llevar a cabo la investigación o la búsqueda auténtica del Derecho o de lo que «es derecho», es decir, del *iustum* concreto: es una difícil tarea de adaptación y readaptación continua de una obra terminada, *de reconstrucción continua*, es una operación *total* no situable sólo en el campo de lo normativo y de la pura atribución de sentido de una norma de aplicación ya decidida. Para Díez-Picazo la labor del intérprete es una labor de *décodage* que puede dar lugar a una cadena enormemente larga: *una cosa es* la interpretación de las normas y la interpretación del Derecho, y *otra cosa es* la pura interpretación de textos.

La interpretación —concebida como **operación total de búsqueda del Derecho**— es una operación que no se produce sólo en el terreno de la decisión de los casos concretos, sino que es una actividad de perfiles mucho más *amplios*: hay interpretación legislativa, auténtica, doctrinal, cautelar... Pero lo cierto es que toda interpretación **jurídica** conduce al intérprete a una serie de variantes o de opciones: la distinción de estas variantes o de estas opciones es siempre una *decisión*. Cuando existen puntos de vista unánimes o mayoritariamente aceptados, es esa unanimidad o esa mayoría lo que da la pauta. En los demás casos, hay que moverse, siempre, en torno de puras probabilidades.

El mejor camino para comprender *la labor interpretativa* y detectar la enorme dificultad de **la tarea de elegir las posibles opciones del intérprete** viene a ser el de *los ejemplos*. Recoge Díez-Picazo algunos de ellos, muy expresivos.

*Al final de toda interpretación hay, por lo menos, una serie de variantes o de opciones entre las cuales el intérprete debe decidir. Los problemas centrales de la interpretación jurídica se plantean, precisamente, en torno a estas opciones y, estrictamente, son éstos: ¿debe el intérprete realizar esas*

opciones libre y espontáneamente, o bien debe ajustarse a unas reglas, cánones o criterios establecidos? Si la respuesta fuera esta última, ¿cuáles son estos cánones o criterios?

De los varios **modos de razonamiento jurídico** se han ocupado con intensidad y profusión todos los autores que han tratado del tema, en especial quienes han estudiado *el tema específico de la «Lógica jurídica»*. Destacan las notables y numerosas aportaciones de RECASENS SICHES, quien en uno de sus últimos trabajos reitera la idea de *rechazar* el empleo de *la lógica tradicional* de la deducción silogística en el campo del Derecho, dado que en éste impera **otra lógica diferente**: la lógica material de los asuntos humanos, la lógica no de lo racional matemático sino *de lo razonable* en materia de problemas humanos.

Coincidentes con las argumentaciones de RECASENS, los autores modernos —VIEHWEG, PERELMANN, Díez-PICAZO— oponen a la *lógica formal* (lógica simbólica o deóntica) la denominada «*bueva retórica*» o *pensamiento tópico (problemático)*, en que parte de que el razonamiento jurídico no busca una demostración, sino una argumentación. Así, en tanto que el razonamiento *demostrativo* conduce siempre a una conclusión, el razonamiento *argumentativo* se propone justificar una decisión. Para RECASENS se trata de **la vieja técnica medieval** del pensar sobre problemas, desenvuelta en el seno de *la retórica o arte de la persuasión*: toma como punto de partida el sentido común, el cual va tanteando el camino en el campo de las verosimilitudes y se guía por la prudencia humana.

Finalmente, presenta Díez-PICAZO una aproximación al tema del razonamiento jurídico al distinguir *tres tipos distintos dentro del mundo de los razonamientos jurídicos*: los razonamientos lógicos en sentido estricto, los razonamientos dialécticos, los razonamientos retóricos o persuasivos.

### c) *Cambios sociales-cambios jurídicos*

A este tercer grupo de cuestiones —dentro de la dimensión **dinámica** de las normas— dedicaba su atención hace algún tiempo el profesor Díez-PICAZO.

Examinaba, y examina hoy también dicho autor, **la interrelación** «cambio social-cambio jurídico» desde cada uno de los ángulos determinados por los miembros del conflicto y plantea *una doble pregunta*:

1.º ¿Cómo repercute un CAMBIO SOCIAL en el ordenamiento jurídico? O, de otro modo, ¿cambia o no cambia —y cómo cambia— el orden jurídico como consecuencia de un cambio social?

2.º ¿En qué medida un CAMBIO JURIDICO es un vehículo o un instrumento idóneo para operar un cambio social?

Para analizar la **primera cuestión** parte dicho autor de las distintas posiciones en orden a la incidencia en el orden jurídico de los cambios sociales, y considera que *el problema no es* si el ordenamiento jurídico cambia o no cambia, *sino cómo cambia y qué es preciso que ocurra para que cambie*. La respuesta a este nuevo interrogante *es el punto central* de la cuestión: preconiza lo que cabe llamar una aplicación del derecho o una **interpretación evolutiva o adaptadora**, como operación de reajuste del texto jurídico, lo cual no es sino el viaje de regreso a la interpretación **histórica**. A su vez, esa postulada *interpretación evolutiva o adaptadora* va a depender en una gran medida de la tipología del cambio social: cada tipo de cambio requiere una peculiar forma de tratamiento. Cita como **tipos** más relevantes *de cambios sociales*, entre otros: los cambios políticos (constitucionales), los cambios legislativos, los cambios tecnológicos, *los cambios en la dinámica económica*, los cambios ideológicos.

A la *segunda cuestión* (¿Son las normas jurídicas vehículos idóneos para promover o acelerar el cambio social?) refiere el autor citado las concretas experiencias históricas, que motivaron en su día sendas tesis contrapuestas. Considera DÍEZ-PICAZO que no cabe decir que la respuesta deba ser absolutamente pesimista y negativa, y argumenta en torno al papel del legislador y de la ley **en función de la transformación** a modo de *instrumento de dinamización del cambio*.

## VII. EL VALOR (QUID VALORIS)

### 1. *Legitimidad de las normas*

Importante en este lugar es la **cuestión básica** formulada con claridad por R. DE ANGEL:

«¿Cuál es el fundamento, la razón de ser de la obligatoriedad de las leyes? ... ¿De dónde procede la fuerza obligatoria de tales mandatos?»

Desde antiguo se ha planteado el hombre *esta pregunta* acerca del *fundamento del Derecho*. La clave de la cuestión —sigue R. DE ANGEL— ha sido siempre la de decidir *si es preciso acatar las leyes humanas*, tal y como de hecho son, por no existir otras por encima de ellas, *o si, por el contrario, existen leyes superiores* a las procedentes de la autoridad huma-

na. Muchas han sido, y muy variadas, *las contestaciones* que ha merecido tan trascendental pregunta, que podrían reducirse a dos grandes corrientes: la *idealista* y la *positivista*.

Muy gráficamente se manifestaba ya en los textos clásicos esta cuestión, y así cita R. DE ANGEL el pasaje de la «*Antígona*», de SOFOCLES, en el que la protagonista —a la que se le ha prohibido enterrar el cadáver de su hermano— increpa al tirano Creonte:

«No, yo no he debido creer que tus órdenes tengan fuerza suficiente contra las leyes no escritas de los dioses... Esas leyes no son de hoy ni de ayer. Ellas han existido siempre y siempre existirán y nadie sabe cuándo surgieron...»

Una pregunta esta *la de determinar si una norma jurídica está o no intrínsecamente justificada* que suele ser conocida con las denominaciones de «axiología jurídica», «estimativa jurídica», «Derecho natural», «idea de justicia», «fin supremo del Derecho», etc. Para RECASENS la justificación de esta tarea radica precisamente en que una norma jurídica significa que, de entre las diversas posibilidades de conducta elegidas, éstas lo son por resultar *preferidas* a otras, y esta preferencia se funda en una *valoración*. Este fundamento —prosigue dicho autor— tiene la enorme ventaja de ser natural respecto de la posible admisión o no de los varios supuestos filosóficos sobre el particular.

Esta tarea aludida por RECASENS es descrita por DÍEZ-PICAZO diciendo:

«... para que exista una genuina norma jurídica y para que la norma quede efectivamente implantada como tal, es menester algo más que el deseo, la voluntad o el interés de un grupo social. Es menester algo más que una prescripción o, si se quiere, que un mandato. ... es preciso que tras ella o bajo ella exista algo más. Y es este algo más lo que la legitima y lo que le da valor. El valor normativo de los textos legales, de las costumbres, de los edictos o de los precedentes, *no se encuentra* en ellos mismos, *sino* que es menester que exista **una instancia superior, que, en definitiva, los legitima: es una “instancia de legitimación”**».

Responder a *la pregunta* de «¿qué es lo que legitima y da validez a las normas?» es equivalente a hacer un repaso de las respuestas dadas por las teorías del *positivismo*, de un lado, y del *iusnaturalismo*, de otro lado. Ambas soluciones han sido suficiente y exhaustivamente desenvueltas por manuales y tratados, a los que en este lugar remito.

*El dilema* es planteado modernamente por RECASENS: «o bien *hay algo intrínsecamente válido, una justicia por encima* de todos nosotros, o bien

*la justicia es una palabra vana* y lo único que hay es *el hecho* del poder organizado de tal o cual manera, que hipócrita y cínicamente se llama a sí propio Derecho».

Seguramente ha sido la conciencia de las atrocidades de los sistemas totalitarios la que ha determinado *un renacimiento* de múltiples y renovadas *posiciones iusnaturalistas*. Así, v. gr., GARCÍA SAN MIGUEL recoge, *entre otras*, las siguientes: el iusnaturalismo escolástico católico de reelaboración neotomista (VERDROSS, LECLERQ, TRUYOL, RUIZ GIMÉNEZ), el de los teólogos protestantes (BRUNNER, HERMANN WEINKAUF), el de la filosofía de los valores (MARX SCHELER, H. COING, H. REINER, WELZEL), el de orientación marxista (ERNST BLOCH), etc. Sin embargo, entienden los autores *que la línea divisoria* entre el iusnaturalismo y el positivismo es actualmente mucho más imprecisa de lo que muchos creen.

Inagotable este tema del «DERECHO NATURAL» o ESTIMATIVA JURIDICA a causa de *las repercusiones sociopolíticas* derivadas de la contraposición positivismo-iusnaturalismo (la gráficamente llamada «reductio ad Hitlerum» del problema), hay que retener que los mismos neopositivistas moderados actuales admiten una **función crítica** a la hora de *valorar* un concreto y determinado Derecho positivo y postulan la distinción en todo DERECHO de **tres niveles**: un Derecho válido (Ciencia jurídica), un Derecho eficaz (Sociología Jurídica) y un Derecho Justo (Filosofía Jurídica) (ELÍAS DÍAZ).

Tema el del «Derecho Natural» que suele ser obviado por autores excesivamente radicalizados al pretender un «Derecho revolucionario» con base en «consideraciones oblicuas», a través de las cuales dicen se obtiene una más justa decisión judicial (CAPELLA). La referencia al dramaturgo BERTOLD BRECHT («El Círculo de Tiza del Cáucaso» —juez AZDAK—, «El Círculo de Tiza de Augsburgo» —juez DOLLINGER—) y a su replanteamiento teatral del famosísimo juicio salomónico del litigio entre dos madres en pugna de un hijo (atención: *en el supuesto teatral* poseedor de bienes y heredero de una casa noble y de gran fortuna) es entendida por alguno como una solución al conflicto en base a *una moral revolucionaria*, esto es, con auténtica sabiduría humana del juez. Parece más bien, a mi juicio, que esa decisión emanada de la obra brechtiana se fundamenta en una valoración, en una *preferencia* de otro modo, lo que el juez brechtiano aprecia es que la relación *afectiva* (juez AZDAK) —o la relación *de fuerza física* (juez DOLLINGER), en el otro caso— *es un valor preferente* al derivado de la relación «biológica» madre-hijo. En consecuencia, no parece que la solución «brechtiana» al conflicto planteado sea en nada diferente en el fondo de la solución salomónica bíblica (basada en otro *valor preferente*, la instintiva del cariño de madre).

Una postura moderna muy moderada y razonable es la que entiende que

**el problema** en este epígrafe planteado es una auténtica aporía, esto es, un problema que se perpetúa como problema (DÍEZ-PICAZO). Como pautas de orientación señala estas ideas:

1.º La idea de un Derecho natural permanente e inalterable debe ser rechazada: la experiencia histórica es una evidente experiencia de cambio y de progreso jurídico.

2.º En el orden jurídico hay siempre un factor móvil de evolución.

3.º Históricamente, la apelación a *un conjunto de reglas superiores a las escritas y vigentes y más perfectas que ellas*, lejos de ser un factor de estabilidad y de intangibilidad, ha sido un factor de reforma o incluso un instrumento de la evolución, que justifica la desobediencia a un orden dado en aras de otro orden que se estima más justo o superior.

Al tratar de encontrar un **fundamento** al llamado «Derecho Natural» entendiéndolo DÍEZ-PICAZO que sólo puede encontrarse en la conciencia colectiva o —de otro modo dicho— en las convicciones generales o generalizadas de un grupo social. Para DÍEZ-PICAZO **la decisión de un problema jurídico** se ha realizado probablemente, siempre —y todavía hoy se realiza— **dentro de y con arreglo a** un conjunto de creencias, convicciones, sentimientos y prejuicios, en los que el material normativo se inscribe. *Compete, por tanto, a la Ciencia del Derecho la tarea, eminentemente sociológica, de constatar cuáles son estas coordenadas*, válidas para el conjunto social, que sirven de soporte y, en definitiva, dotan de validez a las normas, así como averiguar en qué medida cambian o han cambiado. **La razón de validez del orden jurídico** se encuentra, por consiguiente —a juicio de DÍEZ-PICAZO— en el conjunto de las creencias, de las estimativas y de las convicciones del grupo social: las normas que responden a ellas son **legítimas**, pues su legitimidad deriva, en definitiva, del *consensus* de la base social (entendido como adhesión, como aceptación y como aquiescencia).

## 2. *Efectividad de las normas*

Resulta conveniente poner en conexión *el tema* de la validez o legitimidad de las normas con *el problema de su efectividad* (o de su *eficacia*, según otros): *entendida ésta* como la real consideración de la norma como tal norma por parte de sus destinatarios y su real aplicación.

A la hora de poner en relación validez o legitimidad con la efectividad de las normas (en el sentido dicho), *la cuestión clave* consiste en dilucidar

si la *inefectividad* es un síntoma o un efecto de la falta de legitimidad, o bien si uno y otro son fenómenos pertenecientes a planos diversos. Este problema —planteado por Díez-PICAZO— encierra en sí una serie de hipótesis de signo bien diverso: *en unos casos* la ineffectividad real sí puede ser un síntoma de la falta de validez y puede ser demostrativa de un cambio social (vid. lo antes dicho al respecto) que exija un nuevo ajuste de la norma a la realidad socialmente vivida; *en otros casos*, en cambio, la ineffectividad real lo único que denota es la extensión de las transgresiones de la norma y el carácter colectivo de la culpabilidad.

**Efectividad** de la norma, por consiguiente, equivale a **Derecho vigente**, esto es, Derecho vivo, Derecho realizado, Derecho que obtiene **eficacia** y, por lo tanto, que constituye una parte de la cultura viva o actual de un pueblo.

## RECAPITULACION SEGUNDA

Las consideraciones efectuadas en los epígrafes precedentes nos han permitido avanzar un poco en la búsqueda de un concepto del DERECHO a través del procedimiento de un análisis algo detenido de las *dimensiones* fáctica, normativa y valorativa del fenómeno jurídico. Parece, por tanto, conveniente en este momento el proceder a una **recapitulación** de algunas de las ideas obtenidas en la precedente exposición, en la forma que sigue:

1.º La dimensión del Derecho **como HECHO** viene incapsulada en el complejo de datos denominado «experiencia jurídica», cuyos *componentes* abarcan desde la conciencia del hombre como un ser «in fieri» libre de adoptar decisiones, pasando por el sentimiento de injusticia, los datos biológicos, los sentimientos de mérito o de demérito, los deseos sociales básicos, el factor de «poder político», los factores económicos, las estructuras sociales, las estructuras de razón, la experiencia histórica, las intuiciones de valores y los factores religiosos.

2.º Los datos fácticos precedentes evidencian relaciones interhumanas que vienen a traducir un problema práctico, un conflicto de intereses, que demanda una adecuada solución de manera firme y ejecutiva. Es en esa cuenca de la experiencia donde se engendra *la producción* de todo Derecho.

3.º La dimensión del Derecho **como NORMA** implica la previa diferenciación entre las normas jurídicas y las restantes normas sociales y conlleva los elementos característicos de la coactividad y de la exteriorización.

4.º A pesar de la aparente heterogeneidad de la formulación de las normas jurídicas, cabe deducir que los textos españoles ligan con una situa-

ción dada X una consecuencia Y consistente en un deber (obligación) o un poder (derecho).

5.º El **perfil estático** de toda norma agrupa los problemas del **cómo son** (estructura interna) y del **cómo se producen** (estructura externa u origen).

La **estructura interna** apunta a dos componentes básicos: el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. De ellos el trascendente *es el segundo*, entendido como *un efectum iuris*, o respuesta que el ordenamiento jurídico da al caso planteado y que se traduce o en una condena o en una absolución.

La **estructura externa** lleva al gran tema clásico de las llamadas «**fuentes del Derecho**», que —por su parte— engloba toda una serie de problemas muy diferentes. La *potestad de creación* de normas jurídicas parece derivar: o de los pactos, o de los «precedentes», o de la costumbre, o de la Ley. En su **origen último** aparece siempre un grupo social activo presionando sobre el aparato estatal o la sociedad.

6.º El **perfil dinámico** de toda norma comprende una serie de cuestiones de gran complejidad y variedad, que cabe reducir a los *efectos* de la realización práctica del Derecho en su inserción en la vida social y que puede reconducirse a estos temas: la aplicación del Derecho, la interpretación del Derecho, y la interrelación cambio social-cambio jurídico.

7.º En la **aplicación del Derecho**, superada la posición tradicional de la subsunción silogística, se entiende hoy que hay cuatro etapas o fases que llevan a la decisión del caso planteado. Y de esas etapas es muy importante la tarea de *rehistorificación* de los hechos del caso a decidir, y es asimismo trascendental la labor de reconstrucción de la norma a aplicar a través de la reducción del texto o textos a normas.

8.º La **interpretación del Derecho** constituye la operación jurídica básica conducente a obtener la solución o la decisión del caso planteado. Distinta de la pura interpretación *de textos*, la tarea del intérprete le conduce a una serie de variantes o de opciones y ante ellas la elección por el intérprete *de una* conlleva una *decisión*

9.º En orden a la *interpretación* operan variadas **formas de razonamiento jurídico**, que van desde los postulados y proposiciones de la LOGICA tradicional (formal, simbólica, deóntica) a las argumentaciones de la llamada NUEVA RETORICA o pensamiento tópico o problemático. En esta manera de argumentar prima la LOGICA DE LO RAZONABLE y el pensamiento sobre problemas.

10.º La **doble interrelación cambio social-cambio jurídico** lleva a la *doble pregunta*: de si un cambio social repercute en el ordenamiento jurídico, y de si un cambio jurídico es un instrumento idóneo para operar un cambio social. La *primera pregunta* lleva a la respuesta de que debe postularse una interpretación evolutiva o adaptadora, de reajuste del texto

jurídico. *La segunda pregunta* lleva a una respuesta no unívoca, sino *variable* en función de la experiencia histórica concreta.

11.º La dimensión del Derecho como VALOR conlleva la cuestión básica de cuál sea *la legitimidad (validez)* de las normas, y de si debe preferirse una respuesta positivista o bien una idealista.

12.º La pregunta antecedente —incapsulada bajo la terminología clásica de «DERECHO NATURAL» (ESTIMATIVA JURIDICA, AXIOLOGIA)— implica debe procederse a una selección, a una preferencia, de unas conductas a otras, preferencia que consiste básicamente a una **valoración**: es la llamada «instancia de legitimación» (DÍEZ-PICAZO).

Esta preferencia, esta valoración última, va de sí contenida también hoy en día en *las modernas posiciones doctrinales* de cualquier tipo, ya sean iusnaturalistas renovadas, ya neopositivistas moderadas, ya pseudo-revolucionarias.

13.º La cuestión de la ESTIMATIVA JURIDICA parece ser una auténtica aporía, o sea, un problema que se perpetúa como problema.

*Históricamente*, la apelación a una LEY SUPERIOR a las leyes humanas ha sido un factor de reforma o evolución.

*Sociológica y vitalmente*, la VALIDEZ (LEGITIMIDAD) del orden jurídico reside en el conjunto de creencias, estimativas y convicciones del grupo social, derivando en definitiva del *consensus* de la base social.

14.º Conectado con el problema de la LEGITIMIDAD de las normas va el tema de la EFECTIVIDAD de la norma jurídica. La cuestión clave es la de determinar si una y otra actúan en planos muy distintos, o si *la ineffectividad real* es un síntoma o un efecto de la falta de legitimidad. Parece que la **efectividad** equivale siempre a Derecho socialmente vigente.

## VIII. LOS FINES (QUID FINES)

Observada con atención toda mi exposición precedente puede detectarse que se ha tratado de ir dando cumplidas respuestas a otras tantas de las *preguntas* inicialmente planteadas en torno al fenómeno DERECHO (quid nominis, quando, ubi...) y que, sin embargo, falta la referencia al **para qué sirve** (el *quid fines*) el Derecho. De esa temática paso a ocuparme a continuación.

1. Hechas las consideraciones de los epígrafes precedentes —y dejando a un lado la mención de que **el fin último del Derecho** consiste en satisfacer unas necesidades sociales de acuerdo con las exigencias de la justicia y de los demás valores jurídicos implicados por ésta (RECANSENS)—, se trata en este lugar de inquirir cuáles son *los tipos generales de necesidades humanas sociales* que todo Derecho intenta satisfacer, por el

mero hecho de su existencia real, e independientemente de su mayor o menor justicia. A esta averiguación es a lo que suele llamarse **finés funcionales (o funciones) del Derecho**: esas *funciones* conciernen a la satisfacción de unos tipos constantes de necesidades humanas sociales.

Interesa señalar, con todo, que *cada jurista tiene su propio baremo o escala de fines* a perseguir por el Derecho, de tal manera que se hace difícil establecer un conjunto de criterios claros y asimilables en un estadio —como el presente— de «**introducción**» al estudio del Derecho.

Me parece conveniente en este momento y lugar proceder a la reseña en forma muy sucinta de cuál es esta *escala de los fines pretendidos por el Derecho*, que nos presentan algunos de los tratadistas y maestros consagrados entre nosotros. Así, por ejemplo:

— Para A. LATORRE:

- La tendencia a la paz y a la seguridad en las relaciones jurídicas.
- La certeza del Derecho.
- La protección de los Derechos fundamentales (el Estado de Derecho).
- La consecución de la justicia, en sus distintas vertientes.

— Para L. RECASENS:

- La función de certeza y de seguridad, al mismo tiempo que la función de cambio progresivo.
- La función de resolución de los conflictos de intereses.
- La satisfacción de la necesidad de organización del poder político, con su correspondiente legitimación y su limitación.
- El aseguramiento de una dosis razonable de orden en la vida de la comunidad.
- El supremo fin del Derecho (y el Estado) es el reconocimiento de la idea de la dignidad de la persona individual humana.

— Para L. DÍEZ-PICAZO:

- La función de resolución de los conflictos de intereses por las vías de autocomposición (satisfacción, pacificación) y de heterocomposición (mediación, arbitraje, proceso).
- El establecimiento de los *criterios de decisión* de los conflictos (convicciones y creencias, **reglas fijas**).

— Para R. DE ANGEL:

- La función de instrumento de organización social (Derecho = **mandato**).

- La función *primaria* de ordenar o regular el comportamiento o actuación del individuo en sociedad (**Derecho = regla de conducta**).

- La función de medio de resolución de los conflictos sociales.

- La función de ser el instrumento humano de aplicación de la justicia (**Derecho = mandato o regla justos**).

2. Expuestas las variadas posiciones de nuestros autores más representativos parece que podría aventurarse **una posición muy personal** en el sentido siguiente:

1.º *Históricamente* aparece el conflicto de interés como consustancial a la vida humana en colectividad. Así lo hemos visto en los epígrafes iniciales de esta exposición: **en especial, v. epígrafe II**. La exigencia social de solución de tales conflictos lleva a fórmulas jurídicas de carácter mágico-religioso y, en definitiva, al DERECHO, como medio de resolver los conflictos mediante *sus reglas o normas* (o bien, alternativamente, como propone DE ANGEL, a través de la *función cautelar o preventiva* del jurista o asesor jurídico que anticipa, predice o sugiere una solución).

2.º A medida que las sociedades humanas van adquiriendo un cierto desenvolvimiento cultural, el grupo social dirigente siente la necesidad **de que se fijen con carácter estable los criterios de decisión de los conflictos** a fin de que cada cual sepa a qué atenerse (DÍEZ-PICAZO) y, en especial, la conveniencia de obtener la mejor seguridad en las relaciones jurídicas tanto interindividuales como frente al poder político (LATORRE).

3.º Los criterios de decisión cristalizan en **reglas de conducta** en las que se toma en cuenta el comportamiento humano y en las que cabe que el Derecho (norma) adopte alguna de estas *posturas*:

- o la *prohibición* de un determinado comportamiento por ser contradictorio con los principios de organización social que caracterizan a cada comunidad;

- o *imposición* de una conducta determinada, por así convenir al interés de la comunidad;

- o la *tolerancia* de ciertos comportamientos y su protección, caso de verse obstaculizados;

- o la *inhibición* por tratarse de conductas irrelevantes para el Derecho.

4.º En un estadio ya avanzado de la civilización, de la propia «experiencia jurídica» (v. ep. V) se deduce el papel decisivo del **DERECHO como instrumento técnico de organización social**: cabe observar cómo casi todas las relaciones, situaciones y acontecimientos humanos pueden ser objeto de regulación por el Derecho y que hoy en día son poquísimos los fenómenos sociales que quedan fuera del imperio del Derecho. *Así, v. gr., el DERECHO aparece hoy regulando*: la persona humana (desde su nacimiento hasta su muerte), las relaciones interindividuales a través de los contactos sociales (en lo personal y en lo patrimonial), el destino de los bienes y derechos del individuo después de su muerte (sucesión hereditaria), la organización del poder político (Estado y sus poderes legislativo, ejecutivo y judicial), las actividades administrativas de fomento y de policía, la recaudación de tributos, la calificación de determinadas conductas como delictivas y la imposición de las penas correspondientes, las relaciones internacionales, y, *en general*, todos los aspectos derivados de los contactos sociales (v. gr., tráfico urbano, espectáculos públicos, deportes, asociaciones, consumo, etc.).

5.º Una exigencia arraigada en la propia naturaleza de la persona y en el mismo sentir popular lleva —desde hace algunos milenios ya— a **la idea básica** de que el **DERECHO es el instrumento humano de aplicación de la justicia**. Plantea R. DE ANGEL *la pregunta clave*: ¿Es «Derecho» cualquier tipo de mandato con eficacia organizadora, o, por el contrario, ha de ser dicho mandato **justo**? Recuerda DE ANGEL que:

«la historia del Derecho humano es una constante búsqueda de la justicia y que esta búsqueda se hace tanto más necesaria cuanto mayores son las atribuciones y el radio de acción de las estructuras de poder dentro de la sociedad».

Tema éste el de **la Justicia** con significados políticos y de larga tradición en el pensamiento filosófico occidental, con múltiples **sentidos** y aplicaciones y con una conflictiva y clásica interrelación con el Derecho (LATORRE).

3. Tema el de la **JUSTICIA** que aparece desarrollado con rigor y suficiencia por todos los iusfilósofos (v., por todos, RECASENS) y por los civilistas y maestros consagrados, y a ellos remito aquí. En mi opinión, parece conveniente apuntar unas reflexiones finales en torno a esta gran aporía, introduciendo una distinción que atienda a *los perfiles estático y dinámico* de la misma:

— **Estáticamente considerada:**

La Justicia, así entendida, implica llevar a las sutiles *diferenciaciones* entre justicia «conmutativa» y «distribuida» (RECASENS), o bien a las *reflexiones* de LATORRE en torno a las contraposiciones justicia-legalidad, justicia-igualdad, justicia-proporción, justicia-principios básicos de orden social.

En sentido muy similar, la situación de la Justicia **dentro del Derecho** lleva a R. DE ANGEL a efectuar las *precisiones diferencia-doras* siguientes:

1.º El concepto de Justicia *no es* —como a primera vista puede parecer— universal y constante.

2.º La Justicia *absoluta* es inalcanzable para los hombres. O, de otro modo, en la práctica *otros valores o fines diferentes* de la justicia pueden tener mayor importancia que ésta. La idea inicial de que «el Derecho debe ser un instrumento de aplicación de la Justicia» ha de atemperarse con el debido respeto a *otros fines* distintos de aquélla, entre los cuales destacan *la seguridad y el orden*.

3.º El Derecho reglamenta en muchas ocasiones ciertos *extremos* que son *indiferentes* a la luz de la Justicia: o sea, se trata de casos en los que no cabe hablar de justicia o injusticia.

Ha sido RECASENS quien ha llegado a la máxima concreción **en la delimitación de este perfil formal o estático** de la idea de JUSTICIA, al señalar que:

«... el meollo del problema sobre la justicia no consiste en definir **el valor formal de justicia** —igualdad, equivalencia, proporcionalidad—, ni en afirmar, lo cual es correcto, que se debe dar a cada quien lo suyo. *La médula de la cuestión consiste en otra cosa: consiste en indagar la jerarquía de los valores*, según los cuales se deba establecer la equivalencia y la proporcionalidad en las relaciones interhumanas y en las relaciones entre el individuo y las colectividades».

— **Dinámicamente considerada:**

La Justicia así entendida implicará unos *previos análisis de los valores supremos* inspiradores de todo Derecho (v. gr., la dignidad moral del ser humano, la libertad individual, el principio de paridad ante el Derecho), de la determinación de cuáles valores pueden y deben normar el Derecho y cuáles no, de la aclaración de

qué valores en ningún caso y de ninguna manera pueden ser transcritos en normas jurídicas, de la averiguación de las leyes de relación, combinación e interferencia de valoraciones y de la incidencia especial de los modos de realización de *los valores jurídicos* (RECASENS).

4. Hay que aludir, finalmente, al *gran tema fundamental* de este epígrafe, esto es, **el de cuál sea el supremo fin del Derecho**: dicho tema remite a la necesidad de satisfacer las exigencias de la Justicia y de los valores jurídicos a ella conexos. La respuesta unívoca a dicha exigencia por parte de nuestros grandes iusfilósofos —RECASENS, sobre todo— es clara:

... «*La idea básica del HUMANISMO* es la idea de la dignidad de la persona humana... *La idea de la dignidad* consiste en reconocer que el hombre es un ser que tiene fines propios que cumplir por sí mismo, o, lo que es igual, diciéndolo mediante una expresión negativa —que tal vez resulte más clara—, el hombre no debe ser jamás degradado a un *mero* medio para la realización de fines extraños o ajenos por completo a los suyos propios. El ser humano es un fin en sí mismo, en sí propio; es un auto-fin».

A esa *exigencia ideal* —imperativo de la ESTIMATIVA o AXIOLOGIA JURIDICA— del *reconocimiento del valor supremo* de la dignidad de la persona humana, con su corolario de la libertad o autonomía en el orden social, se atribuye por RECASENS la base o el cimiento de los denominados «**derechos básicos, fundamentales o naturales**» de la persona humana. Base situada —*en el ámbito del Derecho*— en **el Derecho que se debe establecer** (*de iure condendo, de lege ferenda*), con los consiguientes *requerimientos* insoslayables al legislador, al juez y al intérprete del Derecho.

## IX. CONCLUSIONES

A la hora de proceder a unas consideraciones  *finales* o *concluyentes*, después de las previas recapitulaciones primera y segunda, parece oportuno cerrar este discurso sentando las **reflexiones** que subsiguen:

1.º A las variadas **perspectivas** que plantean los autores en torno a la idea de DERECHO se intenta por mi parte aportar **una más, abierta** y comprensiva de *una síntesis* de las más modernas consideraciones de los maestros consagrados.

2.º En una *primera recapitulación* se ha tratado, por mi parte, de introducir **concretas referencias a los puntos** del nombre, de la sucesión

en el tiempo en forma diacrónica, de la descripción de casos concretos en el espacio y de la esencia tridimensional del Derecho.

3.º En una *segunda recapitulación* he tratado de dar una visión omni-comprendiva del fenómeno social DERECHO analizando **sus tres dimensiones**: como hecho, como norma y como valor.

4.º La dimensión **FACTICA** del Derecho va incapsulada en el conjunto de datos que integra la «experiencia jurídica», y es en esas interrelaciones humanas donde se producen problemas prácticos: ahí se engendra la producción de todo DERECHO.

5.º La dimensión **NORMATIVA** del Derecho comprende los perfiles estático (**ESTRUCTURA**) y dinámico (**FUNCIONAMIENTO**) de la norma jurídica.

Bajo el perfil *estático* se han analizado las cuestiones del **cómo son** las normas (estructura interna) y del **cómo se originan o producen** (estructura externa).

Bajo el perfil *dinámico* se han agrupado las complejas cuestiones de la aplicación del Derecho, de la interpretación del Derecho y de la doble interrelación cambio social-cambio jurídico.

6.º La dimensión **VALORATIVA** del Derecho —la ya clásica cuestión del «DERECHO NATURAL» (AXIOLOGIA, ESTIMATIVA JURIDICA)— apunta a la necesaria preferencia o *valoración* para dar solución o decisión al caso planteado.

Auténtica aporía, constatable *históricamente, socialmente* va ligada a un conjunto de creencias y convicciones del grupo social.

A la cuestión citada de la **LEGITIMIDAD** de la norma va conexo el tema de la **EFFECTIVIDAD** de la norma jurídica.

7.º El gran tema de **LOS FINES** del Derecho **parte de la premisa** de determinar cuáles sean los *finés «funcionales»* del Derecho, de la descripción de las distintas escalas de cada autor elegido, de una personal síntesis en orden a la *sucesión diacrónica* (histórica y socialmente contemplada) de los modos o facetas en que se presenta ante nuestros ojos el Derecho, y de un análisis de los perfiles «estático» y «dinámico» de la gran aporía de la **JUSTICIA**.

El gran tema fundamental de **cuál sea el supremo fin del Derecho**, en el que va incapsulada la exigencia de la **JUSTICIA** y los valores jurídicos a ella conexos, conduce inexorablemente a la exigencia del reconocimiento del *valor supremo* de la dignidad de la persona humana.

## EPILOGO

Recorriendo cada uno de los puntos del camino que ofrecen las variadas *perspectivas* —todas ellas reales, evidentes, quizá incompletas— de los

diferentes autores, he tratado aquí de dar respuesta a cada una de las **preguntas** típicas y tópicas en torno al fenómeno humano conocido con el nombre de DERECHO. Todas las perspectivas en conjunto nos dan una visión real del Derecho: cada una no excluye a las demás, sino que todas son compatibles entre sí. Por mi parte, se ha cumplido con la labor de ofrecer mi opinión personal en torno a *las cuestiones básicas* que presenta toda «**introducción**» al estudio del Derecho y, por tanto, parece que la tarea encomendada ha quedado un tanto aclarada.

Este recorrido precedente es demostrativo de **la manera de hacer o razonar típica del DERECHO**, en el sentido de que ante un problema dado no suele haber —por parte del legislador, del juez, del jurista u «operador jurídico»— *una concreta solución sino una argumentación, un «dictum»* (= dictamen), una respuesta razonable.

Teniendo todo esto en cuenta no parece que sea tan extraño que persista hoy en día aquella dificultad en orden a *la definición* del DERECHO que ya en su día apuntaba KANT, ni tan sorprendente la denuncia de F. CARNELUTTI acerca de las variadísimas «metodologías» (o puntos de partida o de perspectiva) de cada autor al plantearse el tema del DERECHO.

Sería, por mi parte, ilusorio pretender que —en habiendo terminado con la tarea propuesta y encomendada— había ya procedido a dar *cumplida descripción del papel del DERECHO* en la vida de los humanos. Consciente, pues, de esas limitaciones personales, entiendo más exacto configurar mi aportación «*introducción*» en el mismo sentido de **búsqueda** que apuntaba tiempo ha L. DíEZ-PICAZO:

«... mi tarea apasionante ha sido la búsqueda de la inaprehensible esencia del derecho, que cuanto más se intenta encontrar más huidiza es. ... Para mí, el único enfoque posible, tal vez temperalmente, es el problemático. Se trata, incesantemente, de ver el derecho como un problema con alguna dosis de misterio...»

¿Habré resuelto las dudas y preguntas de mis oyentes con esta mi exposición? ¿Habrà sido por mi parte tan sólo una superficial **aproximación** al «contorno» del DERECHO? Al depender la configuración personal («*dintorno*») del Derecho de la perspectiva de cada autor, ello conlleva inevitablemente una cierta dosis de *relatividad* y *variabilidad*. Desde mi punto de vista parece más adecuado entender —con DíEZ-PICAZO— que el Derecho consiste en la determinación de un «*iustum*» concreto: no es un dato o algo que nos venga ya dado, sino algo que hay que ir buscando incesantemente, y *las normas* no son formulaciones de validez general, sino las pautas o las guías que ha de seguir esta investigación y esta búsqueda.

Ante el gran problema de *la determinación de cuál sea el valor de la persona individual* en relación con **los demás valores** que debe tomar en consideración el Derecho —o, de otro modo, ante el *dilema* de las contrapuestas posiciones del *personalismo* (HUMANISMO) y del *transpersonalismo* (ANTI HUMANISMO)—, parece que un jurista de hoy solamente puede tomar partido por el HUMANISMO y considerar que *la idea directriz* que debe guiar al DERECHO es el principio de la dignidad y de la autonomía de la persona humana. Es ese **el valor supremo para el Derecho** —que le hace *cualitativamente diferente de los demás valores*— y a través de él la persona *es un fin*, no sólo frente a todas las cosas exteriores, sino también *frente a los componentes no personales* (físicos, biológicos y psíquicos) del propio «ser» del hombre.

Cerrando esta exposición, volvamos al principio y recordemos otra vez a E. KANT, pero esta vez con su conocida afirmación:

«EN EL MUNDO TODAS LAS COSAS TIENEN UN PRECIO, EXCEPTO EL HOMBRE, QUE NO TIENE PRECIO, PORQUE TIENE DIGNIDAD».

JOSÉ CERDÁ GIMENO  
Notario

## SUGERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

### Obras específicas sobre el tema

- ATIENZA, MANUEL: *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. ed. Centro de Estudios Constitucionales, Imprenta Taravilla, Madrid, 1991.
- AUBERT, JEAN-LUC: *Introduction au Droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 2.<sup>a</sup> édition revue et mise à jour, Editorial Armand Colin, París, 1984.
- CARBONNIER, JEAN: *Derecho flexible (para una sociología no rigurosa del Derecho)*, traducción de la 2.<sup>a</sup> edición francesa, revisada y ampliada de L. Díez-PICAZO, ed. Tecnos, Madrid, 1974.
- CARNELUTTI, FRANCESCO: *Teoría general del Derecho*, traducción de CARLOS G. POSADA, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941.
- CASALS COLLDECARRERA, MIGUEL: *Metodología de la aplicación del Derecho*, Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Imprenta Altés, S. L., Barcelona, 1983.
- CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: «Las diversas escuelas jurídicas y el concepto del Derecho», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, septiembre 1947.
- *La noción del Derecho a través de los sistemas filosófico-jurídicos tradicionales y modernos*, Madrid, 1947.
- «Aplicación y elaboración del Derecho (esquema doctrinal y crítico)», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, años 1944-1947.

- *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, ed. Reus, Madrid, 1947.
- *La formulación judicial del Derecho (Jurisprudencia y arbitrio de equidad)*, 2.ª ed., ed. Reus, Madrid, 1954.
- DE ANGEL YAGUEZ, RICARDO: *Una teoría del Derecho (una introducción al estudio del Derecho)*, 6.ª ed., 1.ª ed. en Editorial Civitas, Madrid, 1993.
- D'ORS, ALVARO: *Una introducción al estudio del Derecho*, ed. Rialp, Madrid, 1963.
- DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, LUIS: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, ed. Ariel, 3.ª ed., corregida y puesta al día, Barcelona, septiembre 1933.
- ENGISCH, KARL: *Introducción al pensamiento jurídico*, traducción de E. GARZÓN, con presentación, revisión y adaptación de L. GARCÍA SAN MIGUEL, ed. Guadarrama, Madrid, 1967.
- FIGA FAURA, LUIS: *Lógica, tópica y razonamiento jurídico*. Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Imprenta Aguirre, Madrid, 1993.
- GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO: *Teorías de la tópica jurídica*, ed. Civitas, 1.ª ed., Madrid, 1988.
- GARCÍA MAYNEZ, E.: *Introducción al estudio del Derecho*, ed. Porrúa, 21.ª ed. revisada, México, 1973.
- JULIOT DE LA MORANDIERE y OTROS VARIOS: *Introduction a l'étude du droit*, París, 1951.
- LARENZ, KARL: *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. de E. GIMBERNAT ORDEIG, ed. Ariel, Barcelona, 1966 (nueva versión de MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO, ed. Ariel, 1994).
- LATORRE, ANGEL: *Introducción al Derecho*, ed. Ariel, Esplugues de Llobregat (Barcelona), 2.ª ed., 1968.
- RECASENS SICHES, LUIS: *Introducción al estudio del Derecho*, ed. Porrúa, S. A., México, 1.ª ed., 1970 (un comentario crítico a dicha obra en J. CERDÁ GIMENO: «Aproximación al pensamiento de Recaséns Siches», publicado en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, en el núm. 491, 1972, pág. 825 y sigs.).
- «La concepción tridimensional del Derecho», en *Revista de Derecho Notarial*, núm. 71, 1971, pág. 153 y sigs.
- «La naturaleza del pensamiento jurídico», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, febrero 1971, pág. 15 y sigs.
- VIEHWEG, THEODOR:
- *Tópica y Jurisprudencia*, traducción de L. DÍEZ-PICAZO, ed. Taurus, Madrid, 1967.
- *Tópica y filosofía del Derecho*, traducción de JORGE M. SEÑA y revisión de E. GARZÓN VALDÉS y RUTH ZIMMERLING, ed. Gedisa, 1.ª ed., Barcelona, 1991.
- VINOGRADOFF, PAUL: *Introducción al Derecho*, traducción de VICENTE HERRERO de la 2.ª ed. inglesa de 1946 revisada por H. G. HAMBURY, FCE, México, 1967.

### Obras recomendadas especialmente

- ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *Derecho Civil*, Tomo I, Volumen I, 11.ª ed., ed. Bosch, Barcelona, 1989.

- ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT: *L'interprétation dans le droit*, Tomo XVII, ed. Sirey, París, 1972.
- ARNAUD, ANDRÉ-JEAN: *Les origenes doctrinales du Code Civil Français*, París, 1969.
- *Essai d'analyse structurale du Code Civil Français (La règle du jeu dans la paix bourgeoise)*, ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichon et R. Durand-Auzias, París, 1973.
- BODENHEIMER, E.: *Teoría del Derecho*, traducción de V. HERRERO, 3.ª ed., ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1964.
- CAPELLA, J. R.: *Sobre la extinción del Derecho y la supresión de los juristas*, ed. Fontanella, Barcelona, 1970.
- CARBONNIER, JEAN: *Droit Civil*, Tomo I: «Introduction - Les personnes», 15.ª ed., París, 1984.
- CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ (revisión de J. L. DE LOS MOZOS): *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo I: «Introducción y parte general. Volumen primero. Ideas generales, teoría de la norma jurídica», 11.ª ed., ed. Reus, Madrid, 1975.
- DABIN, JEAN: *Teoría del Derecho*, traducción de F. J. OSSET, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- DE BUEN, DEMÓFILO: *Introducción al estudio de Derecho Civil*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, s.f. (pero 1932).
- DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO: *Derecho Civil de España. Tomo I. Parte General*, ed. Instituto Nacional de Estudios Políticos, Madrid, 1955.
- DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: *Derecho Civil Español. Tomo I. Parte General Volumen I (Introducción al Derecho Civil)*, Imprenta KADMOS, Salamanca, 1977.
- *Derecho Civil (Método, sistemas y categorías jurídicas)*, ed. Civitas, S. A., 1.ª ed., Madrid, 1988.
- DELL'AQUILA, ENRICO: *El Dharma en el Derecho Tradicional de la India*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1994.
- DÍAZ, ELÍAS: *Sociología y Filosofía del Derecho*, ed. Taurus, Madrid, 1971.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS: *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, Tomo I, ed. Tecnos, Madrid, 1966.
- DIGESTO DE JUSTINIANO: *Traducción española de los profesores A. D'Ors, F. Hernández Tejero, P. Fuenteseca, M. García Garrido y J. Burillo*, tres tomos, ed. Aranzadi, Pamplona, 1968.
- ESSER, JOSEF: *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, traducción de la edición alemana de 1956 por EDUARDO VALENTI FIOLE, ed. Bosch, Barcelona, 1961.
- FRIEDMANN, W.: *El Derecho en una sociedad en transformación*, traducción de la edición inglesa de 1959, edic. Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1966.
- GOLDSCHMIDT, WERNER: *Introducción filosófica al Derecho (la teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes)*, 6.ª ed. (reimpresión inalterada), ed. Depalma, Buenos Aires, 1987.
- HABA, ENRIQUE PEDRO: «Pre-compréhension et rationalité dans le travail du juge (A

- propos de "Vorverständnis und Methodenwahl" de Josef Esser», en la revista *Archives de Philosophie du Droit*, Tomo 20 («Réformes du Droit de la famille»), ed. Sirey, París, 1975, págs. 385-400, espec. pág. 396 y sigs.
- HART, H. L. A.: *El concepto del Derecho*, traducción de G. R. CARRIO, ed. Perrot, Buenos Aires, 1963.
- HECK, PHILIP: *La creación del Derecho*, traducción de M. ENTENZA, ed. Ariel, Barcelona, 1961.
- HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO: *El concepto del Derecho Civil*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943.
- *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 3 vols., Madrid, 1971.
- JHERING, RUDOLF VON: *Bromas y veras en la jurisprudencia*, traducción de la 9.ª edición alemana de 1904 por TOMÁS A. BANZHAF. Ediciones Jurídicas Europa-América (E.J.E.A.), Buenos Aires, julio 1974.
- KALINOWSKI, G.: *Introducción a la lógica jurídica (elementos de semiótica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica)*, traducción de J. A. CASAUBON, Editorial Universitaria de Buenos Aires (Eudeba), Rivadavia (Argentina), 1973, págs. 10 y sigs., espec. 27 y sigs. y 59 y sigs.
- LALINDE ABADÍA, JESÚS: «La creación del Derecho entre los españoles», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1966, pág. 318 y sigs.
- *Las culturas represivas de la humanidad (H 1945)*, 2 tomos, edita Universidad de Zaragoza, Prensa Universitaria de Zaragoza, Servicio de Publicaciones, Zaragoza, 1.ª ed., diciembre 1992.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, Tomo I, Volumen I, Editorial Bosch, Barcelona, 1988.
- LARA PEINADO, FEDERICO: *Poema de Gilgamesh*, Editora Nacional, Madrid, 1980.
- *Código de Hammurabi*, Editora Nacional, Madrid, 1982.
- LARENZ, KARL: *Derecho Civil. Parte General*, traducción de la 3.ª ed. alemana de 1975 por MIGUEL IZQUIERDO y MACÍAS-PICAVEA, editorial R.D.P. (Edersa), Madrid, 1978.
- LASARTE ALVAREZ, CARLOS: *Principios de Derecho Civil Tomo I. Parte General y Derecho de la persona*, ed. Trivium, S. A., Madrid, 1.ª ed., septiembre 1992.
- LEGAZ LECAMBRA: *Introducción a la ciencia del Derecho*, Barcelona, 1953.
- «La lógica como posibilidad del pensamiento jurídico», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1957, pág. 1 y 1958-59, pág. 1.
- LOISELEUR DESLONGCHAMPS, A.: *Lois de Manou (Manava-Dharma-Sastra)*, Editorial Éditions d'Aujourd'hui, L'Imprimerie de Provence, París, 1976.
- MARTY, GABRIEL y RAYNAUD, PIERRE: *Droit Civil. Tome I. Introduction Générale a l'étude du droit*, 2.ª ed., Editorial Sirey, París, 1972.
- NAWIASKY, HANS: *Teoría General del Derecho*, traducción de J. ZAFRA, ed. Rialp, Madrid, 1961.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER: *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, Parte General, Editorial Edersa, Madrid, octubre 1986.
- OERTMANN, PAUL: *Introducción al Derecho Civil*, traducción de la 3.ª ed. alemana de L. SANCHO SERAL, ed. Labor, Barcelona-Buenos Aires, Talleres Tipográficos Galue, Barcelona, 1933.
- PUIG BRUTAU, JOSÉ: *Introducción al Derecho Civil*, ed. Bosch, Barcelona, 1981.

- RASCÓN GARCÍA, CÉSAR y GARCÍA GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA: *Estudio preliminar, traducción y observaciones a la obra «Ley de las XII Tablas»*, ed. Tecnos, Madrid, 1993.
- SANTI ROMANO: *El ordenamiento jurídico*, traducción de S. y L. MARTÍN RETORTILLO, ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.
- VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: *Metodología jurídica*, ed. Civitas, Madrid, 1.ª ed., 1988.
- *Metodología de la determinación del Derecho*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Imprenta Campillo Nevado, S. A., Madrid, 1994.
- VAN DE KERCHOVE, MICHEL: «Jurisprudence et rationalité juridique», en *Archives de Philosophie du Droit*, Tomo 30 (La Jurisprudence), Editorial Sirey, París, 1985.
- VON THUR, ANDREAS: *Parte General del Derecho Civil*, traducción de W. ROCES, ed. Librería de BRUNO DEL AMO, Madrid, 1925.

### Obras de interés general

- CALASSO, FRANCESCO: *Introduzione al diritto comune*, ed. Giuffrè, Milano, 1951.
- *Medioevo del diritto*, ed. Giuffrè, Milano, 1954.
- *Storicità del diritto*, ed. Giuffrè, Milano, 1966.
- CARBONNIER, JEAN: *Essais sur les lois*, ed. Répertoire du Notariat Defrénois, Impr. Hérissey, Evreux (Eure), 1979.
- DEL VECCHIO, GIORGIO: *Filosofía del Derecho*, traducción de LUIS RECASENS SICHES, ed. Bosch. 6.ª ed., Barcelona, 1953.
- DUALDE, JOAQUÍN: *Una revolución en la lógica del Derecho (concepto de la interpretación del Derecho privado)*, ed. Librería Bosch, Barcelona, 1933.
- ECO, UMBERTO: *Los límites de la interpretación*, traducción de HELENA LOZANO, Editorial Lumen, 1.ª ed., Barcelona, 1992.
- ENGISCH, KARL: *La idea de concreción en el Derecho y en la Ciencia Jurídica actuales*, traducción y estudio preliminar de JUAN JOSÉ GIL CREMADES, Ediciones Universidad de Navarra, S. A., Pamplona, 1968.
- FALCÓN Y TELLA, M.ª JOSÉ: *El argumento analógico en el Derecho*, ed. Civitas, 1.ª ed., Madrid, 1991.
- FRIEDRICH, C. J.: *La filosofía del Derecho*, traducción de M. ALVAREZ FRANCO, ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1964.
- FROSINI, VITTORIO: *La estructura del Derecho*, traducción de A. E. PÉREZ LUÑO y MARÍA JOSÉ MAGALDI PATERNOSTRO, ed. Publicaciones del Real Colegio de España (Studia Albonotiana, dir. por E. VERDERA TUELLS), Impr. Cometa, S. A., Bolonia (Zaragoza), 1974.
- GRZEGORZYK, CH.: «La rationalité de la décision judiciaire», en *Archives de Philosophie du Droit*, T. 23, ed. Sirey, París, 1978, pág. 237 y sigs.
- KELSEN, HANS: *Teoría general del Derecho y del Estado*, traducción de E. GARCÍA MAYNEZ, ed. Imprenta Universitaria, México, 1949.
- KELSEN, H. y otros varios: *Crítica del Derecho Natural*, traducción de ELÍAS DÍAZ, ed. Taurus, Madrid, 1966.

- KOSCHAKER, P.: *Europa y el Derecho Romano*, traducción de JOSÉ SANTACRUZ TEIJEIRO, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- LIPARI, NICOLÒ: *Derecho Privado (un ensayo para la enseñanza)*, Publicaciones del Real Colegio de España (Studia Albornotiana, dir. de EVELIO VERDERA TUELLS), traducción de la edición italiana de 1974 a cargo de P. SALVADOR CODERCH y otros varios, Impr. Cometa, S. A., Bolonia-Zaragoza, 1980.
- RECASENS SICHES, LUIS: *Tratado General de Filosofía del Derecho*, ed. Porrúa, 4.ª ed., México, 1970.
- *Iusnaturalismos actuales comparados*, ed. de la Sección de Publicaciones e Intercambio de la Universidad de Madrid (Facultad de Derecho), Madrid, 1970.
- RIPERT, GEORGES: *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2.ª ed., edit. L.G.D.J., París, 1951.
- *Les forces créatrices du droit*, edit. L.G.D.J., París, 1955.
- SALVADOR CODERCH, PABLO, y otros varios (GRETEL): *La forma de las leyes (diez estudios de Técnica Legislativa)*, ed. Bosch, Barcelona, 1986.

# Inmatriculación de bienes de la Iglesia mediante certificación expedida por el Diocesano

*SUMARIO:* I. PLANTEAMIENTO Y ANTECEDENTES.—II. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTION.—III. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS PRECEPTOS QUE REGULAN LA INMATRICULACION DE LOS BIENES ECLESIASTICOS: A) PRINCIPIO DE ACONFESIONALIDAD DEL ESTADO. B) PRINCIPIO DE IGUALDAD. IV. CONCLUSION.

## I. PLANTEAMIENTO Y ANTECEDENTES

El artículo 199 LH establece los procedimientos a seguir para la inmatriculación en el Registro de la Propiedad de las fincas que no estén inscritas a favor de persona alguna y entre estas fórmulas, en su apartado *c*) establece que puede verificarse dicha inmatriculación «Mediante el certificado a que se refiere el artículo 206, sólo en los casos que en el mismo se indican».

Dicho artículo 206 LH, en relación con los artículos 303 y 304 RH, da la posibilidad al Estado, a la Provincia, al Municipio y a las Corporaciones de Derecho público o servicios organizados que forman parte de la estructura política de aquél y a la Iglesia Católica, de inmatricular fincas, cuando carezcan de título escrito de dominio, mediante certificación del funcionario competente en el caso de organismos públicos, o del Obispo en cuya Diócesis se encuentre radicada la finca, en el caso de la Iglesia Católica (1).

---

(1) Como se deduce de los arts. 303 y 304 RH; según este último «en el caso de que el funcionario a cuyo cargo estuviese la administración o custodia de los bienes no ejerza autoridad pública ni tenga facultad para certificar (según dispone el art. 303 RH), se expedirá la certificación a que se refiere el artículo anterior por el inmediato superior jerárquico que pueda hacerlo, tomando para ello los datos o noticias oficiales que sean indispensables. Tratándose de bienes de la Iglesia, las certificaciones serán expedidas por los Diocesanos respectivos».

Me interesa en este trabajo hacer algunas consideraciones sobre la inconstitucionalidad de los preceptos citados con anterioridad, en cuanto regulan la inmatriculación de bienes de la Iglesia Católica, cuando dichos bienes carecen de título inscribible y, más concretamente, la posible contravención que los mismos puedan suponer de dos principios constitucionales: el de igualdad, establecido en el artículo 14 CE y el de aconfesionalidad del Estado español, del artículo 16.3 CE.

Para llegar a determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la normativa aplicable a la inmatriculación de los bienes eclesiásticos carentes de título inscribible, bastaría con contrastar la regulación actual en este punto con los principios constitucionales. No obstante, en esta concreta materia, es interesante conocer la función que dicha normativa cumplió en sus orígenes (2), porque es la única forma de determinar con cierto rigor si aún la cumple; además puede servir para llegar a comprender por qué subsiste en la actualidad una regla tan excepcional y, a primera vista, tan difícilmente compatible con la seguridad y medidas de cautela que de común exige el Derecho Inmobiliario para inscribir bienes, como es que, mediante una certificación expedida por el Obispo, acceda una finca al Registro de la Propiedad y, por ello, y sólo con ello, conste públicamente como bien eclesiástico.

El origen de las actuales certificaciones, como medio de inmatricular bienes carentes de la titulación adecuada para su inscripción, según los trámites comunes o generales, lo encontramos en la Ley de 1 de mayo de 1855, por medio de la cual se decretó la desamortización general de los bienes del Estado y de la Iglesia Católica y, en consecuencia, la venta forzosa de dichos bienes desamortizados.

En lo que respecta a los bienes estatales, la citada Ley, en su artículo 2, estableció una relación de los bienes que el Estado debía conservar y exceptuar de la venta que imponía la aplicación de las leyes desamortizadoras (3); ordenándose asimismo la inscripción de dichos bienes en el Regis-

---

(2) Respecto al origen y a la regulación de las certificaciones posesorias para inmatricular bienes del Estado y de la Iglesia hasta la Ley Hipotecaria de 1944, he tenido en cuenta el texto de los Reglamentos Hipotecarios vigentes en ese momento y especialmente MORELL Y TERRY: *Legislación hipotecaria*, Tomo I, Reus, Madrid, 1925, págs. 511 y sigs., y 574 y sigs. CAMPUZANO Y HORMA: *Elementos de Derecho Hipotecario*, Tomo I, Reus, Madrid, 1931, págs. 138 y sigs. ROCA SASTRE Y ROCA MUNCUNILL. *Derecho Hipotecario*, Tomo III, Bosch, Barcelona, 1979, especialmente págs. 680 y sigs.

(3) En dicho precepto, no sólo se hace referencia a bienes propios del Estado, como «edificios y fincas destinados o que el Gobierno destinare a algún servicio público» o edificios ocupados por Establecimientos de beneficencia e instrucción, sino que, además, se relacionan bienes de las Corporaciones (provincia, pueblos), como «los terrenos de aprovechamiento común de los Municipios... y las dehesas destinadas a pastos de ganado de labor en los pueblos» y, por último, también se recogen bienes eclesiásticos, así «El palacio o morada de Arzobispos y Obispos... Los bienes de capellanías eclesiásticas...».

tro de la Propiedad. Con el fin de realizar dicha inscripción, se dictaron determinadas reglas, contenidas no en la Ley Hipotecaria de 1861, sino en su Reglamento de 1870, manteniéndose en los Reglamentos posteriores (4).

Según estas reglas, los bienes del Estado o Corporaciones exceptuados de la desamortización debían ser inscritos en el Registro de la Propiedad, con la presentación de los títulos inscribibles correspondientes. El problema que se planteaba respecto a la mayoría de estos bienes es que no existía respecto de ellos título escrito, apto para su inscripción; precisamente por esto y dado el gran interés del legislador de la época por incluir en el Registro de la Propiedad la mayor cantidad posible de bienes inmuebles (5), estableció un medio de inmatriculación «anormal» para el supuesto de bienes estatales carentes de título de dominio inscribible: permite la inclusión en el Registro de dichos bienes, mediante una certificación expedida por el Jefe de la dependencia a cuyo cargo estuviera la administración o custodia de los mismos, acreditativa, no del dominio, sino del hecho de la posesión del inmueble por el Estado o las Corporaciones.

En lo que concierne a los bienes de la Iglesia Católica, el Convenio-Ley de 4 de abril de 1860 (6) realizó una distinción respecto a los mismos de enorme transcendencia, estableciendo una normativa diferente según sean:

- Bienes que la Iglesia adquiriese con posterioridad a la entrada en vigor de dicha ley: los cuales quedaban excluidos del ámbito de aplicación de las leyes desamortizadoras, no estableciéndose respecto a ellos limitación alguna en cuanto a su disfrute y enajenación.
- Bienes que la Iglesia poseyera con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 1860, estos sí que estaban sujetos a desamortización y, por tanto, podía imponerse a su titular la venta forzosa de los mismos.

---

(4) El Reglamento Hipotecario de 6 de agosto de 1915 establecía en su artículo 24 «No existiendo título inscribible de la propiedad de dichos bienes, se pedirá una inscripción de la posesión, la cual se extenderá a favor del Estado si éste los poseyere como propios o a favor de la entidad que actualmente los poseyere», y en su art. 26 «Para obtener la inscripción de la posesión, el Jefe de la dependencia a cuyo cargo esté la administración o custodia de las fincas que hayan de inscribirse, se expedirá por duplicado, siempre que por su cargo ejerza autoridad pública, una certificación...».

(5) Puede verse, en este sentido, GARCÍA GARCÍA: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Civitas, Madrid, 1988, Tomo I, pág. 201: «... características de la ley de 1861 que admitió la inscripción de la posesión separada del dominio en su deseo, sin duda de que tuvieran acceso al Registro situaciones no del todo acreditadas...», pág. 210: «La Ley de 1886 llegó a más: a facilitar la inscripción cuando se careciese de título escrito a base de admitir como medio de inscripción la certificación expedida por el Alcalde, el Regidor y el Secretario del propio Ayuntamiento con referencia al pago de la contribución territorial por la persona del poseedor».

(6) No hizo sino poner en vigor el Concordato entre el Estado español y la Santa Sede de 1851, que hasta entonces no había sido respetado.

Respecto de este segundo grupo de bienes, era necesario establecer, como sucedió con los bienes del Estado a los que se aplicaba la legislación desamortizadora, una relación de los mismos, que quedaban en poder de la Iglesia y excluidos de la venta forzosa; de ahí el evidente paralelismo entre el artículo 6 de la ley de 1860 (7), en el que se procedió a tal enumeración con el ya citado artículo 2 de la ley de 1855.

El Real Decreto de 21 de agosto de 1860 desarrolla lo dispuesto en el artículo 6 de la citada ley de 1860, y con la finalidad de que quedase constancia de la existencia de los mismos, se ordena a las Diócesis en que estuviesen radicados dichos inmuebles, que confeccionaran una relación de las fincas por triplicado a incluir en los Archivos Diocesanos.

Se arbitraba para los bienes eclesiásticos que carecieran de título inscribible una fórmula para su inscripción, que es similar a la establecida para la inscripción de los bienes estatales en las mismas condiciones: la certificación posesoria, expedida por el Obispo; dicho documento acreditaba tanto la posesión del bien por la Iglesia o por las Corporaciones eclesiásticas como que dicho bien inmueble a inscribir figuraba en el Archivo Diocesano y quedaba excluido por tanto de la aplicación de las leyes desamortizadoras (8).

De lo hasta aquí expuesto, resulta que se equipara, a efectos de inmatriculación, la posición de la Iglesia a la del Estado y no por razón de confesionalidad o de privilegio sino por dar solución con fórmulas similares a parecidos problemas; en ambos casos, la certificación posesoria es instrumento de inmatriculación sólo cuando no existe título escrito de dominio, sólo de los bienes exceptuados de la desamortización y, respecto de la Iglesia sólo para inmatricular bienes poseídos por ella con anterioridad a 1860. Respecto a todos estos bienes, la inscripción se realiza a través de las certificaciones posesorias de la persona responsable de los archivos en que quedaba constancia de los bienes que se podían registrar.

---

(7) Básicamente eran los bienes que la Iglesia necesitaba para las funciones de su Ministerio o para residencia del clero; así, los palacios, huertas, jardines para uso y esparcimiento de los señores Obispos, casas destinadas a la habitación de los párrocos, los edificios de los Seminarios, los edificios que servían para el culto...

(8) Según el artículo 30 RH «En la misma forma (se refiere a lo dispuesto en los citados arts. 24 y 26 RH), se inscribirán los bienes que posea el Clero, o se les devuelvan y deban quedar amortizados en su poder; pero las certificaciones de posesión que para ello fueren necesarias se expedirán por los Diocesanos respectivos...». En el sentido del primitivo origen de las certificaciones de los diocesanos ROCA SASTRE y ROCA MUNCUNILL: *Derecho Hipotecario*, Tomo III, cit., pág. 685.

## II. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTION

La normativa aplicable para determinar el procedimiento de inmatriculación de los bienes de la Iglesia de los que no exista título de dominio, vigente en la actualidad, surge de la reforma de la legislación hipotecaria de 1944-1946 (9); puede resumirse de la siguiente forma: a pesar de que la legislación desamortizadora fue derogada por la Ley de Bases del Patrimonio del Estado de 23 de abril de 1964, continúa subsistente a efectos registrales; así lo pone de manifiesto el vigente artículo 19 RH, según el cual «En la misma forma (en relación con lo dispuesto en el artículo 18 RH respecto a los bienes del Estado) se inscribirán los bienes que pertenezcan a la Iglesia o a las Entidades Eclesiásticas, o se les devuelvan y deban quedar amortizados en su poder».

Es decir, que a partir de la remisión que hace el artículo 19 RH, al artículo 18 RH y al artículo 206 LH se deduce que se inscribirán mediante certificación tres tipos de bienes de la Iglesia: los que les pertenezcan, los que se les devuelvan o los que, amortizados, deban quedar en su poder, esto es, cualquier bien.

De los términos del artículo 19 LH y sus concordantes del propio reglamento y de la Ley Hipotecaria se deduce que, desatendiendo por completo el origen y la finalidad propia de las certificaciones de los Diocesanos (10), se posibilita la inmatriculación por medio de esta certificación de todos los inmuebles eclesiásticos, con independencia de la fecha de adquisición de los bienes o de cualquier otra circunstancia (11). O, lo que es lo mismo, aunque en aplicación rigurosa del mencionado artículo 19 RH es posible seguir haciendo distinciones respecto a los bienes de la Iglesia, no puede extraerse ninguna consecuencia diferenciadora de dicha distinción,

---

(9) En la Reforma de la Ley Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944 se regulaba esta materia en el artículo 347, que establecía «... Por excepción, el Estado, la Provincia y el Municipio y las Corporaciones de Derecho público que forman parte de la organización política de aquél y las de la Iglesia Católica, cuando carezcan de título escrito de dominio, podrán inscribir el de los bienes inmuebles que les pertenezcan mediante la oportuna certificación librada por el funcionario a cuyo cargo esté la administración de los mismos...». Si comparamos este texto con el actual artículo 199 c) según la Ley de 8 de febrero de 1946, en su Texto Refundido, se comprueba que no hay sustanciales diferencias, sólo que en éste se añade un nuevo apartado, el c), que antes no existía y que para que concuerde con el anterior artículo 347, es necesario completar dicho artículo 199 c) LH con el artículo 206 LH.

(10) ROCA SASTRE y ROCA MUNCUNILL: *Derecho Hipotecario ...*, cit., Tomo III, pág. 685.

(11) Quizá la aplicación de las certificaciones a todos los bienes tuvo su fundamento en la RDGRN de 30 de noviembre de 1928, en la cual se mantuvo la posibilidad de inscribir mediante certificaciones del Diocesano todos los bienes de la Iglesia, estuvieran o no exceptuados de la desamortización.

pues respecto a todos ellos cabe utilizar, si no existe título inscribible, la certificación del Obispo en cuya Diócesis esté radicado el bien.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, puede decirse que la reforma de la legislación hipotecaria en materia de inscripción de bienes eclesiásticos que carecen de título introduce leves transformaciones en lo que al aspecto formal se refiere, pero que significan en el fondo profundas modificaciones si comparamos el estado de la cuestión con la regulación de la materia en la etapa precedente.

Las modificaciones que introduce la mencionada legislación en este punto son:

1.º Tanto el artículo 347 LH de 1944 como el artículo 199 c) del vigente Texto Refundido recogen las certificaciones de los funcionarios o de los Obispos entre los medios de inmatricular bienes estatales o eclesiásticos, exigiendo para ello exclusivamente que no esté inscrito el bien en el Registro de la Propiedad a favor de persona alguna y que no exista título escrito de dominio. Esto significa que la certificación deja de ser un medio coyuntural de inmatriculación, que ni siquiera venía recogido en la Ley sino en el Reglamento y toma carta de naturaleza como una de las fórmulas recogidas en la ley para inmatricular fincas.

2.º Por otra parte, se consolida la equiparación, a efectos de inscripción registral, de los bienes del Estado o de las Corporaciones de Derecho público con los bienes de la Iglesia o de las entidades eclesiásticas, con la única diferencia lógicamente de la persona legitimada para expedir las certificaciones: en caso de bienes estatales, será el funcionario a cuyo cargo esté la administración de los bienes a inscribir y en caso de bienes eclesiásticos, será el Diocesano en cuya Diócesis radique la finca.

3.º A partir de la entrada en vigor de la ley de 1944, en su artículo 5, se niega la inscripción en el Registro de la Propiedad del hecho posesorio (12), por esta razón las certificaciones que expiden los funcionarios o los diocesanos para inscribir fincas del Estado o de la Iglesia, dejan de ser a partir de esta Ley certificaciones posesorias y se convierten en certificaciones de dominio (13).

---

(12) Entre otros, SANZ FERNÁNDEZ: *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*. . cit., pág. 176; GARCÍA GARCÍA: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. . », cit., pág. 277: «La reforma hipotecaria de 1944 excluye el acceso de la posesión, como hecho al Registro».

(13) ROCA SASTRE y ROCA MUNCUNILL: *Derecho Hipotecario*..., cit., pág. 242: «Aquella sustitución de las antiguas certificaciones de posesión por las actuales certificaciones de dominio no es cosa aceptable en buenos cánones jurídicos.. Se ha querido equiparar ambos tipos de certificaciones como si la posesión y el dominio no fuesen dos figuras de tan acusada diferencia... extravasada su función (la de los organismos oficiales) acreditar que el dominio de ellas (las fincas) les pertenece». SANZ FERNÁNDEZ:

Con ser importantes todas estas modificaciones, es más interesante destacar aquí la fórmula que utiliza el legislador de 1944-1946 para regular y admitir las certificaciones administrativas y eclesiásticas como medios de inmatriculación: la legislación actualmente vigente recoge este medio de inmatriculación en el precepto que establece las posibilidades de inscribir fincas que no figuren con anterioridad en el Registro, pero, como contrapartida a esta institucionalización a nivel legal, considera la certificación como un medio excepcional. Excepcionalidad que se deduce de las siguientes consideraciones:

1.º De los términos que utiliza el artículo 199 c) LH (14) en el sentido de que únicamente se pueden utilizar las certificaciones para inmatricular «... sólo en los casos que en el mismo (art. 206 LH) se indican»; es natural que se admita en contadas ocasiones este medio inmatriculador ante la ausencia de constatación previa de la inscripción con la realidad, que se requiere en la tramitación del expediente de dominio.

2.º En segundo lugar, como prueba de que no es este el régimen normal de inmatriculación, el artículo 207 LH establece que las inscripciones que se realicen utilizando las certificaciones administrativas o eclesiásticas no surtirán efecto respecto a terceros hasta que hayan transcurrido dos años; el fundamento de este precepto no puede ser sino la excesiva facilidad y falta de garantía que conlleva este medio de inmatricular (15), que obligan al legislador a suspender la fe pública registral durante un período de tiempo.

3.º En lo que concierne a la inmatriculación de bienes eclesiásticos, la excepcionalidad es mayor si cabe, puesto que el título que da lugar a esta inscripción —certificación expedida por el Obispo— no puede ser considerado como «título inscribible», en virtud de la regla general establecida en el artículo 3 LH, según el cual sólo se pueden considerar como tales los «consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por Autoridad judicial o por el Gobierno o sus Agentes...»

---

*Comentario a la nueva Ley Hipotecaria*, pág. 455, por el contrario, opina que «dado el significado que tenían las inscripciones de la posesión... la objeción podía aplicarse también a ellas, y sin embargo se admitieron estas certificaciones sin dificultad»

(14) Más claro aún era el antecedente inmediato de este precepto, el artículo 347 de la Ley de 1944, que consideraba la certificación no como un medio de inmatriculación, sino como una excepción a los medios de inmatriculación previsto por el propio artículo: el expediente de dominio y el título público de adquisición.

(15) ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL: *Derecho Hipotecario*, Tomo I, pág. 852. También GARCÍA GARCÍA: *Derecho Inmobiliario...*, cit., Tomo II, pág. 425: «El fundamento de este supuesto de suspensión de efectos es la debilidad del título inmatriculador..., constituyendo tal suspensión una garantía más..., que pretende complementar la propia deficiencia de los mismos, a través de ese plazo de espera respecto a terceros».

Teniendo en cuenta el régimen excepcional aplicable a la primera inscripción de bienes eclesiásticos que carecen de título inscribible, surge inmediatamente la pregunta acerca de la razón o justificación que el legislador de 1944-1946 tuvo para dotar a la Iglesia de esta normativa; en su origen —1860—, estuvo justificada por las circunstancias históricas y sociales en que surgió, pero en el período que estamos analizando han desaparecido dichas circunstancias y, por tanto, también ha desaparecido la función inicial que cumplió; siendo pues la protección de los bienes eclesiásticos exentos de la desamortización la única causa legitimadora de la inscripción de determinados bienes mediante la excepcional fórmula de la certificación del Diocesano.

La explicación válida a la normativa protectora de los bienes de la Iglesia, nacida de la reforma de 1944-1946, deriva de que en ese momento el Estado Español era un estado confesional católico; basándose en esta confesionalidad, estableció normas para la protección institucional de la Iglesia Católica: en unas ocasiones dicha protección se llevó a efecto dictando normas nuevas en nuestro Derecho (16), y, en otras, como la que aquí interesa, se limitó a dar un nuevo significado, privilegiado, a normas ya existentes y que habían surgido con una finalidad distinta. En definitiva, la confesionalidad del Estado español en el período en que se estableció la regulación, en materia de inmatriculación de fincas eclesiásticas carentes de título inscribible, es el origen y la justificación de la normativa vigente.

### III. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS PRECEPTOS QUE REGULAN LA INMATRICULACION DE LOS BIENES ECLESIASTICOS

Hoy día, la cuestión debe ser revisada; las profundas transformaciones que se operan en nuestro Ordenamiento Jurídico introducidas por la Constitución de 1978, llevan inevitablemente a cuestionarnos la dudosa constitucionalidad de una normativa, aún no expresamente derogada (17), en la

---

(16) Como la norma protectora de la Iglesia en materia de Arrendamientos Urbanos establecida por Real Decreto de 22 de julio de 1948, en la que también se equipara a la Iglesia con el Estado y los Organismos estatales.

(17) La Constitución no alude, lógicamente, a la inclusión de los bienes de la Iglesia en el Registro de la Propiedad, por tanto no hay un precepto constitucional concreto que pueda considerarse directamente vulnerado por la legislación hipotecaria en esta materia, no obstante, como opina ORTEGA DÍAZ-AMBRONA: *Constitución y vivienda familiar*. El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, pág. 35: «... aún a falta de regulación constitucional precisa para una materia determinada, el examen de la Constitución será conveniente porque en ella figuran principios de orientación e incitaciones para la producción nor-

medida en que esta legislación hipotecaria pueda vulnerar dos principios constitucionales: el de aconfesionalidad del Estado reconocido en el artículo 16.3 CE y el de igualdad consagrado en el artículo 14 CE.

#### A) PRINCIPIO DE ACONFESIONALIDAD DEL ESTADO

Es evidente, tras la lectura de los artículos que la legislación hipotecaria dedicada a regular la inscripción en el Registro de la Propiedad de los bienes eclesiásticos, que dicha inscripción tiene el mismo régimen legal que la inscripción de los bienes del Estado (18). Se inmatriculan de la misma forma y con idéntica tramitación, sea en el caso de que exista título inscribible, sea en el supuesto de que carezcan del mismo. Tal equiparación viene claramente establecida de forma general en los artículos 18 y 19 RH (19).

Centrando la cuestión en la inmatriculación de bienes que carecen de título inscribible, la excepcional posibilidad que la legislación hipotecaria atribuye tanto al Estado como a la Iglesia, constituye un medio fácil de acceder al Registro con la consiguiente protección que para los titulares del bien conlleva dicho acceso. Pues bien, para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la inmatriculación de bienes eclesiásticos, mediante certificación del Obispo, conviene cuestionarse tal equiparación (20); dicha cuestión conlleva, a su vez, dos preguntas:

1.<sup>a</sup> Si existe causa justificada constitucionalmente para que la Iglesia Católica esté exenta de seguir los trámites dirigidos a asegurar la certeza y evidencia de su titularidad sobre los bienes que quiere inscribir, de la misma forma que queda exento el Estado.

---

mativa, así como límites específicos para la legislación...». Y estos límites, opino yo, no lo son sólo para la normativa posterior a la Constitución, sino también, como es el caso que nos ocupa, para la normativa anterior, que correspondía a principios anteriores.

(18) Cuando se introdujo, con la Ley Hipotecaria de 1944, la fórmula de la certificación como medio para inscribir el dominio, hubo incluso discusiones doctrinales acerca de la admisibilidad de esta vía de inscripción, no ya respecto a la Iglesia, sino respecto al Estado: ROCA SASTRE y ROCA MUNCUNILL: *Derecho Hipotecario...*, cit., Tomo III, pág. 243. «No hay razón alguna para que los entes públicos dejen de estar sometidos a las normas generales del Derecho respecto de los bienes de su propiedad, no afectos al uso público». En contra de esta opinión, SANZ FERNÁNDEZ: *Comentarios a la nueva ley*..., cit., pág. 455: «Sería anómalo que el Estado y las Corporaciones públicas hubieran de someterse en este punto a las mismas reglas de los particulares».

(19) En relación con los artículos 206 LH y 303 y 304 del propio Reglamento.

(20) Equiparación que se pone de manifiesto, además de en la Ley, en la calificación de «administrativas» que los estudiosos del Derecho Registral dan a las certificaciones expedidas por el Obispo, así MANZANO SOLANO: *Derecho Registral Inmobiliario*..., Tomo II, Madrid, 1994, pág. 454. GARCÍA GARCÍA: *Derecho Inmobiliario Registral...*, cit., Tomo II, pág. 424.

2.<sup>a</sup> Si, en consecuencia, la legislación hipotecaria en esta materia atenta contra el artículo 16.3 CE y el principio de no confesionalidad del Estado Español (21).

Quede claro que cuando hablo de «confesionalidad» no lo hago en el sentido estricto del término, es decir, el hecho de que la Iglesia Católica tenga el mismo régimen legal que el Estado en materia registral, no significa directamente que el Estado asuma la confesión o las creencias religiosas de la Iglesia. La posibilidad de registrar con la misma facilidad de tramitación que el Estado o las Corporaciones de Derecho público es un privilegio o un trato favorable, pero indudablemente no es cuestión de estricta confesionalidad, pues no implica directamente creencia religiosa alguna por parte del Estado. No obstante, se plantea el tema de la confesionalidad y de la posible contravención del artículo 16.3 CE por dos razones: porque la normativa vigente surgió a consecuencia de la confesionalidad del Estado y porque aunque la posibilidad de un fácil acceso al Registro no implica ni evidencia, creencia o confesión, sí que es una consecuencia indirecta de la protección a la confesión católica.

Desde esta perspectiva, es criterio del Tribunal Constitucional en Sentencia de 16 de noviembre de 1993 (22), Fundamento de Derecho número 4 *d*) que «El art. 16.3 CE no sólo expresa el carácter no confesional del Estado en atención al pluralismo de creencias existente en la sociedad española y la garantía de la libertad religiosa de todos... Al determinar que ninguna confesión tendrá carácter estatal cabe estimar que el constituyente ha querido expresar además que las confesiones religiosas en ningún caso pueden trascender los fines que les son propios y ser equiparadas al Estado... el artículo 16, 3 CE veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y funciones estatales...»

Es decir, se mantiene acerca de lo que significa el principio de no confesionalidad del Estado lo siguiente:

1. Las confesiones religiosas no pueden ser equiparadas al Estado.
2. Queda vedado por el precepto constitucional la confusión entre función religiosa y función estatal.

---

(21) Sobre este punto puede verse «Comentario al art. 16 CE». *Comentarios a la Constitución*. GARRIDO FALLA y otros, Civitas, Madrid, 1985, págs. 284 y sigs.

(22) En esta Sentencia el Tribunal Constitucional resuelve declarar anticonstitucional el artículo 76.1 LAU, que equipara a la Iglesia Católica y al Estado en la Ley de Arrendamientos Urbanos, pues a ambos les da posibilidad de denegar la prórroga a sus arrendatarios, sin que tengan que justificar la necesidad de ocupación de la vivienda o local.

Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario concluir que la legislación hipotecaria en materia de inmatriculación de bienes eclesiásticos atenta contra el artículo 16.3 CE por las siguientes razones:

- a) La legitimación del Estado para inmatricular fincas cuando carece de título inscribible, mediante certificación expedida por el funcionario competente, es decir, mediante una tramitación fácil y excepcional, estaría justificada porque al inscribir bienes bajo su dominio o bajo el dominio de las Entidades de Derecho público, estaría inscribiendo bienes a nombre de entes que representan a la comunidad española y cuya titularidad la beneficia por entero; por el contrario, no sucede lo mismo cuando se inscriben bienes eclesiásticos bajo la titularidad de la Iglesia o de las Corporaciones eclesiásticas, pues lo hace, no para toda la comunidad, sino sólo para el beneficio del grupo mayor o menor que pertenece a la comunidad católica (23).
- b) La autoridad que certifica el dominio de los bienes del Estado es un funcionario o agente del Estado que cumple funciones estatales, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3 LH, que limita la legitimación para expedir títulos aptos para la inscripción registral al Notariado, a la Autoridad judicial, al Gobierno o a sus Agentes; no ocurre lo mismo con el Obispo que cuando acredita, mediante certificaciones, el dominio de los bienes de la Iglesia, está expidiendo título excepcional para inmatricular fincas y, en consecuencia, está asumiendo funciones estatales y no religiosas que son las que les son propias, con arreglo al criterio jurisprudencial citado.

## B) PRINCIPIO DE IGUALDAD

Interesa aquí, más que la posibilidad que tiene la Iglesia Católica de inmatricular bienes, el análisis de si tal posibilidad constituye o no un privilegio; es decir, si en la actualidad está justificada la exención del trámite normal a que están sometidas las demás personas, sean físicas o jurídicas —y, más concretamente, las demás confesiones religiosas inscritas

---

(23) En este trabajo se está tratando una materia en la que la equiparación entre la Iglesia Católica y el Estado supone un beneficio para la Iglesia; efectivamente supone un privilegio que puedan inscribirse bienes eclesiásticos con la simple certificación del Diocesano; no obstante, dicha equiparación no siempre tiene consecuencias beneficiosas para la Iglesia, un ejemplo claro del perjuicio que se le irroga a la misma con el tratamiento legislativo que la equipara en materia hipotecaria al Estado es el artículo 5.º RH, según el cual «... quedan exceptuados de la inscripción: 4.º Los templos destinados al culto católico».

y reconocidas por el Estado español— (24), para inscribir sus bienes en el Registro de la Propiedad cuando carecen de título; y, en consecuencia, si la citada legislación hipotecaria vulnera o no el principio constitucional de igualdad establecido en el artículo 14 CE.

Según criterio del Tribunal Constitucional (25) el principio de igualdad exige no sólo «que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida por el legislador». Por tanto, el trato desigual sólo estará constitucionalmente legitimado en los siguientes supuestos:

1.º Cuando dicho tratamiento responda a circunstancias objetivamente desiguales y la aplicación rigurosa del principio de igualdad diera lugar a consecuencias injustas.

2.º O cuando la ley que establezca el trato desigual persiga una finalidad protectora justificada constitucionalmente.

Para mantener la constitucionalidad de la legislación hipotecaria en materia de inmatriculación de bienes eclesiásticos por el primer argumento, sería preciso justificar que la Iglesia Católica está en una situación objetivamente desigual respecto a las demás confesiones religiosas, incluso, respecto a las demás personas que se encuentran en situación de inscribir bienes inmuebles carentes de título de dominio escrito. Y es evidente que no se produce este hecho; en la actualidad, la Iglesia no se encuentra en ninguna circunstancia «especial» (26) que objetivamente justifique el tratamiento desigual y privilegiado que mantiene la vigente legislación hipotecaria.

El segundo argumento que legitima la constitucionalidad de una norma-

Con esta matización quiero poner de manifiesto que si es anticonstitucional la norma protectora de la titularidad de la Iglesia por suponer una vulneración de la norma que prohíbe equiparar a cualquier confesión religiosa con el Estado, así mismo es anticonstitucional la norma que perjudica a la Iglesia, por la misma razón.

(24) No importa a estos efectos la consideración de persona jurídica pública de la que goza la Iglesia Católica. Puede verse en este sentido DIEGO LORA: *El carácter público de la Iglesia Católica en el Ordenamiento Jurídico español*. Constitución y Acuerdos Iglesia-Estado, Actas del II Simposio Hispano-Alemán, Publicaciones de la Universidad de Comillas, Madrid, 1989. Digo que no importa el carácter de persona pública porque la tramitación excepcional que establece el artículo 199 c) LH y los que con él se relacionan o lo desarrollan, no hace esta distinción, simplemente regula un trámite excepcional para el Estado y la Iglesia Católica.

(25) Entre otras muchas, STS 110/1993, Fundamento de Derecho 4.º

(26) Especialidad que sí se daba con anterioridad; en un primer momento por las consecuencias de la legislación desamortizadora sobre los bienes eclesiásticos y con posterioridad, por la confesión católica que asumió como suya el Estado español.

tiva que imponga un trato desigual, es la concurrencia en la materia regulada de otros principios constitucionales que justifiquen la aplicación de una normativa protectora o desigual (27). Es decir, existen grupos respecto de los cuales la propia Constitución establece normas protectoras, porque considera que son grupos en situación de debilidad, e incidiendo en ellos la finalidad protectora, el Tribunal Constitucional considera que dicha protección no vulnera el principio de igualdad, a pesar de que la misma se realiza a través de un tratamiento legal favorable o desigual (28).

Tampoco se aprecia que concurra en la legislación hipotecaria, referente a la inmatriculación de bienes eclesiásticos, una finalidad protectora, derivada de la aplicación de otros principios constitucionales que justifiquen su mantenimiento; la única mención que hace la Constitución a la Iglesia Católica es precisamente la del artículo 16.3 y en este precepto, por una parte, equipara a dicha iglesia con las demás confesiones religiosas y, por otra, no establece un principio de protección, justificativo de la desigualdad, sino simplemente un principio de cooperación.

#### IV. CONCLUSION

A pesar del análisis separado que se ha expuesto con anterioridad de los principios de igualdad, artículo 14 CE y de aconfesionalidad del Estado, artículo 16.3 CE, es necesario ser conscientes de que este último es sólo una consecuencia del principio de libertad religiosa, establecido en el artículo 16.1 CE y, asimismo, que éste está íntimamente conectado con el principio de igualdad de trato y de no discriminación por razón de creencias religiosas recogido en el citado artículo 14 CE (29).

Y, aunque, la aplicación exclusiva del principio de igualdad —incluso en los términos del artículo 16.1 CE, que ya lo concreta y traduce a prin-

---

(27) Opina en este sentido ORTEGA y DÍAZ-AMBRONA: *Constitución y vivienda familiar*. .. cit., en pág. 37, que «... los principios rectores que la Constitución enumera como inspiradores del ordenamiento son duales... Quiero decir que no son únicos, sino varios y a veces, en apariencia, contradictorios, de suerte que un principio enumerado en un precepto ..., puede encontrar en otro artículo (o en el mismo) un contraprinipio o contrapeso de sentido distinto».

(28) Estaríamos en tal caso ante un tratamiento desigual, pero justificado por la aplicación de principios protectores acogidos en la Constitución y que, por esta razón, no vulneran el principio de igualdad del artículo 14 CE, por ejemplo protección de los menores, del consumidor...

(29) En este sentido, LLAMAZARES FERNÁNDEZ: *Derecho Eclesiástico del Estado Derecho de la libertad de conciencia*. Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1989, pág. 651. CIAURRIZ: *La libertad religiosa en el Derecho español Ley Orgánica de libertad Religiosa*. Tecnos, Madrid, 1984, especialmente págs. 34 y 117 y sigs.

cipio de libertad religiosa— puede conducir a proponer, como adecuado a los principios constitucionales, el trato igual para todas las confesiones religiosas (30), es decir, a admitir que todas las confesiones reconocidas por el Estado español deben gozar de la posibilidad de inscribir sus bienes inmuebles carentes de título escrito, mediante certificación acreditativa de dominio, expedida por las autoridades respectivas de cada una de estas confesiones.

No obstante, es el artículo 16.3 CE el que da la pauta para adecuar a la Constitución la legislación hipotecaria, en cuanto regula la inscripción de los bienes inmuebles de la Iglesia Católica, en el sentido de que es anticonstitucional la equiparación entre el Estado y cualquier confesión religiosa y que asimismo es anticonstitucional que se confundan funciones estatales y funciones religiosas.

PILAR DE LA HAZA DÍAZ  
Titular de Derecho Civil

---

(30) Esto es lo que mantiene MANZANO SOLANO: *Derecho Inmobiliario Registral...*, cit., pág. 455.

# El Derecho de transmisión en Uruguay

## I. TEXTOS LEGALES

1. El artículo 1.040 establece que «Si el heredero o legatario, cuyos derechos a la sucesión no han prescrito, fallece antes de haber aceptado o repudiado la herencia que se le ha deferido, transmite a sus herederos el derecho de aceptar o repudiar dicha herencia o legado, aun cuando fallezca sin saber qué se le ha deferido».

«Pero no se podrá ejercer este derecho sin aceptar la herencia de la persona que lo transmite (art. 1.052, inciso 3).»

ARTICULO 1.052 «No se puede aceptar o repudiar condicionalmente ni desde o hasta cierto día».

«La aceptación y repudiación son indivisibles, y no pueden hacerse sólo en parte.»

«Pero si la herencia deferida a una persona se transmite a sus herederos, según el artículo 1.040,1 puede cada uno de los transmisarios aceptar o repudiar su cuota.»

ARTICULO 1.038 «Se requiere que el sucesor a título universal o particular exista (arts. 835, 845 y 1.012) en el momento de abrirse la sucesión de la persona por quien se transmite la herencia o legado».

## II. LA DOCTRINA NACIONAL Y SU POSICION

2. J. IRURETA GOYENA (hijo) (*Curso de sucesiones*, tomo IV, «Disposiciones comunes a la sucesión testada e intestada», vol. 1, Centro Estudiantes de Derecho, Montevideo, 1960, pág. 42) señala que el requisito establecido por el artículo 1.040, consistente en que el transmisario acepte la herencia del transmitente para que pueda heredar por derecho de transmisión al primer causante «nos suministra, hasta cierto punto, la clave de la

aparente excepción contenida en la última parte del artículo 1.038, según la cual no se requiere que el transmisario exista al tiempo de la apertura de la sucesión que podríamos llamar transmitida».

«La explicación radica en que el transmisario no sucede por derecho propio, no reviste en puridad la calidad de sucesor (no cabe en verdad reconocerle “vocación”, aunque se la califique de indirecta) con relación al primer causante, sino que se presenta a la sucesión del éste revestido del ropaje de la personalidad jurídica del transmisor, ejerciendo la vocación de su propio causante. No siendo, pues, verdadero sucesor de aquel primer causante, no tiene por qué reunir él mismo las calidades necesarias para asumir el título de heredero o de legatario: no le alcanzan, personalmente, las reglas relativas a la capacidad y a la dignidad para suceder, que sólo resultan aplicables al transmisor...»

3. GATTI («El derecho de transmisión», *Rev. Fac. Derecho*, 1952, año III, núm. 1, pág. 167) señala que «El transmisario no es sucesor del causante, y ni siquiera puede reconocérsele vocación indirecta en su sucesión, ya que en realidad se presenta, valga la feliz expresión de IRURETA GOYENA (*h*), revestido del ropaje de la personalidad jurídica del transmisor, ejerciendo la vocación de su propio causante».

«De esta singular situación se deduce: 1.º) No tiene por qué reunir, con relación al causante, las condiciones jurídicas habilitantes para suceder, pudiendo ser, con relación a él, incapaz (art. 1.038), indigno (art. 846) o desheredado. 2.º) No estaría obligado a colacionar en el supuesto de que el transmisor hubiera recibido una donación del primer causante (arts. 1.103 inc. 3.º y 1.104).

3.º) Los requisitos necesarios para suceder deben cumplirse necesariamente en el transmisor con relación al causante, de modo, pues, que cualquier circunstancia constitutiva de incapacidad, indignidad, desheredación, que hubiera podido oponérsele, puede también serle opuestas personalmente a los transmisarios.

4.º) Igualmente pueden oponerse al transmisario todas las causales de incapacidad, indignidad o desheredación que lo afectaran con relación al transmitente.»

4. VAZ FERREIRA (*Tratado de las sucesiones*, tomo V, Montevideo, 1984, pág. 29) señala que en nuestro derecho conforme a lo dispuesto por el artículo 1.039, el transmitente adquirió la propiedad de la herencia de pleno derecho al fallecer el causante (primer causante), y en que por tanto la herencia del primer causante llega al transmisario como elemento integrante de la del transmitente; operando respecto a los bienes del primer causante dos sucesiones: del primer causante al transmitente, y del transmitente al transmisario. Aseverando VAZ FERREIRA que «En todos los casos, lo que se transmite no es sólo el derecho de aceptar o repudiar, sino una

herencia con el derecho de aceptarla o repudiarla». Criticando antes VAZ FERREIRA la posición de IRURETA GOYENA en cuanto éste señala que el derecho de aceptar o repudiar es el único derecho que transmite el transmitente al transmisario.

### III. LA ADQUISICION DE LA HERENCIA

5. El artículo 1.039 del CC establece que «Por el solo hecho de abrirse la sucesión, la propiedad y posesión de la herencia pasa de pleno derecho a los herederos del difunto...»

Artículo este en que se basan los que sostienen que en el caso de aplicación del derecho de transmisión estamos en presencia de dos sucesiones, una por el primer causante y otra por el transmitente, y en que el transmisario no es heredero del primer causante sino sólo del transmitente en cuya herencia ya se encuentra la de aquél.

Ahora, en la doctrina alemana KIPP (*Derecho de sucesiones*, tomo V, núm. 1, pág. 64) sostiene que «Mientras el heredero conserva el derecho de repudiar la herencia, es sólo heredero provisional. Puede todavía abandonar su posición jurídica por medio de repudiación (con efecto retroactivo)».

Se ha argumentado para concluir que en sistemas como el nuestro no existe delación o el *ius delationis* señalándose que delación significa ofrecimiento de la herencia y *ius delationis* derecho a adquirir la herencia deferida; y en el sistema de adquisición *ipso iure* no cabe decir que existe ni la una ni el otro, puesto que no hay ofrecimiento sino adquisición, no hay derecho a adquirir sino a repudiar.

GITRAMA (*Comentarios al Cód. Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO, vol. XXIX/3, pág. 6) señala que si por delación se entiende la atribución a una persona del derecho de suceder *mortis causa*, el *ius delationis* es un derecho de opción que vale en ambas clases o sistemas de adquisición hereditaria; ese derecho de opción es lo que se ofrece al llamado. En el sistema germánico de adquisición *ipso iure*, en que la herencia ya se ha adquirido por medio de la apertura de la sucesión y la vocación hereditaria, la adquisición se ha operado de modo provisorio o provisional, pues que, no hallándose constreñido el heredero a serlo, siempre puede ejercitar su *ius delationis* optando por repudiar; esto es, por ejercer un *ius repudiandi*. En el sistema romano de adquisición mediante aceptación, la delación, como atribución a una persona del derecho de suceder, asigna la opción en el sentido de aceptar —y así, adquirir— o repudiar.

«Creo que vale hablar de delación en ambos sistemas, y si se dice que en

el germánico mal puede optarse por adquirir lo que ya se tiene y, por ende, no queda útil sino el *ius repudiandi*, en el romano mal podría optarse por renunciar a algo que todavía no se tiene; y si lo que se desea es precisamente no llegar a adquirirlo, en principio debería bastar por no aceptar.»

Nuestro artículo 1.039 es seguidor del artículo 724 del *Code*, que establece que los herederos adquieren la herencia *ipso iure*, ellos *sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du defunt sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession; noción de saisine* que tiene a su vez su fuente en el derecho consuetudinario.

6. Ahora el adverbio «sólo», equivalente a solamente, que aparece en nuestro artículo 1.039, es en el artículo 554 del proyecto de CC español de 1851 donde aparece por primera vez en cuanto éste establecía que «Los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte, no sólo en propiedad, sino también en la posesión».

Pero para ser responsable *ultra vires hereditatis*, nuestro artículo 1.069 establece que es necesaria la aceptación pura y simple; no alcanza con la simple apertura legal —*saisine* de la herencia del causante—. En el mismo sentido, en el BGB se hace necesario —para el heredero ser responsable de las deudas hereditarias— una solemne afirmación exterior contenida en el certificado hereditario; documento judicial del que resulta aseverada frente a terceros la cualidad de heredero; esto es, la vocación y la adquisición de la herencia. No pudiendo el Juez expedir aquel certificado de oficio sino únicamente a instancia de parte, a petición del heredero (parágrafos 2.205 y sigs. del BGB), con cuyo *petitum* éste, en suma, manifiesta su aceptación y demuestra que en definitiva nadie adquiere sin o contra su voluntad.

FERRI (*Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, Milano, Dott. A. Giuffrè, Editore, 1960, págs. 10 y sigs.), al analizar el artículo 649, comma, 1.º CC, que establece que «*il legato si acquista automaticamente, senza bisogno di accettazione*», pero —como en nuestro sistema el heredero— el legatario tiene todavía la facultad de *rinunziare*.

Pero que el legatario adquiera la propiedad al fallecimiento del causante no implica que también la *fattispecie acquisitiva* del legado se perfeccione en ese mismo momento. Señalando FERRI que el momento de la adquisición del legado sea aquel de la muerte del testador es un dato pacífico que vale también para la herencia: la aceptación de la herencia tiene efecto retroactivo al momento de la apertura de la sucesión, que es aquel de la muerte del causante; estableciéndolo así el artículo 459 del CC. Todo esto no implica —señala FERRI— que también la *fattispecie* adquisitiva del legado se perfeccione en ese mismo momento. «*Non occorre l'accettazione, lo dice la legge, ma c'è "facolt' a di rinunzia" che, finché iln vita, lascia l'acquisto del legato in uno stato di pendenza, d'incertezza, di non definitività. Tale acquisto si perfeziona veramente con la caduta di questa "facoltà" o, più*

*correttamente, con la caduta delle condizioni e dei presupposti per un valido esercizio di essa. Il momento dell'acquisto del legato è quello della morte del testatore, ma la fattispecie acquisitiva raggiunge il suo compimento, cioè si perfeziona, solo quando il legatario non abbia più il potere di «rinunciare» al legato.*

*«Come bene osserva Cicu, se il bene legato venisse acquistato automaticamente e senza bisogno di accettazione, non avrebbe senso l'art. 650 CC che ammette che il giudice, su istanza degli interessati, fissi anzi un termine al legatario perché eserciti la facoltà di rinunciare. Ciò dimostra appunto che vi è uno stato di pendenza, d'incertezza, di non definitività che l'onere dal legato ed altri soggetti (i sostituti, i creditori, ecc.) possono avere interessi ad abbreviare...»*

Es así, como bien destaca FERRI (ob. cit., pág. 13): quien renuncia al legado no abandona nada, pero manifiesta la voluntad de no adquirir... Más precisamente la «renuncia» impide el perfeccionarse de la «*fattispecie dell'acquisto*» o, podría también decirse, interrumpe el procedimiento de adquisición del legado, que no había aún concluido. De otra parte, si se tratase de una adquisición ya perfecta, el inciso «*salva la facoltà di rinunciare*» (art. 649, comma 1, CC) no tendría ninguna razón de ser, porque es de gran evidencia que «*ogni acquisto di un diritto privato e perciò disponibile fa sorgere nell'acquirente una siffatta "facoltà"*».

Agregando luego que la renuncia al legado no es verdadera renuncia, esto es, «*atto dismissivo di un diritto acquistato, è dimostrato anche dal suo carattere retrattivo*». Ningún derecho sale del patrimonio del legatario porque el legatario es considerado por la ley como si no fuese jamás estado llamado al legado: «*lo si argomenta dall'art. 521 CC dettato per la rinunzia all'eredità*».

FERRI (ob. cit., pág. 22) más adelante señala que «*la rinunzia all'eredità non implica la dismissione dell'eredità como complesso di diritti e di obblighi, cioè come patrimoniol, o la dismissione dei singoli diritti che di essa fanno parte. Essa è un atto ostativo di un acquisto, cioè non è vera rinunzia*».

Lo que sale del patrimonio del repudiante es el derecho patrimonial de aceptar o repudiar dicha herencia como lo llama el artículo 1.040. Es así que CANO MARTÍNEZ DE VELASCO (*La renuncia a los derechos*, Bosch Casa editorial, pág. 14) señala que «No es, tampoco, renuncia el "rechazo", es decir, el no querer adquirir un derecho que se le ofrece a quien lo rechaza. En la renuncia el derecho objeto de ella se tiene y su titular lo extingue a consecuencia de un acto de disposición. El poder dispositivo está en el contenido del derecho y se manifiesta como autocapacidad de destrucción. En el "rechazo" el derecho rechazado no lo tiene, en el momento de efectuarlo, el rechazante sino que evita tenerlo rechazándolo. Para ello,

ejercita un poder inherente al ser titular del patrimonio en el que se trata de evitar que penetre el objeto rechazado, pero no se utiliza un poder dispositivo del derecho negado, ya que éste, por no tenerse, no se puede emplear».

7. MONSERRAT VALERO («La sucesión “*iure transmissionis*—, el concurso de delaciones en un mismo heredero y el impuesto de sucesiones», en *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario*, año XX —mayo-junio—, núm. 622, págs. 1045 y sigs.) cita a JORDANO FRAGA (*La sucesión en el ius delationis*, Madrid, 1990) en cuanto éste sostiene que el transmisario sucede al primer causante incluso en los sistemas germánicos de adquisición de la herencia. Señalando JORDANO FRAGA que «... tanto en el sistema romano como en el germánico existe un genuino *ius delationis* respecto del cual es suscitable el problema de su transmisibilidad (...) en favor de los herederos del llamado, cuando éste fallece sin haberlo ejercitado...» «Esto... es lo fundamental, y lo accesorio es que la distancia técnica de regulación que ambos sistemas siguen... dé un contenido diverso a ese *ius delationis* en el que, en su caso, se sucede... los sucesores del llamado transmitente en el sistema romano pueden aceptar o repudiar la herencia del primer causante; y... sus sucesores en el sistema germánico, que reciben con la herencia del transmitente la titularidad provisional de la del primer causante que aquél tenía..., al recibir, al mismo tiempo, ... la posibilidad de repudiarla que también tenía el transmitente..., pueden, igualmente, aceptar la herencia del primer causante... o pueden repudiarla. «Pero para JORDANO FRAGA también en el sistema germánico el transmisario que acepta (además de la herencia del transmitente) la herencia del primer causante se convierte en heredero de dicho primer causante. Mas —nos preguntamos— ¿cómo se va a convertir en heredero del primer causante, si heredero, como hemos visto antes, ya lo era el transmitente y de éste recibe la herencia del primer causante que ya se encontraba en el patrimonio del transmitente? Bien, la explicación de este autor es la siguiente: en la transmisión por el *ius delationis* del sistema germánico el transmisario recibe «la misma cualidad de heredero provisional del primer causante y la misma posibilidad de repudiar o adquirir definitivamente esta primera herencia».

ATIAS («Droit Civil. Les biens», tomo I, *Librairies Technique*, París, 1980, pág. 89) señala que «... las ventajas de un bien son reservables a una sola persona. El propietario tiene su monopolio; sólo él tiene el poder de servirse y de sacar provecho del bien que le pertenece como propio. Es preciso añadir que esta cualidad de propietario es necesariamente consentida: nadie puede ser obligado a aceptar una propiedad. Nadie es propietario sin quererlo».

8. Algo similar vemos en sede de otro modo de adquirir como lo es la usucapión o prescripción adquisitiva.

El artículo 1.189 del CC establece que «la prescripción es un modo de adquirir o de extinguir los derechos (art. 1.447, inciso 8.º)». «En el primer caso se adquiere el derecho por la posesión continuada por el tiempo y con los requisitos que la ley señala». El artículo 1.189 establece que «No se puede renunciar de antemano a la prescripción, pero sí a la que ya se ha consumado». «La renuncia puede ser expresa o tácita». «Renúnciase tácitamente, cuando el que puede alegarla manifiesta por un hecho suyo que reconoce el derecho del dueño o del acreedor, por ejemplo, cuando cumplidas las condiciones legales de la prescripción, el poseedor de la cosa la toma en arriendo, o el que debe dinero paga interés o pide plazo, y en otros casos semejantes.»

Y a su vez el artículo 1.191 establece que «La prescripción puede oponerse en cualquier estado de la causa, hasta la citación para sentencia, en primera, segunda o tercera instancia; pero los Jueces no pueden suplir de oficio la excepción que resulta de la prescripción (art. 248 del Código de Procedimiento Civil)». Díez PICAZO (*La prescripción en el Código Civil*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1964, págs. 35 y sigs.) señala que aquellos que ven en la prescripción la extinción de un anterior derecho se encuentran con la dificultad en que con la prescripción no siempre queda extinguido el derecho subjetivo considerado como unidad, sino que en muchas ocasiones únicamente una parte de su contenido se ve afectada por ella. Habría entonces únicamente una «modificación» o una «limitación» del derecho subjetivo, pero no una auténtica extinción del derecho.

Quizá para salvar esta dificultad WINSCHIED, y con él el CC alemán, han construido en torno a la figura de la prescripción la idea de «*Anspruch*» y han configurado la prescripción precisamente como una «*Anspruchentkraftung*» y no como una extinción de derechos.

Esta tesis, denominada de la «prescripción de pretensiones», distingue la «*Anspruch*» frente a la acción y frente al derecho subjetivo.

«*Anspruch*» es —se dice— un derecho dirigido a exigir o a reclamar de otra persona una conducta positiva o negativa, es decir, un hacer o un omitir. La «*Anspruch*» —que pertenece al mundo del derecho sustantivo— se distingue perfectamente de la *actio*, entendida como *ius persequendi in iudicio*, que se correspondería en la terminología alemana con la «*Klage*» o, acaso mejor, con el «*Klagerecht*». Pero la «*Anspruch*» se distingue también del derecho subjetivo considerado como la unidad del poder jurídico conferido a la persona. Derecho subjetivo es, por ejemplo, el derecho de dominio. «*Ansprüche*» son el poder de reivindicar, es decir, de exigir del poseedor la restitución de la cosa, el poder de defender la libertad del fundo exigiendo de otro una abstención de actos de uso o de disfrute, etc.

La palabra «*Anspruch*» ha sido, en alguna ocasión, traducida, entre

nosotros, como «pretensión», y se ha hablado así, como ya he dicho, de una «prescripción de pretensiones».

A juicio de Díez Pícazo (ob. cit., pág. 36) las «*Ansprüche*» son «facultades jurídicas»; llamando facultad a todo poder concreto que forma parte de un derecho subjetivo o de una situación jurídica. Agregando que «En este sentido, además, es en el que la ley civil habla de “acción— —acción en sentido sustantivo— y en el que se refiere a la prescripción de “acciones—. Estableciendo Díez-Pícazo que el verdadero sentido de la idea de *Anspruch* es el de facultad de exigir.

Es así como Díez-Pícazo entiende por derecho subjetivo una situación de poder concedida a la persona y compuesta por un conjunto de facultades que se agrupan unitariamente; y partiendo de esta idea asevera que lo inmediatamente afectado por la prescripción no es necesariamente el derecho subjetivo considerado como unidad, sino solamente alguna de las facultades que lo componen.

Entonces la prescripción no afecta de modo directo e inmediato al derecho subjetivo considerado como unidad de poder, sino únicamente a las facultades. La prescripción sólo afecta al derecho subjetivo mediadamente en cuanto que lo modifica, lo limita, o lo reduce. Sin embargo, cuando la facultad que prescribe es la que podríamos llamar la facultad de control o sustancial del derecho subjetivo, como es, por ejemplo, la de reivindicar respecto del derecho de crédito, la pérdida de la facultad coincide necesariamente con la pérdida del derecho.

Además, si fuera verdadera renuncia en la prescripción la propiedad no vendría al *vetus dominus*, sino que estaríamos ante una propiedad fiscal ya que conforme al artículo 481 del CC «Son bienes fiscales todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites del Estado, carecen de otro dueño». Siendo el fundamento de la propiedad fiscal, según Goyena (citado por Cambiasso, *Rev. AEU*, vol. 79, núms. 7-12, pág. 216), que lo que no pertenece a nadie en particular pertenezca al Estado como representante de la sociedad; esta máxima, que puede decirse de derecho universal, tiene además la ventaja de evitar conflictos y turbaciones que nacerían de adjudicar esta clase de bienes al primero que los ocupase.

Cambiasso (ob. cit.) parece ver en la renuncia del artículo 1.189 un caso de abandono, lo que hace que la respectiva cosa pase a ser propiedad fiscal.

Ortega Pardo («Donaciones indirectas», en *ADC*, tomo II, fascículo III, pág. 953) nos recuerda que «para hablar de liberalidad se precisa, además, que se renuncie a un derecho ya adquirido. En caso contrario no habrá efectivo traspaso de un derecho del patrimonio del renunciante al del que ha de beneficiarse, requisito necesario para la existencia de las donaciones directas», agregando luego que «... la renuncia abdicativa, en la que se abandona un derecho sin intención de transmitirlo a otra persona, no

constituye donación, sino un acto unilateral que si bien disminuye el patrimonio del renunciante, es, por sí mismo, como efecto voluntario de la renuncia, insuficiente para producir aumento en el patrimonio del que llega a beneficiarse de ella».

ALBALADEJO (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XXV, vol. 1.º, ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1993; pág. 134), luego de opinar que «la usucapión hace adquirir automáticamente el derecho de que se trata al usucapiente desde que vence el plazo que sea, pero reserva de que no lo renuncie, de modo que renunciándolo se considera que nunca lo adquirió; siendo su renuncia la declaración de la decisión de no aceptarlo». «Como la renuncia a una u otra prescripción se da ya con los efectos de ésta producidos, puesto que son automáticas, quiere decir que la renuncia no impide tal producción, sino que restablece la situación anterior, situación que era: ... en la adquisitiva, ser el titular de nuevo el anterior, pues aunque se había producido la adquisición del usucapiente, éste se borra, y vuelve a ser titular el antiguo.»

CESTAU («De la prescripción», *Rev. AEU*, vol. 71 (1-6), pág. 27) establece —creo que con indudable acierto— que «La renuncia de la usucapión cumplida sólo compromete el interés individual del que la hace. La renuncia a la usucapión cumplida no es un acto de enajenación, ya que la usucapión no opera de pleno derecho. Constituye tan sólo la abdicación del derecho de invocarla».

9. Creo que tanto en sede de usucapión cuando se han cumplido con los requisitos para adquirir la propiedad como en sede de sucesión, cuando se ha producido la apertura legal, lo que se adquiere en la facultad de adquirir por usucapión o de adquirir por sucesión; faltando en ambos casos para que podamos hablar de propiedad del bien usucapido o de la herencia adquirida el consentimiento del beneficiario, hasta ese momento sólo existe una facultad de contenido patrimonial de hacerse propietario que bien puede llamársela de «heredero provisional» o «propietario provisional», a pesar del artículo 1.188, que establece que «... se adquiere el derecho por la posesión continuada por el tiempo y con los requisitos que la ley señala» y del artículo 1.039; ya que ambos artículos deben ser interpretados en tal forma con los demás «de manera que haya entre todos ellos la debida correspondencia y armonía». Y es así que creo que la debida correspondencia con los artículos 1.040, 1.051, 1.052, 1.053, 1.070 y 1.066 es siguiendo la interpretación aquí sustentada. Ya que si ya era propietario qué sentido tendría la acción interrogatoria o la acción del artículo 1.066, que permite a los acreedores «aceptar por el deudor», alcanzaría para este caso sólo una inoponibilidad de la repudiación por una acción pauliana, si se entiende que ésta sólo es de inoponibilidad, ¿o será que es necesaria la aceptación para incorporar definitivamente la herencia al patrimonio del deudor?

Pero una vez que se reúnen los requisitos exigidos para que se verifique la usucapión (arts. 1.196, 1.204 y 1.211 para inmuebles), no se adquiere *ipso iure* la propiedad; sino que lo nace es «la facultad de invocar la prescripción, más abreviadamente, la «facultad de prescripción» (Cfme. Díez-PICAZO, ob. cit., pág. 47). Es así que el efecto prescriptivo nace y se produce *ex voluntate* y, por tanto, no en el momento de cumplirse el plazo (en el que sólo nace la facultad de adquirir la cosa por prescripción), sino en el momento en que la prescripción es invocada o alegada.

Esto que señala Díez-PICAZO entiendo es enteramente aplicable en nuestro derecho, ya que adoptando tal tesis es de la única forma que se puede contestar la pregunta que formula el mismo Díez-PICAZO: «¿Cómo se concilia con el necesario ejercicio de la facultad de prescripción el pretendido efecto automático? ¿Cómo puede decirse que un efecto automáticamente producido necesita un acto de voluntad particular?»

Esto es coherente con que la «prescripción» no se pueda «suplir de oficio», debiendo necesariamente ser opuesta o promovida a nivel procesal o extraprocesalmente aceptada la facultad de prescribir, o mejor dicho, de adquirir por modo prescripción.

Corroborra la posición de Díez-PICAZO que la prescripción no extingue el derecho sino «la facultad de exigir» lo dispuesto por el artículo 1.442 nal. 3.º del CC en cuanto establece que «Son obligaciones naturales: 3.º) Las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción».

10. Además corrobora esto que en nuestro derecho existen dos principios: 1. El señalado por el artículo 489 del CC en cuanto establece que «El dominio o propiedad se considera como una calidad inherente a la cosa, como un vínculo real que la liga al dueño, y que no puede romperse sin hecho suyo», principio que se resumiría en que no se puede perder el dominio sino es por acto propio del propietario; 2. El segundo principio se enunciaría así: no se puede adquirir la propiedad «sin hecho suyo» del propietario, principio que antes señalábamos citando a ATÍAS cuando éste afirmaba que la «cualidad de propietario es necesariamente consentida: nadie puede ser obligado a aceptar una propiedad. Nadie es propietario sin quererlo».

Y entiendo que este es un verdadero principio siguiendo a COVIELLO (*Doctrinas generales de derecho civil*, pág. 98) en cuanto éste señala que los «... principios no pueden ser otros que los principios fundamentales de la misma legislación positiva, que no se encuentran escritos en ninguna ley, pero que son los presupuestos lógicos necesarios de las distintas normas legislativas, de los cuales deben deducirse exclusivamente en fuerza de la abstracción».

Es así que en sede de prescripción se habla de renuncia, como en sede de sucesiones de repudiación. No siendo ni una ni otra verdadera renuncia,

entendiendo por ésta aquel acto o negocio jurídico que tiene carácter dispositivo por el que se desprende del respectivo derecho el renunciante-otorgante; pero mal puede disponer de un derecho que no adquirió ni adquirirá, ya que para ello es necesaria su voluntad afirmativa, sino que cabe en lo que CANO MARTÍNEZ DE VELASCO llama rechazo y L. FERRI «*rifiuto*», impidiendo así culminar el proceso adquisitivo. Si de algo se desprende el heredero repudiante o el «usucapiente» «renunciando» es de la facultad de hacerse propietario, ya que sólo ello es lo que integra su patrimonio.

#### IV. EL TRANSMISARIO HEREDA AL PRIMER CAUSANTE

11. En nuestro derecho del propio CC surgen textos que sirven de apoyo para sostener que el transmisario es heredero del primer causante, recibiendo del transmitente el *ius delationis* más no la herencia.

En primer lugar si en el transmitente se encontrare ya en su patrimonio la propiedad de la herencia del primer causante, al fallecer éste sus herederos adquieren por modo sucesión su herencia dentro de la que se encontraba la del primer causante. Ya que sucesión «... es la acción de suceder al difunto y representarle en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte» en «... la masa de bienes y derechos que deja una persona después de su muerte». Pero si la propiedad de los bienes (y titularidad de las deudas) del primer causante por su sola muerte pasan al heredero llamado (transmitente), formando así la herencia en el sentido del artículo 777, ya estaría fundida esa herencia en el patrimonio del segundo causante (transmitente); cosa que no es así ya que el artículo 1.040 me permite distinguir la categoría de bienes que formaban el patrimonio de este segundo causante y que, transmisibles por modo sucesión, son adquiridos por sus herederos considerándolos *sub specie universitatis* en forma unitaria, y una segunda categoría de bienes que está formada por ese grupo de bienes —y deudas—, considerados unitariamente (*sub specie universitatis*)— que integran la herencia del primer causante, del cual no se transmite su propiedad y posesión sino algo distinto que es «el derecho de aceptar o repudiar dicha herencia».

Tan es así que dichas herencias son susceptibles de dos aceptaciones distintas, para adquirir en forma definitiva (o culminar el proceso adquisitivo) la herencia del primer causante es necesario que el transmisario otorgue dos negocios jurídicos autónomos; ambos negocios jurídicos son aceptación, pero son autónomos ya que uno tiene por objeto la herencia del transmitente y el otro la herencia del primer causante. Lo que demuestra que se trata de dos herencias: susceptibles de dos consecuentes aceptaciones. Si fuere una misma herencia ¿para qué otorgar dos aceptaciones?

A su vez el artículo 864 establece que «El derecho de transmisión excluye al de sustitución, y el de sustitución al de acrecimiento»; y el artículo 1.048 que «El derecho de transmisión, establecido por el artículo 1.040 excluye el de acrecer».

Estos artículos citados establecen que se hereda por derecho de transmisión; y tanto se hereda por derecho de transmisión que éste excluye a otros derechos por los que se hereda siempre al primer causante como son el derecho de sustitución (art. 858), llegando a establecer el artículo 861 del CC que «El sustituto del sustituto se entiende serlo también del heredero de primer grado», y lo mismo se puede decir del derecho de acrecimiento según lo establecido en los artículos 1.044 y 1.045.

Si la herencia del primer causante ya se encuentra adquirida en el patrimonio del segundo causante (transmitente) y de éste se transmite por modo sucesión al transmisario, ¿para qué establecer el CC un derecho a heredar al primer causante?, ¿si por este derecho no se hereda al primer causante cómo se puede explicar que este derecho del transmisario excluya derechos en virtud de los cuales se hereda al primer causante como son los derechos de sustitución y acrecimiento?

12. VALLET DE GOYTISOLO (en «Panorama del derecho de sucesiones», tomo I, *Fundamentos*, Ed. Civitas, Madrid, 1984, pág. 43) señala que *Suceeder, succedere*, en el lenguaje jurídico clásico, explica FRITZ SCHULTZ, significa ocupar el lugar anteriormente ocupado por otra persona o cosa, y, especialmente, el sub/entrar de un heredero *in locum* o *in ius defuncti*. Cuando se usa el vocablo de su estricto sentido, su significación es que el heredero viene a ocupar la posición del *defunctus*, en derecho privado significa que el sucesor subentra en bloque en los derechos y deberes del *de cuius*, en tanto estos derechos y deberes sobreviven a la muerte del *de cuius*, de *is de cuius hereditate quaeritur* o *agitur*.

GAYO, en su *Instituta*, 2.18 y s., distingue la adquisición de cosas singulares, d.97 *quedmadmodum singulae res adquirentur*, y la adquisición en bloque de una pluralidad de cosas, 2.97 *quibus modis per universitatem res nobis adquirentur*, considerando esta última como *successio*. También considera *successio* el supuesto de adquirente *per universitatem* el *pater adrogans*, adquisición *per adrogatio*, el patrimonio del hijo adoptado.

Los conceptos de *successio in locus* o *in ius* y de la *successio in universum ius* como *adquisitio de la hereditas* correspondan a concepciones conceptuales diferentes, sino que suponen dos visiones conceptuales del mismo fenómeno. Entre ambas completan la visión de éste, como la visión de las diversas perspectivas de un cuerpo físico, en quietud y en movimiento, completan su total examen. En este sentido, BIONDI ha entendido que la frase *successio in universum ius*, lejos de ser pleonástica, resulta apropiada en cuanto indica el modo y el objeto de la *successio*,

expresa, en suma, que se trata de la esfera jurídica concebida como unidad compleja.

La *successio in ius* significa la subrogación del heredero en la situación del *de cuius*, es un tránsito de la situación jurídica del causante al heredero. Enfoque del fenómeno sucesorio que vemos en el artículo 776 del CC cuando define la sucesión o herencia como modo universal de adquirir, es la acción de suceder al difunto, y representarle en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte. Se llama heredero el que sucede en esos derechos y obligaciones. La *hereditas* como *universitas* no es sino fruto de la consideración unitaria del fenómeno hereditario para determinadas relaciones y fines jurídicos precisos, unidad que no existe, como señala VALLET DE GOYTISOLO, con relación al difunto ni con relación al heredero, es decir, ni antes ni después de operado el fenómeno sucesorio, sino sólo al operarse. Concepción del fenómeno sucesorio que se muestra en el artículo 777 de nuestro CC cuando establece que la palabra herencia puede significar también la masa de bienes y derechos que deja una persona después de su muerte, deducidas las cargas.

Es así como en el mundo hereditario van unidas la acción de suceder del heredero, el ser tal heredero, con la simultánea adquisición de ese conjunto de bienes del causante que conforman la categoría lógica que hace que se los considere unitariamente respecto de ciertas relaciones, que comprende también las deudas, que se llama herencia.

Es así como las expresiones *hereditas/successio* y *hereditas/universitas* no muestran concepciones incompatibles, sino, por el contrario, la primera expresa el fenómeno entero desde el punto de vista causal, mientras la *universitas* designa una parte del mismo, en su aspecto de adquisición patrimonial, observado desde el punto de vista de sus consecuencias, como lo señala VALLET DE GOYTISOLO (en *Estudios de derecho sucesorio*, vol. I, 2.ª ed., Ed. Montecorvo, Madrid, 1987, pág. 529). Son así dos enfoques del mismo fenómeno, el fenómeno sucesorio.

Trasladado lo establecido en nuestros artículos 776 y 777, y la unidad de ambas perspectivas del fenómeno sucesorio, al ámbito del derecho de transmisión hace que nos preguntemos si es posible que el transmitente adquiera, según la posición mayoritaria en nuestro país, la cualidad de heredero y no la herencia. Cómo es posible que el transmitente sea heredero y no adquiera la universalidad de derecho llamada herencia es conatural al ser heredero. Y no adquiere la herencia, ya que si la hubiere adquirido los bienes y deudas que se transmitieran por modo sucesión del primer causante al transmitente ya se encontrarían formando parte del patrimonio de éste y, al fallecer, transitarían al patrimonio de sus herederos integrando una única universalidad de derecho, herencia que sería la del transmitente. Pero no es así, ya que el mismo artículo 1.040 así lo señala al establecer que el

transmitente transmite a sus herederos el derecho de aceptar o repudiar dicha herencia, o sea, que ésta no se encontraba fundida en el patrimonio de aquél. Es así que aquí llegamos a una etapa importante en el análisis del derecho de transmisión, ya que si fuera la correcta la posición mayoritaria en nuestro país se me tendría que admitir que puede llegar a existir una disociación entre el ser heredero y adquirir la herencia. Tendríamos un caso de heredero no adquirente de herencia.

MONSERRAT VALERO («La sucesión *iure transmissionis*, el concurso de delaciones en un mismo heredero y el impuesto de sucesiones», en *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXX/mayo-junio, núm. 622, págs. 1.046 y sigs.) señala que la tesis de que el transmisario adquiere la herencia del primer causante directamente de éste presenta un argumento más sólido, si bien ha de resolver la dificultad que plantean sus opositores. Dificultad que parece más fácil de resolver que explicar cómo el transmisario adquiere del transmitente una herencia que aún no se hallaba en el patrimonio de éste. A lo cual agrega este profesor de la Universidad de Barcelona que, de todas formas, aun admitiendo que el transmisario adquiriera la herencia del primer causante directamente de éste, es verdad que la adquiere a través de un *ius delationis* recibido del transmitente.

Nuestro artículo 1.053 establece que nadie puede aceptar o repudiar sin estar cierto de haberse abierto la sucesión, y de su calidad de heredero. Si el transmisario puede repudiar la herencia del primer causante es porque está cierto de su calidad de heredero, si no fuere heredero cómo podría repudiar una herencia. Es así que MONSERRAT VALERO señala que, en efecto, parece que la facultad de repudiar una herencia sólo podría corresponder al heredero. Si el heredero puede hacerlo es porque ha recibido del transmitente, también, la cualidad de heredero provisional.

CLARO SOLAR (en sus *Explicaciones de derecho civil chileno*, tomo VII, núm. 60) señala que el derecho de transmisión no es una particularidad, sino una simple aplicación del derecho de sucesión de la herencia en la cual se contiene la facultad de aceptar o repudiar la herencia o legado que se ha deferido al *de cuius*, y de que no puede disponerse en favor de otro, mientras aquel a quien se defirió no haya manifestado su voluntad de repudiar, ya que aceptándola se extingue toda expectativa de los demás llamados y se entiende haberla adquirido en el momento de la delación.

Agregando luego CLARO SOLAR que «Pero, como el simple llamamiento del heredero o legatario a aceptar o repudiar la herencia o legado, no incorpora inmediatamente dicha herencia o legado en su patrimonio, si no manifiesta su voluntad de aceptar la asignación, podía suscitarse la duda que con su muerte quedara sin valor el llamamiento y que sus herederos no pudieron aceptar o repudiar la asignación, a pesar de hallarse *in sua facultate*, y el legislador quiso salvar esta duda reconociendo en forma

expresa el derecho de los herederos a aceptar o repudiar aún la asignación que el de *cujus* no había aceptado ni repudiado por ignorar que se le había deferido.

13. LACRUZ (*Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1981, págs. 55 y sigs.) señala como objeción a la admisión de la posición que sostiene que el transmisario es heredero del primer causante que con la misma se llegaría a la paradoja que en caso de sucesión testamentaria del primer causante podría resultar heredera una persona ajena a la voluntad testamentaria; y en el caso de sucesión legal una persona ajena a cualquier relación de parentesco en la que se basa la ley para deferir la herencia. «La ley no puede hacer que el transmisario sea directamente llamado a ella, puesto que el primer causante no ha pensado en él ni lo ha nombrado en el testamento», asevera LACRUZ.

ALBALADEJO («La sucesión *iure transmissionis*», en *ADC*, 1952, pág. 955) señala, rebatiendo la posición de LACRUZ, que «Por último, suceder al primer causante convierte al adquirente del *ius delationis* en heredero de aquél. Contra ello carece de validez afirmar que heredero sólo puede serlo el llamado (por lo cual sólo podría ser heredero del primer causante el transmitente, y el transmisario sería heredero de éste, aunque recibiese la herencia de aquél, o sea, recibiría el contenido de tal herencia, pero no el título de heredero del primer causante), pues heredero es el que sucede a título universal, aunque el derecho a tal sucesión no lo tenga por ser llamado a ella, sino por haberlo adquirido del llamado».

Entendiendo ALBALADEJO (ob. cit., pág. 945) que no hay un segundo llamamiento en favor de los herederos del segundo causante, sino que subsiste la delación en favor de los herederos del segundo causante, pero subrogándose en su lugar sus herederos: subsiste esta delación, es decir, subsiste el *ius delationis*, que nació del primer llamamiento. Pero con la muerte de su titular, tal *ius* se transmite a sus sucesores. Por lo cual cambia el sujeto que puede adquirir la herencia una sola vez deferida. Pero el derecho en base al que la adquisición sigue siendo el mismo que tenía su transmitente.

El primer causante, para no caer en el caso que termine sucediendo un desconocido como señala LACRUZ, la tiene él mismo teniendo el poder de excluir la transmisión del *ius delationis* y evitar así tener un heredero que no le plazca.

14. El transmitente no había culminado su proceso adquisitivo («la *fattispecie acquisitiva*»), cuando le sorprende la muerte; adquisición que se produce —en su perfeccionamiento—, como ya se señalara, con la aceptación o en su caso con la caducidad de la facultad de repudiar (arts. 1.067, 1.068, 1.086, 1.070, inc. 1.º del CC). Es así que la muerte del llamado «heredero provisional» —como surge de la propia existencia del

art. 1.040— no significa adquisición (culminación de la *fattispecie adquisitiva*), transmitiéndose a sus herederos «el derecho de aceptar o repudiar «la herencia que se le ha deferido».

JORDANO FRAGA (citado por MONSERRAT VALERO, ob. cit., pág. 1047) admite que la cualidad de heredero provisional conlleva el ser «titular provisional de las relaciones hereditarias» y que al establecer que «la adquisición definitiva de la herencia es, también aquí, resultado que depende de la voluntad del llamado a la sucesión», admite que antes ha habido ya una adquisición provisional. Pero si esto es así, ¿qué razón hay para que en los sistemas germánicos si el transmitente ya es heredero de la herencia del primer causante transmita al transmisario, junto con la herencia de aquél, la cualidad de heredero provisional?

MONSERRAT VALERO (ob. cit., pág. 1048) señala que «... quizá también podríamos entender que el transmisario es llamado a la herencia del primer causante si admitimos que, junto con la sucesión legítima a que hace referencia el artículo 658 del CC, fundada en la relación de parentesco entre causante y heredero, hay otra clase de sucesión legítima ordenada por la ley en el supuesto especial del artículo 1.066 del CC, en virtud de la cual se llama a suceder no a los que guardan una relación de parentesco con el causante, sino a los herederos que acepten la herencia del primer causante, que muere sin aceptar ni repudiar la herencia».

Y aquí pienso dónde está la clave del tema, en que el mismo CC me consagra esta forma de sucesión legítima (para usar las expresiones de MONSERRAT VALERO) o derecho de suceder al primer causante que es el derecho de transmisión. No hay más de qué hablar ante la disposición legal; haciendo mías las palabras de MONSERRAT VALERO citadas.

15. ALBALADEJO (ob. últ. cit., pág. 954), al comparar la sucesión *iure transmissionis* y la sucesión *iure repraesentationis*, sostiene que «tanto en la sucesión *iure repraesentationis* como en la sucesión *iure transmissionis* hay una sola delación de la herencia del causante».

«En la sucesión *iure repraesentationis* tal delación atribuye un *ius delationis* directa y originariamente al denominado representante. En la sucesión *iure transmissionis* la delación atribuye el *ius delationis* al transmitente, y luego, de éste, derivativamente, lo adquiere el transmisario.»

Pero, como sostiene ALBALADEJO, tanto el representante como el transmisario son herederos del causante (único para el representante [art. 1.018] y primero para el transmisario) porque ambos, ejerciendo el derecho de aceptar o repudiar la herencia deferida (*ius delationis*) —que uno adquirió originariamente y otro derivativamente— reciben la herencia de aquel causante, recta vía, y no a través del representado o del transmitente. El papel de éstos es sólo el siguiente: el del representado servir para concretar quién es el sujeto a cuyo favor se producirá la delación; el del transmitente ser

mero instrumento de traspaso del *ius delationis*, pero no de la herencia a que éste da derecho.

A lo cual para clarificar, ALBALADEJO agrega que (ob. cit. últ., pág. 960), en el derecho de representación hay sólo un causante y un sucesor, no interviniendo el representado en los traspasos hereditarios; «mientras que en la sucesión *iure transmissionis* hay dos causantes y dos sucesores. Pero la duplicidad de sucesiones no se refiere a un doble paso de la misma herencia, sino a que hay un solo paso de ésta —igual que en la sucesión *iure repraesentationis*— del causante al transmisario, y hay, además, otra sucesión en el *ius delationis* que va comprendido en la herencia del transmitente. Cuya sucesión falta en el caso de la sucesión *iure repraesentationis*».

Estando el fundamento de la sucesión *iure transmissionis* en que al suceder *mortis causa* se reciben del sucedido sus derechos transmisibles *mortis causa* y, entre ellos, el *ius delationis*.

16. Al comienzo ya se citó el artículo 1.052, que luego que en su inc. 2.º establece que «la aceptación y repudiación son indivisibles, y no pueden hacerse sólo en parte», en su inc. 3.º dice que «Pero si la herencia deferida a una persona se transmite a sus herederos, según el artículo 1.040, puede cada uno de los transmisarios aceptar o repudiar su cuota».

IRURETA GOYENA (h) (ob. cit., págs. 40 y sigs.), al analizar el artículo 1.052, inc. 3.º, frente al 1.052, inc. 2.º y al 1.073, señala que «Parece, a primera vista, atendiendo al sentido literal del texto y a su correlación con el apartado anterior del mismo artículo, manifiesta la intención del legislador de introducir una excepción al principio de la indivisibilidad de la aceptación. Si la disposición se hubiere limitado a consagrar la libertad del transmisario para repudiar su cuota, la solución resultaría sencilla: la libre facultad de repudiar para uno o más de los transmisarios no obstaría a que, de acuerdo con el artículo 1.073, el o los aceptantes lo hiciesen por la totalidad. Lo que torna incisiva la duda es que el texto declara la libertad del transmisario para aceptar específicamente su cuota —vale decir, una porción de la sucesión del primer causante medida por la extensión de su vocación en la herencia del transmisor...— Lo mismo establece el artículo 944, respecto de la transmisión de los legados».

Agregando luego IRURETA GOYENA: «Yo creo que para la correcta inteligencia del último apartado del artículo 1.052 (cuya fuente directa se halla en el Código Chileno), su tenor literal debe armonizarse con el del artículo 1.073, tomado del Proyecto de GARCÍA GOYENA. Este texto fuente, apenas modificado en nuestro Código por la supresión del 1.º inciso (probablemente considerado inútil por el codificador NARVAJA), imponía la indivisibilidad de la aceptación incluso para los transmisarios, y no sólo para los sucesores directos. En realidad, el problema que debió presentarse a nuestro codificador, y que trató de solucionar en el último apartado del

artículo 1.052, fue el de si el derecho de opción acordado a los transmisarios, requería en uno u otro sentido, aceptación o repudio, la decisión unánime de aquellos representantes del transmisor. El requisito de la unanimidad, que bien hubiera podido sostenerse como una consecuencia de la indivisibilidad del derecho de opción comunicado por el sucesor directo a los transmisarios, hubiese creado dificultades prácticas insalvables en el supuesto de divergencia de opiniones. Y, por tanto, es razonable admitir que el legislador, no creyendo justo imponer ni la aceptación ni el repudio colectivos (en lo que atañe a la discrepancia sobre la forma de la aceptación, el segundo apartado del artículo 1.073, en circunstancias análogas y por razones obvias, impone una solución colectiva), sólo haya entendido permitir el ejercicio individual del derecho de opción, sin llegar por ello a la derogación total del principio de la indivisibilidad de la aceptación. En consecuencia, opino que, no obstante, la redacción poco feliz del último inciso del artículo 1.052, el o los transmisarios que acepten la sucesión transmitida pueden y deben hacerlo por la totalidad de la misma, o de la cuota asignada al transmisor. La misma interpretación se impone con mayor motivo respecto del artículo 944, puesto que fue tomado de GARCÍA GOYENA».

17. GATTI (ob. cit., pág. 161), refutando o tratando de refutar la tesis de IRURETA GOYENA (h), señala que: 1. Del tenor literal de la ley, surge en forma indubitable, el designio del legislador de establecer la libertad de los transmisarios de aceptar individualmente su cuota. Transcribiendo los inc. 2.º y 3.º del artículo 1.052. La libertad individual acordada a los transmisarios para aceptar o repudiar su cuota, no fue consagrada por el codificador en una disposición incidental sin vinculación o conexión con el principio de la indivisibilidad de la aceptación, sino por el contrario, fue establecida inmediatamente después de haber sancionado el aludido principio, y dentro de una misma disposición legal.

Agregando GATTI que «la fórmula legal nos indica, además, claramente que la finalidad del legislador fue establecer una excepción al principio consagrado en el inc. 2.º del artículo 1.052. Pero —dice el legislador— si la herencia deferida a una persona..., es decir, está proclamando la consagración de una limitación, separación o excepción de la regla consagrada en el inciso anterior». «2. La diversidad de fuentes inspiradoras de las normas legales nos lleva precisamente a la conclusión contraria a la preconizada por el Dr. IRURETA GOYENA (h). NARVAJA, para regular el derecho de transmisión, así como para reglar los principios que informan la libertad de los transmisarios para aceptar o repudir su cuota, se separó deliberadamente de las normas consagradas en el proyecto español del 51, para seguir las directivas adoptadas por BELLO en su Código Civil, de modo, pues, que dentro de las normas de hermenéutica debemos, para solucionar la cuestión

planteada, recurrir a la doctrina del Código Civil Chileno y no a las soluciones acordadas en su proyecto por GARCÍA GOYENA».

«Es innegable que para redactar el artículo 1.073 nuestro codificador copió casi al pie de la letra los inc. 2.º y 3.º del artículo 836 del Proyecto español del 51, pero suprimió el inc. 1.º de esa disposición, que trataba precisamente del derecho de transmisión, regulando ese derecho en una disposición autónoma, el artículo 1.040, que reproduce casi sin variaciones sensibles el artículo 957 del CC chileno.»

«Tampoco es GARCÍA GOYENA el modelo de NARVAJA para formular los principios consignados en el artículo 1.052, puesto que el inc. 1.º reconoce como fuente el artículo 1.227 del CC Chileno, y los inc. 2.º y 3.º fueron calcados literalmente del artículo 1.228 del mismo cuerpo legal.»

3.º La doctrina chilena apoya abiertamente la solución que preconizamos. CLARO SOLAR, después de recordar que el principio de la indivisibilidad de la aceptación, carece actualmente de fundamentación adecuada, pues en realidad no es más que una reminiscencia de lo que sucedía en el antiguo derecho, en el que no se podía suceder en parte testado y en parte intestado agrega: «Si es uno solo el heredero del heredero o legatario que fallece sin haber aceptado la asignación que se le ha deferido, debe naturalmente aceptar la totalidad de la herencia o legado, no podría aceptar solamente una parte o cuota de la asignación y repudiar el resto.» «Pero si son dos o más los herederos a quienes se transmite el derecho de aceptar o repudiar la asignación, ¿cómo pueden ejercitar este derecho? En el hecho, no puede haber dificultad, puesto que se trataría de una asignación hecha a varios sin designación de cuotas entre ellos y que tendrían que dividirse la asignación por partes iguales. No siendo obligatorio el derecho de aceptación de la herencia, cada heredero puede libremente aceptar o repudiar la cuota que le toca en la asignación; y no están obligados todos ellos a aceptar o repudiar conjuntamente, de modo que la asignación puede ser aceptada por uno o más de los herederos en la cuota que le corresponde, y ser rechazado por uno u otro.»

Luego, refiriéndose a la disposición del inciso 2.º del artículo 1.228 CC Chileno (nuestro inc. 3.º, art. 1.052), expresa: «No es este en realidad un caso de excepción a aquella regla, puesto que siendo cada transmisario llamado a una cuota, el derecho de aceptar o repudiar cada uno de ellos la asignación no puede referirse a la totalidad de ella, sino a esa cuota. No necesitan los varios herederos del transmitente ponerse de acuerdo para aceptar o repudiar la asignación, porque como herederos que son del transmitente, cuya herencia han aceptado y que tienen que dividirse entre sí por partes iguales o según las cuotas de herencia que les haya dejado su autor, encuentran en la herencia el derecho de aceptar o repudiar que, como los demás bienes o derechos, se dividirá entre ellos por partes iguales o cuotativamente.»

«La pretendida excepción es, pues, la simple aplicación de las reglas generales en materia de sucesión hereditaria, cuando los asignatarios son varias personas llamadas a la misma asignación. No habiendo cuotas designadas para cada uno de los llamados a la asignación, deben dividirla entre sí por partes iguales, y cada uno debe aceptar libre y separadamente su cuota.»

«Esto que ocurre en caso de transmisión está manifestando la falta de fundamento de la disposición que prohíbe aceptar una parte o cuota de la asignación y repudiar el resto, pues manifiesta que no hay inconveniente legal alguno que haga necesaria esta regla.»

«4.º La solución que aceptamos, en cuanto a la libre determinación de los transmisarios para aceptar individualmente su cuota, de conformidad con el artículo 944, se impone con mayor razón en los legados ya que en este caso, guarda absoluta correspondencia el tenor literal de la ley con la fuente inspiradora de la norma.»

«No sólo el sentido literal del artículo 944 (al igual que el inciso 3.º del art. 1.052) surge evidente el designio del codificador de consagrar la facultad individual de los transmisarios de aceptar por cuotas partes el legado transmitido, sino que del comentario de GARCÍA GOYENA al artículo fuente de nuestra disposición legal, se revela también que el autor español reconocía expresamente, la facultad de aceptar individualmente, la parte que a cada uno de los transmisarios le correspondía en la asignación.»

Comentando el artículo 706 del Proyecto del 51 expresa GARCÍA GOYENA: «Por la muerte del legatario se divide el legado en tantas partes como herederos deja; y en la misma proporción que heredan: el legado se fracciona y multiplica.»

18. VAZ FERREIRA (ob. cit., págs. 34 y 35) señala que «Nosotros, repetimos, entendemos que aún para cada uno de los transmisarios, rige el principio de la indivisibilidad de la aceptación, y que lo único que ha querido rechazar el Código es el exagerado alcance que a dicha indivisibilidad se atribuye en otros sistemas, al excluir la posibilidad de que, de los transmisarios, unos acepten y otros repudien la herencia transmitida». Agregando luego que «Volviendo a nuestro Código: conforme a la interpretación contraria a la nuestra, el artículo 1.052, parte final, debería leerse como si dijera: “Puede cada uno de los herederos aceptar su cuota y repudiar la que le corresponde por acrecimiento—. Pero el texto no dice así, sino que dice “puede cada uno de los herederos aceptar o repudiar su cuota—; y si la acepta rige indiscutiblemente la regla del artículo 1.045: «El coheredero o coherederos no pueden aceptar su parte propia y repudiar la que se les defiere por acrecimiento, ni al contrario».

19. El artículo 1.052, en su inc. 3.º, me habla de «herencia deferida», como el artículo 1.040 del «derecho de aceptar o repudiar dicha herencia»;

usando el artículo 1.070 la expresión «El derecho de aceptar o repudiar la herencia». Expresiones que usa nuestro codificador para referirse al *ius delationis*.

El artículo 1.052, en su inc. 3.º, refuerza la argumentación en que los transmisarios heredan al primer causante; es por ello que aceptan su herencia, de lo contrario sería una aceptación de una herencia hecha por un no heredero, violándose el requisito que exige el artículo 1.053 en cuanto establece que nadie puede aceptar «sin estar cierto de su calidad de heredero».

Es más, no creo que exista una derogación del principio de la indivisibilidad de la aceptación consagrado por el artículo 1.053 y el artículo 1.073, señalando éste que «Si son varios los herederos, y no hay acuerdo entre ellos sobre la aceptación de la herencia, aceptarán los que quieran, y los que no repudiarán; pero los que acepten lo harán por la totalidad».

Si heredero fuera el transmitente, era lógica la exigencia de la indivisibilidad de la aceptación otorgada por los transmisarios; ya que éstos aceptarían «por el transmitente» único heredero —o coheredero en su caso— a quien convierten en heredero definitivo y así a la «herencia deferida» en herencia adquirida. IRURETA GOYENA (h) dice —en los párrafos transcritos— que lo que quizá el legislador fue obviar el requisito de la unanimidad en la aceptación o repudiación otorgada por los transmisarios (aceptación o repudio colectivos), permitiendo sólo el ejercicio individual del derecho de opción; concluyendo que el o los transmisarios pueden y deben hacerlo por la totalidad de la herencia.

Pero yo no me limito a ver en el inc. 3.º del artículo 1.052 un intento del CC de rechazar el exagerado alcance que a la indivisibilidad se atribuye en otros códigos civiles —decisión colectiva— como dicen IRURETA GOYENA y VAZ FERREIRA. Yo veo, en el artículo 1.052, una aplicación de la regla del artículo 1.040, viendo en el mismo una manifestación legal que los transmisarios son herederos del primer causante; no quedándome en ver en el citado artículo una mera intención del codificador.

El concepto de heredero, como continuador de las relaciones jurídicas del causante, llamado a la herencia —escribe VALLET DE GOYTISOLO (ob. cit., tomo I, pág. 95)—, excluye la hipótesis de herencia alguna que sólo lo tenga en parte. También rechaza la posibilidad de varios herederos que simultáneamente lo sean en todo: «*Uni duo pro solido heredes esse non possunt*», dijo PAULO (Dig. 38,5,1,& 4.º). Imposibilidades que, según explica MARTÍ MIRELLES, no sólo son jurídicas, o de mera forma legal, sino también lógicas, por aplicación del principio metafísico de no contradicción. E incluso, según razonó hace cuatro siglos el castellano ANTONIO GÓMEZ, la imposibilidad del primer supuesto es ontológica; pues, a su juicio, sería monstruoso que se pudiera representar al difunto sólo en parte

—conclusión a que llegamos si seguimos a GATTI—, y no en todo, y naturalmente imposible, ya que si lo es que un hombre esté vivo en parte, tampoco puede por ficción legal ser representado *post mortem* sólo en parte.

Agregando VALLET DE GOYTISOLO que «la imposibilidad de varios herederos solidarios no excluye la posibilidad simultánea de varios herederos con vocación solidaria al todo, pero que coparticipen mancomunadamente por ración de su concurso simultáneo».

Si seguimos a GATTI llegamos a la conclusión de que podemos tener un único heredero (el transmitente), ya que para él es el heredero del primer causante, que sólo lo es en parte; heredero que no transmite en su herencia la del primer causante a pesar de ser heredero, y que es aceptada por un no heredero del primer causante sino por uno de los herederos del transmitente aún no adquirente de la herencia.

Si GATTI tiene razón se nos vienen abajo principios fundamentales del derecho sucesorio en sede de heredero; entre ellos el de la universalidad del heredero. Es así que el artículo 776 del CC establece que «La sucesión o herencia, modo universal de adquirir, es la acción de suceder al difunto, y representarle en TODOS sus derechos y obligaciones...» «Se llama heredero al que sucede en esos derechos y acciones», y el artículo 780 establece que «El testador puede disponer a título universal o de herencia».

La indivisibilidad de la aceptación es un corolario de la universalidad de la institución de heredero como señala VALLET DE GOYTISOLO (ob. cit., pág. 109); si tengo un heredero —sucesor universal— o varios (por ej. 3) son sucesores a título universal, no pudiendo aquel aceptar la herencia del causante por un tercio y ser sucesor de aquél por esta cuota que la fija en la aceptación ni aquellos tampoco pueden aceptar la herencia en un sexto en lugar de su vocación al todo que se fija en un tercio.

Otro corolario de la universalidad del heredero lo es el derecho de acrecer; estableciendo el artículo 1.044 que «En las sucesiones intestadas, la parte del que no puede o no quiere aceptar acrece a los coherederos, salvo el derecho de representación». Agregando el artículo 1.048 que «El derecho de transmisión, establecido en el artículo 1.040, excluye el derecho de acrecer».

Yo creo que el transmisario —cuyo «derecho» «excluye» o frena el derecho a la universalidad (al todo) del coheredero del primer causante— no puede sólo ser heredero del primer causante en un sexto cuando la vocación de aquél (el transmitente) era en un tercio porque los restantes co-transmisarios hayan repudiado la herencia del primer causante. Y vuelvo a las preguntas de siempre: ¿Cómo puedo frenar la vocación al todo del coheredero «sin designación especial de partes» por un no heredero del primer causante? ¿Si se sigue la tesis de GATTI excluyendo el derecho de transmisión al de acrecer, y dándose por los transmisarios una aceptación

parcial la cuota repudiada a quién va? Al coheredero «sin designación especial de partes» por acrecimiento, ¿pero no era que el derecho de acrecer estaba «excluido» por el de transmisión?

Ya se señaló que las expresiones *hereditas-successio* y *hereditas-universitas* no significan dos concepciones incompatibles, tales que una excluya la otra. Al contrario, la *successio* expresa el fenómeno hereditario entero, desde el punto de vista causal; la *universitas* no designa sino el resultado consecuente, muestra el patrimonio adquirido. Añadiendo VALLET DE GOYTISOLO (*Estudios de derecho sucesorio*, tomo I, pág. 136) a lo antes señalado aportado por BARBERO que *hereditas-universitas* expresa el conjunto de bienes adquiridos por razón de su causa —la *successio* del *de cuius* de quien se trate—.

La posición clásica fractura la unidad del proceso sucesorio ya que, según ellos, ya se había dado la *hereditas-successio*, que convertía en heredero al transmitente, pero no adquiere la *hereditas-universitas* que es consecuencia de aquél. Es así que se puede aceptar una herencia y repudiar otra, aceptar una pura y simplemente y otra bajo beneficio de inventario, etc. ¿No será más armónico reconocer que se tratan de dos *hereditas-successio* y dos *hereditas-universitas* autónomas? ¿Cómo es que VAZ FERREIRA asevera que «la herencia del primer causante llega al transmisario como elemento integrante de la del transmitente»?

Si se acepta la posición clásica de la doctrina nacional —que quizá sea la correcta, no lo sé— al estar la herencia del primer causante como elemento integrante de la del transmitente es obvio que se le debe computar a efectos del cálculo de la porción legitimaria. Si los herederos del transmitente son tres legitimarios y uno no legitimario, y de los tres legitimarios uno acepta y dos repudian la herencia del primer causante —habiendo todos aceptado la herencia del transmitente—; la aceptación de aquél hace —si se sigue a IRURETA GOYENA y a VAZ FERREIRA— que la herencia del primer causante se funda *in totum* en la del transmitente, incluyéndose así para el cálculo de la porción legitimaria (art. 887) al formar aquella parte «de los bienes que hayan quedado a la muerte del testador» (art. 889), y así como esta porción legitimaria se divide por partes iguales entre todos los legitimarios, todos se benefician de la aceptación de uno sólo de los coherederos cuando éste ha de ser el único responsable por las deudas del primer causante hasta que quizá *ultra vires hereditatis* por una aceptación pura y simple que el artículo 1.040 me habilita, no pudiendo limitar su responsabilidad por la aceptación beneficiaria de la herencia del transmitente ya que sus dos aceptaciones diferentes de dos herencias (a juicio de quien esto escribe) diferentes, no rigiendo por ende el artículo 1.073, inc. 2.º del CC.

20. Ahora se puede sostener que la herencia del primer causante es en el patrimonio del transmitente un patrimonio separado o autónomo.

DE LOS MOZOS (*Estudios sobre derecho de los bienes*, Ed. Montecorvo, S. A., 1991, pág. 316) señala que «Junto al patrimonio general de la persona y a imitación suya, el Derecho regula la situación de determinadas masas de bienes, afectadas por un conjunto de deudas, a las que dota de cierta autonomía: conjuntos que, atribuidos a una o varias personas (patrimonio colectivo) funcionan con independencia del patrimonio personal, al lado de él y sin llegar a mezclarse con él».

Ubicando entre los supuestos más importantes de patrimonios autónomos DE LOS MOZOS (ob. cit., pág. 317) a la herencia, señalando que la herencia, salvo que haya sido aceptada a beneficio de inventario, se confunde con el patrimonio del heredero, pero hasta que se produce la aceptación subsiste como patrimonio independiente, agregando que «Lo que se pone de relieve, sobre todo, en las masas patrimoniales en liquidación (herencia, sociedad de gananciales, liquidación de la sociedad y de la comunidad, del patrimonio de la persona jurídica, etc.), donde o existe una titularidad colectiva o hay una coparticipación en el juego de los intereses, sin que propiamente exista aquélla».

Y como caracteres generales de los patrimonios separados y autónomos, señala DE LOS MOZOS: 1. Son creación del ordenamiento jurídico, conforme a un sistema de *numerus clausus*, sin que puedan extenderse por analogía a otros supuestos (como el establecimiento o la empresa mercantil). 2. El patrimonio no es objeto de tráfico, aparte de la sucesión universal. Objeto de tráfico son los bienes singulares, pero teniendo en cuenta en su caso las correspondientes titularidades sobre el patrimonio. 3. Es posible que del patrimonio salgan bienes, pero constante la vida del mismo, cuando se trate de enajenaciones o inversiones, en su lugar entrarán otros por el juego de la subrogación real. 4. La separación del patrimonio autónomo, respecto del patrimonio general de su titular o titularidades, permite mantener relaciones patrimoniales entre las diversas masas. 5. Las titularidades de administración y disposición del patrimonio autónomo, así como la responsabilidad a que se hallan sujetos sus bienes y la calificación de los mismos, en ocasiones (como sucede con los bienes gananciales) es también objeto de estricta regulación legal. 6. La separación de patrimonios no es absoluta, en la relación externa de los mismos (salvo en el caso del patrimonio familiar inembargable): así por la aceptación de la herencia el heredero responde con sus propios bienes de las deudas...

B. BIONDI (*Los Bienes*, pág. 183) observa que «... solamente la ley, por razones particulares y para determinados efectos, admite la posibilidad de complejos separados».

Agregando luego que «Herencia a beneficio de inventario y bienes respecto a los que los acreedores del difunto han obtenido la separación, pertenecen siempre al heredero, pero se distinguen de los propios de éste».

«No existe separación de patrimonios, a la que debería lógicamente corresponder multiplicación de sujetos, lo que es absurdo, sino más bien consideración separada solamente para determinados efectos.» Para después señalar «Una cierta separación se da en el caso de que el heredero haya aceptado con beneficio de inventario: el artículo 490 declara que su objeto es precisamente el de mantener separado el patrimonio del difunto del heredero; aun deviniendo los bienes hereditarios propios del heredero e igualmente deviniendo propias las deudas del difunto, el heredero responde de las deudas hereditarias no más allá del valor de los bienes a él llegados».

Pienso que en base a la doctrina del patrimonio autónomo, aplicándola a la «herencia deferida» o «el derecho de aceptar o repudiar dicha herencia» se podría sostener que lo que sucede es que la misma era un patrimonio autónomo en el patrimonio del transmitente, y que fallecido éste compone la correspondiente *hereditas-universitas* el patrimonio —o mejor dicho de éste lo que es transmisible *mortis causa*— y un patrimonio que sigue siendo autónomo que el «derecho de aceptar o repudiar dicha herencia».

No me convence tal argumentación, como señala VALLET DE GOYTISOLO («Panorama del derecho de sucesiones», I, *Fundamentos*, pág. 44) «la *successio in ius* significa la subrogación del heredero en la situación jurídica del *de cuius*: es un tránsito de la situación jurídica del causante al heredero. La *hereditas*, como *universitas*, no es sino fruto de la consideración unitaria del fenómeno hereditario para determinadas relaciones y para fines jurídicos precisos; unidad que no existe con relación al difunto ni con relación al heredero, es decir, ni antes ni después de operado el fenómeno sucesorio, sino sólo al operarse».

En el caso del patrimonio autónomo «herencia bajo beneficio de inventario», éste forma parte de la *hereditas-succesio-universitas* del segundo causante, ya que integraba el patrimonio del segundo causante, manteniendo su consideración separada solamente para el efecto de responsabilidad *pro viribus hereditatis* y evitar la confusión (art. 1.092 del CC); pero en el caso del derecho de transmisión la herencia deferida del primer causante no se transmite en la sucesión del segundo causante por una sencilla razón: no integraba el patrimonio de éste y por ende mal podía ser objeto de su *hereditas succesio-hereditas universitas*; lo que integraba esta *hereditas* es, como señala ALBALADEJO, el *ius delationis*, pero no la herencia del primer causante ya que aún no había perfeccionado el transmitente su adquisición. Es así que no creo que se pueda aplicar la teoría del patrimonio autónomo al derecho de transmisión, intentando una analogía con el patrimonio autónomo herencia bajo beneficio de inventario.

## V. ALGUNAS CONSECUENCIAS

21. En primer lugar las consecuencias de seguir una u otra posición se traducen en el pago del impuesto a las transmisiones patrimoniales cuando el hecho generador es una apertura de una sucesión, más que nada cuando el primer causante fallece antes que estuviera vigente tal impuesto que tuviera como hecho generador al citado.

En cuanto a la capacidad para heredar el transmitente a ese primer causante, existe norma expresa en el artículo 1.038 que luego de requerir que el sucesor a título universal... exista... en el momento de abrirse la sucesión; «salvo que se suceda por derecho de transmisión según el artículo 1.040, pues entonces bastará existir al tiempo de abrirse la sucesión de la persona por quien se transmite la herencia o legado».

De lo contrario se tendría que requerir la capacidad al momento de la apertura de la sucesión; es una norma excepcional que se da sólo para el caso de derecho de transmisión en que el transmisario sucede en el *ius delationis* al transmitente, *ius delationis* que JORDANO FRAGA y HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS (cit. por MONSERRAT VALERO, ob. cit., pág. 1056) niegan que para determinar la legítima de los herederos forzosos del transmitente haya de agregarse el valor de la herencia del primer causante porque entiende que aunque el *ius delationis* es un elemento de la herencia del transmitente, no tiene carácter patrimonial y, por tanto, no evaluable en dinero.

22. Ahora, en sede de indignidad, no existe norma expresa, por ende aquí la solución es una consecuencia de la posición que se adopte en relación a si el transmisario es heredero del primer causante o sólo del transmitente y éste del primer causante. Así, si un nieto es condenado por crimen contra el abuelo, y luego fallece éste y es «heredado» por su hijo, que al cabo de un mes fallece sin aceptar ni repudiar y al cual le sucede su hijo, nieto que fue condenado por crimen contra el primer causante; la pregunta que corresponde contestemos es si le afecta al nieto la causal de indignidad establecida en el artículo 842, nal. 1.º del CC.

MONSERRAT VALERO (ob. cit., pág. 1050) señala cómo LACRUZ admite que su posición (el transmisario no es heredero del primer causante) «presenta el inconveniente moral de que un tercero que sería indigno de suceder al primer causante, puede recibir sus bienes a través del *ius delationis* transmitido...».

En cambio, autores que sostienen que el transmisario es heredero del primer causante sostienen que la indignidad de aquél, no éste, no le afecta. Así CICU (*Derecho de sucesiones. Parte General*, Bolonia, 1964, pág. 267), aún sosteniendo que el transmisario es heredero del primer causante, se plantea si puede el transmisario aceptar la herencia del primer causante frente al cual es indigno; ante lo cual señala «La solución negativa parece

a primera vista imponerse recurriendo, al mismo fundamento por el que la ley aplica la sanción de indignidad; por lo que la herencia de Primero debería deferirse por representación a los descendientes de Tercero, o bien al que es llamado en sustitución de Segundo en la herencia de Primero. Pero ello implicaría que a Tercero le sean deferidas dos distintas herencias. Ahora bien, esto es verdad en cuanto se exigen dos distintas aceptaciones, de las cuales una podría ser pura y simple y la otra a beneficio de inventario. La renuncia a la herencia de Segundo precluye la aceptación de la herencia de Primero, y la indignidad respecto de Segundo precluye igualmente la adquisición de la herencia de Primero: esto es, debido al hecho de que la herencia de Primero está contenida en la herencia de Segundo, es un elemento de ella. Pero como Tercero, capaz de suceder a Segundo, se encuentra deferida la herencia de Primero sólo en cuanto subentra en el puesto de Segundo en la delación válidamente efectuada, tiene el mismo derecho a adquirir la herencia de Primero que tenía Segundo». «Puesta válidamente a disposición de Segundo la herencia de Primero se encuentra a disposición de Tercero por efecto de subentrar en la delación, no por efecto de una autónoma delación a él de la herencia de Primero. En cambio si Segundo hubiere premuerto a Primero, y Tercero sucediese por representación, su indignidad frente a Primero sería obstáculo para la delación a su favor.» Agregando luego CÍCU: «De esto no se puede deducir que Tercero, aceptando la herencia de Primero, no sea su heredero, sino solamente heredero de Segundo. Esto sería exacto si se pudiese considerar a Segundo, transmitente, como ya heredero, como si ya hubiere aceptado la herencia de Primero: pero si así fuese, Tercero no podría renunciar a la herencia de Primero. Ahora bien, si Segundo no había todavía llegado a ser heredero, y si Tercero lo llega a ser sólo en cuanto acepte, además de la herencia de Segundo, también la herencia de Primero, heredero de éste, no puede ser más que Tercero, con todos los efectos propios de la adquisición hereditaria. Pues si Tercero puede adquirir la herencia de Primero aunque sea indigno frente a él o si todavía no ha sido concebido en el momento en que se ha abierto su sucesión, esto no es obstáculo para admitir que llegue a ser su heredero, precisamente porque es llamado a la sucesión de Primero sólo en cuanto había sido llamado Segundo, y porque subentra en el puesto de éste en la delación por efecto y en el momento en que se le defiere la sucesión de Segundo».

En la doctrina española la tesis de CÍCU es seguida por JORDANO FRAGA al sostener que «al transmisario para suceder *iure transmissionis* al primer causante, le basta con la capacidad para suceder al transmitente, pero no porque éste sea su causante también con la relación a la primera herencia..., sino porque... el transmisario se limita a subentrar en la (subsistente) posición del llamado —transmitente en la delación válidamente adquirida por

éste para la herencia del primer causante— (cit. por MONSERRAT VALERO, ob. cit., pág. 1052).

Ante lo cual MONSERRAT VALERO observa que luego que se soluciona el primer punto técnico, que consiste en ver quién es heredero el transmisario, o mejor dicho si lo es del primer causante; «... resulta que una vez resuelto este problema teórico, aparece otro problema, igualmente teórico, que interfiere en la resolución del problema práctico: si hay una doble o la misma delación».

«Si hay una doble delación está claro que el transmisario ha de ser digno frente al primer causante, pero si hay una única delación, algunos autores estiman que no es necesario este requisito. Pero el que la delación sea la misma, ¿implica, como dice CICU, que el transmisario tiene el mismo derecho a suceder que el transmitente y, por tanto, puede adquirir la herencia del primer causante aun estando incurso en una causa de indignidad relativa a él?, ¿o sólo quiere decir que para suceder al primer causante ha de aceptar la herencia del segundo causante?, ¿o que así es más fácil explicar la retroactividad de los efectos de la aceptación del transmisario a la muerte del primer causante?»

Entiendo que el transmisario indigno «no puede adquirir» la herencia del primer causante frente a cual detenta la causal de indignidad, porque la hereda directamente y para adquirir su herencia —o perfeccionar su adquisición debe aceptarla, y sólo puede aceptarla si está cierto de haberse abierto, y de su calidad de heredero (art. 1.053).

Mal puede adquirir una herencia si no la acepta (salvo el caso del art. 1.066), y mal puede aceptarla sin estar cierto de su calidad de heredero, y mal puede estar cierto de su calidad de heredero si es indigno; si el indigno no puede adquirir por testamento (art. 842) ni por sucesión intestada (art. 1.012).

En cuanto a la colación entiendo que el transmisario ha de colacionar el valor de lo donado por el primer causante al transmitente, a pesar de suceder aquél al primer causante en forma directa. La razón legal para ello se encuentra en el artículo 1.103, inc. final del CC, que establece que el representante ha de colacionar las donaciones otorgadas en favor del «representado»; ya que si el que sucede por derecho de representación que sucede directamente al causante debe colacionar las donaciones otorgadas al «representado», cuanto más no deberá colacionarlas el heredero *iure transmissionis* cuando sucede «a través de la herencia del transmitente, aunque admitamos que se suceda directamente al primer causante» (cfme. MONSERRAT VALERO, ob. cit., pág. 1055).

Conforme lo establecido antes, entiendo que si al transmitente le suceden legitimarios, éstos no deben computar en el acervo bruto o líquido la herencia del primer causante que es objeto de una aceptación autónoma por ellos mismos.

23. Interesante es el problema que se presenta en relación a los acreedores del transmitente cuando los transmisarios acepten su sucesión (bajo beneficio de inventario, por ej.) y repudian la del primer causante; y es así que se plantea si pueden en virtud de lo dispuesto por el artículo 1.066 los acreedores del transmitente «aceptar por el deudor a beneficio de inventario».

MONSERRAT VALERO (ob. cit., págs. 1056, 1057) señala que HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS y JORDANO FRAGA opinan que si el transmisario repudia la herencia del primer causante son los acreedores del repudiante los que pueden ejercer la facultad del artículo 1.001, es decir, que la herencia del primer causante se escapa a los acreedores del transmitente. Y, por tanto, aunque el transmisario la acepte no podrán hacer efectivo sus créditos contra la misma». Ante lo cual, MONSERRAT se pregunta por qué los acreedores del transmitente van a quedar en peor posición cuando por morir éste sin aceptar ni repudiar la herencia del primer causante, pasa este derecho al transmisario que cuando el transmitente repudia la herencia en su perjuicio.

ALBALADEJO (ob. cit., pág. 964) argumenta que «el *ius delationis* de la herencia del primer causante formaba parte de la herencia del transmitente, luego con él —y en definitiva con la herencia del primer causante a la que da derecho— se debe satisfacer a acreedores y legatarios del transmitente», para así llegar a legitimar a los acreedores del transmitente para promover la acción del artículo 1.066 del CC.

Ahora el artículo 1.066 establece que «Los acreedores del que repudia...»; ahora los herederos del transmitente son deudores de los acreedores del transmitente (su causante), ya que la sucesión (art. 776) es su acción de suceder al difunto, y representarle en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por su muerte, deudas que se dividieron *ipso iure* entre todos los coherederos (art. 1.168); y así, siendo acreedores del heredero-transmisario, pueden, ante la repudiación de éste, promover la acción del artículo 1.066 del CC.

Al terminar este trabajito, sólo me resta esperar que estos apuntes en algo sirvan al paciente lector que ha llegado a leerlo en su totalidad; admitiendo que puede haber mucho en él de opinable. Que en algo le sirva.

RAÚL ANIDO  
Notario de Uruguay



# La reversión legal de donaciones: el artículo 812 CC (1)

SUMARIO (2): I. INTRODUCCION: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA, OPCION INTERPRETATIVA Y ANUNCIO DE LA ESTRUCTURA DEL DISCURSO.—II. LA «RATIO LEGIS» DEL ARTICULO 812 CC: I. REVERSIÓN LEGAL: REVERSIÓN SUCESORIA FRENTE A REVERSIÓN CONVENCIONAL O PRINCIPIO DE

---

(1) Quiero aprovechar la ocasión que favorece esta publicación para expresar mi agradecimiento a mis maestros, los profesores D. Rafael Ballarín Hernández y D. Vicente L. Montés Penadés, por su inestimable dirección y apoyo.

(2) BIBLIOGRAFIA: ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. V, *Derecho de Sucesiones*. Barcelona, 1979; ALONSO MARTÍNEZ, M. *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales*. Madrid; AUBRY Y RAU, *Droit civil Français*, t. IX, Paris, 1953, pp 447 y ss. BATLLE VÁZQUEZ, M., *Apéndice*, en colaboración con CASTÁN, al *Derecho civil para Registros* de Castán. vol. II, Madrid, 1945, p. 247. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, *Traité Théorique et pratique de Droit Civil Des Successions*, v. VII, t. I, Paris, 1905, pp. 502 y ss. BEUDANT, CH., *Cours de Droit Français*, t. V, Paris, 1936, pp. 61 y ss. y 333 y ss. BOILEUX, J. M., *Commentaire sur le Code civil*, t. XII, Paris, 1843, pp 36 y ss. BONEL SÁNCHEZ, L., *Código Civil español comentado y concordado*, t. III, Barcelona, 1890, p. 423. BONET, F., *Código Civil comentado*, Madrid, 1962. BRAGA DA CRUZ, *O direito de troncalidade e o regime juridico do patrimonio familiar*, t. I, Braga, 1941-47. COLIN, A. y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil*, t. VII, trad. y notas de DE BUEN, Madrid. 1927, pp. 97 y ss. CUQ, E., *Manuel des Institutions juridiques des romains, Lib. Gen. Pichon et Durand*, Paris. 1917, pp. 185 y ss. CHABOT DE L'ALLIER, *Commentaire sur la loi des successions*. t. I, Dijon-Paris, 1839, pp. 227 y ss. DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*. t. III, Madrid, 1932, pp. 203 y ss. DE PAGE, H. y DEKKERS, *Traité élémentaire de Droit civil belge*, t. IX, Bruselas, 1946, pp. 297 y ss. DEMOLOMBE, C., *Cours de Code Napoleon*. t. XX, Paris, 1878, pp. 198 y ss. y 438 y ss. DÍAZ GUIJARRO, E. y MARTÍNEZ RUIZ, A., *El Código Civil interpretado por el Tribunal Supremo*, t. V, Madrid, 1908, pp. 292 y ss. DURANTON, M., *Cours de Droit civil suivant le Code français*, t. VI, Bruselas, 1841, pp 221 y ss.; *Elementos de derecho civil*, t. V. *Derecho de sucesiones*. Ed Bosch, Barcelona, 1981. ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, t. V, Madrid, 1957. FALCÓN, M., «Los artículos 811 y 812 del Código Civil», *RT*, 1891, pp. 19 y ss. FENET, *Recueil complet des travaux preparatoires du Code civil*, t. XII, Osnabrück, 1968, pp. 136 y ss. y p. 600. FUZIER-HERMAN y DEMOGUE, *Code civil anoté*, 1936. GARCÍA GARCÍA, J. M. y VIDAL FRANCÉS, P., «El problema de la aplicabilidad a Cataluña del artículo 812 del Código Civil», *RCDI*, jul.-agos. 1981, pp. 933 y ss. GÓMEZ MORÁN, L., *Las reservas en el Derecho español y en el comparado*, Oviedo,

FAMILIA FRENTE A PRINCIPIO INDIVIDUALISTA. 2. DESARROLLO HISTÓRICO DE LA REVERSIÓN LEGAL DE DONACIONES. A) El momento clave de la recuperación en el *Code* del retorno legal tras su abrogación por la Ley de 17 de nivoso del año II. B) La importancia de la retroactividad a la hora de configurar los perfiles de la reversión legal de donaciones. 3. EL RETORNO LEGAL DE DONACIONES EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL. A) LA REVERSIÓN LEGAL DE DONACIONES EN LOS DEBATES DE LA COMISIÓN CODIFICADORA PRESIDIDA POR ALONSO MARTÍNEZ. 4. CONCLUSIÓN: LA *RATIO LEGIS* DE LA NORMA. A) El argumento de la voluntad del donante. B) ¿Por qué la reversión legal opera sólo en favor de ascendientes? C) El argumento de la no retroactividad. D) La aplicación tanto a la sucesión testada cómo a la intestada.—III. LA REVERSIÓN LEGAL DE DONACIONES DESDE UNA PERSPECTIVA SISTEMÁTICA: DONACION Y NO SUCESION. 1. INTRODUCCIÓN. 2. REVERSIÓN CONVENCIONAL Y REVERSIÓN LEGAL DE DONACIONES. A) La voluntad del donante en la reversión convencional y en la reversión legal de donaciones. B) Eficacia retroactiva de la reversión. 1. RETROACTIVIDAD

---

1949. HERNÁNDEZ GIL, A., *Obras completas, t. IV Derechos reales. Derecho de Sucesiones*, Madrid, 1989, pp. 600 y ss. HUC, TH., *Commentaire théorique et pratique du Code civil, t. V*, 1893, pp. 105 y ss. ISABAL, *Enciclopedia Jurídica Española*, t. XII, Seix, pp. 638 y ss. JOSSERAND, *Derecho civil, t. III*, vol. 2, trad. española, Buenos Aires, 1951, pp. 86 y ss.; *Cours de Droit civil positif français, t. III*. Recueil Sirey, Paris, 1933, pp. 459 y ss. LACRUZ BERDEJO, J. L., «Donaciones con cláusulas de reversión», en *Estudios de Derecho privado común y foral*, t. II, pp. 173 y ss., y en *Universidad*, núms 3-4, 1953, pp. 145 y ss. LAURENT, F., *Principes de Droit civil français, t. IX*, Bruselas-Paris, 1978, pp. 209 y ss. LÓPEZ GARZÓN, J., «La reversión legal de donaciones», *ADC*, 1959, pp. 899 y ss. MANRESA y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, t. VI, Madrid, 1973, pp. 607 y ss. MARCADE, V., *Explication théorique et pratique du Code civil, t. III*, Paris, 1873, pp. 82 y ss. MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A., «Casos dudosos de bienes privativos y gananciales», *AAMN*, 1983, pp. 359 y ss. MAZEAUD, H., L. y J., *Leçons de Droit Civil, t. IV*, vol. 2.<sup>o</sup>, Paris, 1980, pp. 158 y ss. MEZQUITA DEL CACHO, «Recobro *mortis causa* de donaciones a descendientes», *ADC*, 1958, pp. 39 y ss. MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil, t. XIV*, Madrid, 1944. PÉREZ ARDA, «Alrededor del artículo 812 del Código Civil», *RGLJ*, 1908, pp. 122 y ss. PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico de Derecho Civil, t. IV, Las Sucesiones*, traducción española de Mario Díaz Cruz, Habana, 1933, pp. 7 y ss. y 190 y ss. PLANIOL, M., *Traité élémentaire de Droit Civil, t. III*, Paris, 1918, pp. 398 y ss. y 646 y ss. PONS PÉREZ, A., «La reversión de donaciones en el Código Civil», *RDP*, 1957, pp. 1181 y ss. PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil, t. V*, vol. III, Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 1983, pp. 314 y ss. RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones común y foral*, t. II, Ed. Dykinson, Madrid, 1992. RIPERT, G. y BOULANGER, J., *Traité de Droit civil, t. IV*, Paris, 1959, pp. 486 y ss. y pp. 1146 y ss. ROCA SASTRE, R. M.<sup>o</sup>, *Derecho Hipotecario, t. II*, quinta edición, Ed. Bosch, Barcelona, 1954, p. 209. ROMÁN GARCÍA, A., *El derecho de reversión legal (Análisis del artículo 812 C.C. español)*, 1984. ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio «mortis causa»*, Sevilla, 1951. SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil, t. VI*, Madrid, 1910, pp. 1046 y ss. SANTOS BRIZ, J., *Derecho Civil. Teoría y práctica, t. VI. Derecho de Sucesiones*, EDERSA, Jaén, 1979. SCAEVOLA, *Código Civil comentado y concordado extensamente, t. XIV*, revisado por Ortega Lorca, Madrid, 1944, pp. 360 y ss. SOTO BISQUERT, A., «La donación con cláusula de reversión en el Código civil», *RCDI*, 1967, p. 360 y ss. TAULIER, *Théorie raisonnée du Code civil, t. III*, Grenoble, 1840-48. TOULLIER, *Droit civil français, suivant l'ordre du Code civil, t. IV*, Paris, 1842. VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español, t. V*, Valladolid, 1939, pp. 239 y ss. VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentario al art. 812 CC.».

Y SUBROGACIÓN. C) Adquisición del donante. 3. REVERSIÓN Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD. A) Reversión convencional del artículo 641. Acceso al Registro de los actos de transmisión de derechos reales sujetos a condición resolutoria. B) Reversión legal del 812.—IV. ALCANCE Y CONTENIDO DEL ARTICULO 812 CC. 1. PRESUPUESTOS SUBJETIVOS. A) Específica relación de parentesco entre donante y donatario. B) Fallecimiento sin posteridad del donatario. 2. PRESUPUESTO FUNCIAL: LA DONACIÓN. A) Existencia de donación del ascendiente al descendiente. Determinación de lo que se entiende por donación a efectos de la aplicación del artículo 812 CC. B) Especial consideración de las donaciones por razón de matrimonio y de las realizadas conjuntamente a ambos cónyuges. 3. EL OBJETO DE LA REVERSIÓN. A) Existencia de los mismos objetos donados en el patrimonio del donatario fallecido. B) Subrogación en las acciones derivada de la enajenación de los bienes. C) La donación de bienes consumibles. D) El problema de la subdonación. E) El problema del dinero donado o del subrogado en lugar de lo donado. F) Subrogación real en los casos de permuta o cambio. 4. EFECTOS DE LA REVERSIÓN. A) ADQUISICIÓN POR EL ASCENDIENTE DE LOS BIENES DONADOS O DE LO SUBROGADO EN SU LUGAR. B) Preferencia frente a otras personas. C) Afección al pago de las deudas del donatario. D) Reversión y bienes gananciales. 1. ADQUISICIONES ONEROSAS DE BIENES MEDIANTE CONTRAPRESTACIÓN EN PARTE PRIVATIVA Y EN PARTE GANANCIAL. 2. ATRIBUCIÓN VOLUNTARIA DE GANANCIALIDAD. 3. MEJORAS INTRODUCIDAS EN BIENES PRIVATIVOS. 4. PRESUNCIÓN DE GANANCIALIDAD. 5. CONFESIÓN DE PRIVATICIDAD.

## I. INTRODUCCION: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA, OPCION INTERPRETATIVA Y ANUNCIO DE LA ESTRUCTURA DEL DISCURSO

El presente trabajo versa sobre el estudio de un precepto concreto del Código Civil —el artículo 812— y la institución a que se refiere: la reversión legal de donaciones.

Artículo 812 CC: *«Los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad, cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión. Si hubieran sido enajenados, sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera con relación a ellos, y en el precio si se hubieren vendido, o en los bienes con que se hayan sustituido si los permutó o cambió».*

Nadie niega que el artículo 812 del Código Civil español es deudor del

---

en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XI, 1982, pp. 133 y ss.; *Estudios sobre donaciones*, Ed Montecorvo, Madrid, 1978, pp. 11-285; *Panorama del Derecho de sucesiones*, t. I. *Fundamentos*, ed. Civitas, S. A., Madrid, 1982, pp. 935-951; VIDAL FRANCÉS, P. y GARCÍA GARCÍA, J. M., «El problema de la aplicabilidad a Cataluña del artículo 812 del Código Civil», *RCDI*, julio-agosto 1981, pp. 933 y ss.; Encic. Daloz, voz «Succession», pp. 44 y ss.

artículo 747 de su homónimo francés (3). Y lo que le debe es ni más ni menos que la existencia. Ciertamente se puede rastrear en el Derecho patrio anterior a la codificación la huella de alguna institución similar —en ocasiones sólo en la apariencia—. Pero, como ha sabido ver LÓPEZ GARZÓN, estos antecedentes —cronológicamente hablando— influirían todo lo más en la creación de un clima favorable al acogimiento de una reversión legal de donaciones en nuestro Código —sobre todo en el ánimo de los foralistas—, al conjurar el demonio de la absoluta extranjería de la norma. Lo cierto es, romanticismos aparte, que si el 812 encontró lugar en el articulado del Código Civil fue porque el Código Napoleón incluía el 747. Creo que no exagero si digo que una de las pocas cosas que con seguridad podemos afirmar del 812 CC es que si no hubiera existido la norma francesa, nunca hubiera nacido la nuestra (4).

Hasta que tuvo lugar la supresión de la norma del artículo 747 C.N. (5) por L. 72/3 de 3 de enero de 1972 (6), la doctrina francesa, al igual que ocurre con un sector importante de la española, venía considerando el fenómeno como supuesto de sucesión anormal o anómala, debido a que, si se considera la reversión legal de donaciones como tal fenómeno sucesorio se constata al pronto que deroga varios de los principios fundamentales que

---

(3) Artículo 747 Code: *«Les ascendants succèdent, à l'exclusion de tous autres, aux choses par eux données à leurs enfants ou descendants décédés sans postérité, lorsque les objets donnés se retrouvent en nature dans la succession. Si les objets ont été aliénés, les ascendants recueillent le prix qui peut en être du. Ils succèdent aussi à l'action en reprise que pouvait avoir le donataire.»*

(4) El Proyecto de 1851 no contenía precedente alguno del precepto. Hay que esperar al Anteproyecto de 1882-88 en el que el artículo 797 proponía una norma semejante.

(5) Sigue siendo aplicable a título transitorio, ya que la supresión no tiene efectos retroactivos. La misma ley dispone: *«Les donations entre vifs consenties avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle continueront de donner lieu au droit de retour légal, tel qu'il était prévu par l'ancien article 747 du Code civil.»*

(6) La finalidad esencial de esta ley, que ha traído como consecuencia la reforma más profunda del Derecho sucesorio francés desde el Code, era la equiparación prácticamente total de la condición de los hijos naturales, incluso adúlteros o incestuosos, a la de los hijos legítimos, con la sola condición de que se hubiese determinado legalmente su filiación. En consecuencia, se suprimió el llamado retorno legal en favor de los hermanos legítimos del hijo natural y también el retorno legal del adoptante cuando se trataba de adopción plena.

En cuanto al retorno legal del ascendiente donante, no era incompatible con el nuevo principio de igualdad de los hijos en materia sucesoria, por lo que, desde este punto de vista, no tenía por qué ser derogado. Los Mazeaud señalan como razón de la supresión el hecho de que al retorno legal podía ser, como en la práctica lo era, superpuesta una cláusula de retorno convencional pactada en la donación que privaba de sentido al retorno legal. De ahí que al legislador le pareciera más útil simplificar la cuestión suprimiendo el supuesto del artículo 747 (MAZEAUD, H., L. y J., *Leçons de Droit Civil*, t. IV, vol. 2.<sup>o</sup>, Paris, 1980, p. 159).

rigen la sucesión ordinaria: fundamentalmente la regla según la cual no se atiende al origen de los bienes para deferir la sucesión, que es única, la de la preferencia según la proximidad de grado (7).

Tanto en el Code como en el Código Civil español, los artículos 747 y 812 respectivamente, se sitúan en un ambiente sucesorio, en concreto en el CC español dentro de la Sección dedicada a las legítimas, tras la regulación de la legítima de los ascendientes y a continuación inmediatamente del complejo artículo 811, dedicado a la reserva lineal y en el *Code*, en la sección que regula la sucesión *abintestato* de los ascendientes, utilizándose en ambos casos el verbo «suceder» a la hora de explicar la adquisición del donante. Pero, ¿se trata de un fenómeno sucesorio?

Cuando Díez-PICAZO (8) se refiere a los negocios jurídicos *mortis causa* señala que en sentido muy general lo son aquellos en que la contemplación o la consideración de la propia muerte actúa como móvil determinante de la celebración del negocio. «Sin embargo, en un sentido más estricto y más exacto negocios *mortis causa* son aquéllos cuya función radica en la reglamentación del destino *post mortem* del patrimonio y de los bienes de la persona, o en su caso, de otras relaciones jurídicas. No basta la simple *contemplatio mortis* como móvil determinante del negocio para que éste pueda ser calificado como *mortis causa*. Tampoco basta que la eficacia del negocio haya de desplegarse después de la muerte del declarante. Es menester, como hemos dicho, que el negocio jurídico aparezca como dirigido a establecer y regular el destino *post mortem* de los bienes y de las demás relaciones jurídicas del autor del negocio. En este sentido es un negocio jurídico *mortis causa* el testamento, pero no lo es en cambio un contrato de seguro de vida...».

---

(7) BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité Théorique et pratique de Droit Civil Des Successions*, v. VII, t. I, Paris, 1905, pp. 502-503: «Le droit qu'a ainsi l'ascendant donateur de succéder à l'exclusion de tous autres aux biens par lui donnés déroge à trois principes fondamentaux exprimés: 1.<sup>o</sup> par l'art. 732, d'après lequel les successions sont déferées sans aucun regard à l'origine des biens, 2.<sup>o</sup> par l'art. 733, d'après lequel, à défaut de descendants, la succession tout entière est divisée entre la ligne paternelle et la ligne maternelle, 3.<sup>o</sup> par l'art. 746, qui, à défaut de descendants, appelle à la succession l'ascendant le plus proche, à l'exclusion du plus éloigné. Le retour successoral méconnaît donc tous les principes fondamentaux de la matière». De esta excepcionalidad de la norma deriva la doctrina la necesidad de interpretarla restrictivamente.

Aceptado un sistema sucesorio de base justiniana en el Code, el retorno legal es, para los comentaristas de este Cuerpo legal, una de las pocas y limitadas excepciones a la consagración del espíritu sucesorio del derecho romano.

Véanse PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico de Derecho Civil*, t. IV, Las Sucesiones, traducción española de Mario Díaz Cruz, Habana, 1933, p. 191

(8) *Fundamentos.*, p. 74.

El ambiente sucesorio que rodea al artículo 812 (y al 747 francés) se percibe en las siguientes circunstancias:

1) Localización del artículo 812 en sede de legítima de los ascendientes (y del 747 entre las normas de la sucesión intestada de ascendientes).

2) Términos «suceden» y «sucederán» en el artículo 812 CC y en el 747 Code.

Este dato y el anterior, de gran impacto, son los que mueven a la generalidad de los autores a hablar automáticamente de reversión sucesoria sin ahondar más en el fundamento de los preceptos que la recogen. Sirvan como ejemplo más que habitual las siguientes palabras de BAUDRY-LACANTINERIE: *l'argument tiré du mot succèdent, reproduit de l'art. 313 de la coutume de Paris, la place qu'occupe l'art. 747, dans le titre Des successions, ne permet guère de douter qu'il ne s'agisse d'un droit héréditaire*» (9).

3) Recepción en el Código Civil español del Código francés, país en donde hasta hacía poco venía rigiendo la reversión sucesoria del Droit Coutumier, que se había ido infiltrando, incluso, en los países de Derecho escrito, no troncalistas.

4) Defensa, hasta cierto punto, de ideas troncalistas en la discusión del Proyecto de Código Civil e intento de interpretación del 812 a la luz de las mismas. Puede constatarse en la obra de ALONSO MARTÍNEZ (10).

5) El retorno legal, sucesorio o no, conserva un punto de coincidencia con el sistema de la troncalidad en el seno del cual se desarrolló el retorno sucesorio: la premoriencia del causante sin descendencia.

6) Relevancia de la muerte del donatario, titular de los bienes, como *conditio* de aplicación de la reversión, que implica la adquisición de estos bienes por otra persona.

7) La reversión influye en la determinación del patrimonio que constituye la herencia.

8) En el Derecho español, el antiguo artículo 179, 2, derogado por Ley 21/87, de 11 de noviembre, disponía que *«los parientes por naturaleza (11) no ostentarán derecho por ministerio de la ley en la herencia del adoptado, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 812»*.

La cuestión que queda planteada es determinante para averiguar el sentido y finalidad del artículo 812. Los términos para resolverla son evidentemente oscuros y de marcado carácter histórico.

Si el 811 se ha puesto como ejemplo de precepto cuya interpretación

---

(9) En el mismo sentido, entre otros, PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico de Derecho Civil*, t. IV, traducción española de Mario Díaz Cruz, Habana, 1933.

(10) ALONSO MARTÍNEZ, M., *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, Ed Plus-Ultra, Madrid.

(11) La expresión era evidentemente incorrecta, por cuanto no discriminaba entre ascendientes y descendientes.

permite ejercitar y entrenar la labor del científico del Derecho en sus más altas cotas, el 812 no es menos complejo.

Ya que vamos a interpretar esta norma, antes que nada, es nuestra obligación realizar una opción interpretativa.

Es éste uno de los típicos temas en los cuales se suele proceder a partir del método dogmático de inversión.

Es curioso cómo a través de él y apoyada en la deducción lógica y en un buen conocimiento de las instituciones jurídicas, la mente humana puede desarrollar las más interesantes teorías y encontrar argumentos para todas ellas. Cuanto más oscuro es el precepto, más juego ofrece en este sentido. Así, se ha hablado de reserva (12), legado legal (13), legítima (14), contrato sucesorio (15), donación sometida a condición resolutoria tácita (16), etc.

Con el maestro VALLET, no podemos aceptar este proceder. Si no queremos perder el norte, sino, por el contrario, situarlo correctamente, hay que hallar la *ratio legis* de la norma e interpretarla de acuerdo con ella: «el verdadero objeto de la interpretación es penetrar en la *ratio legis*, en el fin de la norma».

La averiguación de la finalidad del artículo 812 CC debe llevarnos a su encuadre sistemático. Una vez logrado esto, no queda más que ir resolviendo coherentemente los problemas de alcance y contenido que plantea. Se trata de las tres etapas discursivas que componen la estructura de este trabajo.

Procedamos a ello.

(12) Ver autores citados por LÓPEZ GARZÓN, J., «La reversión legal de donaciones», *ADC*, 1959, p. 924. MEZQUITA. «esta comparación, sin embargo, es desorbitada ya que el descendiente donatario ni siquiera tiene limitadas en absoluto, a diferencia del propio reservista, las facultades de disposición *inter vivos* a título oneroso, sin estar, como éste, obligado a conservar» («Recobro *mortis causa* de donaciones a descendientes», *ADC*, 1958, p. 42).

(13) Así, BATLLE VÁZQUEZ, M. (Apéndice, en colaboración con CASTÁN, *al Derecho civil para Registros* de Castán, vol. II, Madrid, 1945, p. 247) y LACRUZ BERDEJO, J. L. («Donaciones con cláusulas de reversión», en *Estudios de Derecho privado común y foral*, t. II, pp. 173 y ss. y en *Universidad*, núms 3-4, 1953, pp. 145 y ss.). GARZÓN critica dicha posición en base a los argumentos de que la misma figura del legado legal es discutida y de que se trataría de un extraño legado, de pago preferente, al que se subordinarían no sólo todos los demás legados, sino incluso las legítimas (*La reversión legal de donaciones*, p. 925)

(14) SÁNCHEZ ROMAN, F. (*Estudios de Derecho civil*, t. VI, Madrid, 1910, pp. 1046 y ss.) y ALBALADEJO (*Derecho civil*, t. V, *Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1979). Por contra, opinan DÍAZ GUIJARRO y MARTÍNEZ RUIZ que «no es verdadera legítima ni limitación de ella pues está siempre condicionada por el hecho de que el descendiente donatario premuera sin posteridad al ascendiente donante» (*El Código Civil interpretado por el Tribunal Supremo*, t. V, Madrid, 1908, p. 293)

(15) Defiende la tesis de la sucesión contractual tácita MEZQUITA, *Ob. cit.*, pp. 42 y ss. GARZÓN la critica en *Ob. cit.*, p. 924.

(16) PÉREZ ARDA, «Alrededor del artículo 812 del Código Civil», *RGLJ*, 1908, pp. 122 y ss.

## II. LA *RATIO LEGIS* DEL ARTICULO 812 CC

### 1. REVERSIÓN LEGAL: REVERSIÓN SUCESORIA FRENTE A REVERSIÓN CONVENCIONAL O PRINCIPIO DE FAMILIA FRENTE A PRINCIPIO INDIVIDUALISTA

DE PAGE (17), separándose un tanto de los tópicos que reiteradamente maneja la doctrina francesa, incide en la cuestión desde una óptica que nos puede ser útil.

Hace ver este autor cómo según las ideas modernas uno difícilmente puede comprender por qué han de retornar al ascendiente donante los bienes que éste donó a un descendiente que le premuere sin posteridad, dentro de la sucesión de este último.

En efecto, muy atrás han quedado los tiempos en que, limitada extraordinariamente la libertad de disposición del causante, muerto éste, sus bienes, según su naturaleza y procedencia se dividían en diversas masas hereditarias que seguían trayectorias distintas, primando la ley el interés de las «familias» en conservar en su seno los bienes que de ellas procedían. Hace mucho tiempo que los sistemas sucesorios de nuestro entorno, como el propio, potencian la libertad de disposición del causante así como el derecho de las personas que presumiblemente le eran más próximas en el afecto a una porción de legítima y a la sucesión *abintestato*, superando viejos principios de troncalidad. Lo cual no quiere decir, sin embargo, que en ningún momento se atiende a un interés o «deber» familiar.

Las razones que una y otra vez cita la doctrina tratando de justificar la existencia de la reversión legal de donaciones, ¿serán suficientes para sacarnos de nuestra perplejidad? Veamos:

1) Se trata de que el ascendiente no una al dolor de la pérdida prematura de su descendiente, el de la pérdida de los bienes de los cuales se despojó por aquél.

Se basa esta razón en un argumento histórico, en un texto de Pomponio en el Dig. XXIII, 3, 6 pr. *De iure dotium* referido a la reversión de la dote profecticia en el que se aduce como justificante de la figura el consuelo del ascendiente recobrannte por la muerte de la descendiente dotada. Pero CUQ, considera que «este inciso debe ser una interpolación, ya que no sólo aparece en contradicción con otros textos, sino con el propio en que aparece expresada, que empieza anunciando una solución de estricta justicia y no sentimental» (18).

(17) DE PAGE, H. y DEKKERS, *Traité élémentaire de Droit civil belge*, t. IX, Bruselas, 1946, pp. 297 y ss.

(18) CUQ, E., *Manuel des Institutions juridiques des romains, Lib Gen. Pichon et Durand*, Paris, 1917, pp. 185 y ss. Aparte de por el materialismo atroz del argumento, en que se ponen en pie de igualdad la pérdida de la hija y la de los bienes que se le

2) El recobro influye en los ascendientes, que serán de este modo más generosos a la hora de hacer donaciones a sus descendientes (19).

3) Cuando el ascendiente realiza la donación existe la condición tácita y sobreentendida de que si llega a sobrevivir al donatario y éste no deja descendencia, él recuperará los bienes, de los que sólo se desprendió en beneficio de sus descendientes (20).

DE PAGE lanza una voz de alerta: nos equivocamos de camino atendiendo a estas consideraciones puramente individualistas. El retorno sucesorio es una supervivencia del *Droit Coutumier*, y se explica mejor por el deseo de *conservar los bienes dentro de la familia de donde los mismos provienen*.

Más adelante veremos como éste es también el espíritu de la norma para ALONSO MARTÍNEZ.

DE PAGE, para afirmar su tesis, vuelve la mirada hacia los orígenes del derecho de retorno, afirmando que son confundidos con los orígenes del retorno convencional, de modo que la mayor parte de los autores, siguiendo a DOMAT, remontan el retorno sucesorio al Derecho romano, que lo ignoró por completo. El retorno sucesorio, dice DE PAGE y dice bien, aparece en las «Costumbres», bastante antes de que se produzca la influencia romana, que data del s. XIII. El Derecho romano sólo conoció el retorno convencional (21). DE PAGE está presuponiendo antes de hora, pues todavía no ha argumentado su posición, que el 747 es un supuesto de retorno sucesorio. Sin admitir este prejuicio, de momento hay una idea a destacar:

---

donaron, LÓPEZ GARZÓN lo critica «porque, aunque no existiera el artículo, el ascendiente no perdería los bienes como consecuencia de la muerte del descendiente, sino a causa de la donación que libremente le otorgó. Y al hacerla supo o pudo saber que probablemente no los recuperaría por título hereditario. Si, a pesar de ello, quiso correr el riesgo y donó, perdió voluntariamente el dominio de los bienes; después la muerte del donatario no le ocasiona nuevo empobrecimiento patrimonial» (*Ob cit.*, p. 903).

(19) GÓMEZ MORÁN (*Las reservas en el Derecho español y en el comparado*, Oviedo, 1949, p. 94) no se siente muy persuadido por dicho argumento, «porque si la reversión legal otorga al donante la esperanza de recuperar los bienes donados, en cambio, no donando conserva la seguridad de que esos bienes no saldrán jamás de su patrimonio en tanto él no quiera. Esperanza por seguridad, puede ésta mucho más en el ánimo de los hombres». GARZÓN, por su parte, de modo muy gráfico expresa que tal idea es como pretender dar ánimos al soldado medroso que tiene en sus manos un magnífico fusil entregándole un viejo arcabuz, pues tal magnífico fusil está encarnado en nuestro Derecho por el artículo 641 CC. (*Ob cit.*, p. 903).

(20) En este argumento llega a verse muchas veces el fundamento básico del retorno legal, incluso cuando éste se conceptúa como fenómeno sucesorio

(21) Voz «*Succession*» en Encic. DALLOZ: «El derecho de retorno del ascendiente donante tiene su origen en el Derecho romano, pero en Roma, como en nuestros países de Derecho escrito, que lo retomaron, este derecho operaba como una condición resolutoria. Fue en los países de costumbres, en los que penetra, donde tomó un carácter sucesorio (V *Coutume* de Paris, artículo 313)...» (p. 44).

Obsérvese que se están manejando dos conceptos diferentes: retorno sucesorio y retorno convencional. No se puede definir sus contornos sin acudir a los antecedentes históricos. Por otra parte, perfilarlos con cierta precisión es esencial para interpretar correctamente el artículo 812 CC (y el antiguo 747 francés).

Quiero adelantar una idea que puede iluminar la comprensión de la distinción apuntada y de su importancia: retorno sucesorio, como veremos, es a principio de familia o de troncalidad, lo que retorno convencional (22) es a principio individualista negocial. Determinar el espíritu o razón de ser del 812 es optar por una de estas dos posibilidades.

Lo que estoy diciendo es que según cual sea el fundamento de la reversión legal, será su naturaleza jurídica. La forma correcta de proceder es averiguar el primero para determinar la segunda y no al revés, como se hace demasiadas veces (aun cuando a efectos expositivos haya quien altere el orden de ambas cuestiones). La determinación en un sentido o en otro del fundamento y naturaleza del artículo 812 está plagado de consecuencias prácticas: juego de la voluntad expresa del donante en contra de la reversión, capacidad del donante para que el retorno actúe en su favor, existencia o no de un nuevo título en la recuperación de los bienes por el donante, con todo lo que esto implica, etc., aunque posiblemente las diferencias de efectos no son tantas como en ocasiones se ha querido ver.

JOSSERAND se refiere a las consecuencias de la tesis sucesoria con las siguientes palabras: «Las consecuencias de tratarse de una sucesión hereditaria son importantes: serán aplicables las normas sobre indignidad y las reglas sobre aceptación y renuncia de herencia; se tratará como de una herencia dentro de la herencia, sin que tenga que efectuarse partición entre este ascendiente sucesor y los demás herederos; será aplicable la prohibición de pactos sobre herencia futura, por lo que el ascendiente no podrá renunciar a su derecho anticipadamente; los bienes donados quedarán afectados por el pasivo hereditario en la parte que les corresponda proporcionalmente dentro del conjunto del activo; al ser el ascendiente un causahabiente del donatario, ha de respetar los derechos reales con que éste haya gravado los bienes donados, ya que el primero no puede tener más derechos que su causante (por el contrario, los derechos reales tendrían que desaparecer si se tratase de la resolución del título del donatario); etc.». MEZQUITA, por su

---

(22) Retorno convencional: no me refiero al pactado expresamente, sino al que se desenvuelve en la estructura y vida de la donación, y no como fenómeno sucesorio. El retorno convencional, del que hablamos, y el retorno sucesorio son dos formas de retorno legal, que históricamente se han dado.

parte, enumera las siguientes consecuencias (23): no resolución de los actos del donatario; subordinación del recobro al pago de las deudas del mismo; exigibilidad en el recobrante de capacidad y habilidad sucesorias; nacimiento de su derecho a los frutos desde la apertura de la sucesión; en lo fiscal, el devengo de un impuesto de transmisión de bienes; y en la esfera del Derecho internacional privado, la aplicación, a los conflictos de leyes, de la ley nacional del causante y no la del lugar de la donación ni la de la situación de los bienes donados. Más adelante veremos cómo algunas de estas conclusiones son criticables.

Con lo dicho hasta aquí podemos vislumbrar ya dos principios: individualista y familiar, que pueden haber guiado a la ley a la hora de concebir el artículo 812. Son dos principios que se excluyen: cierto que el individuo puede tener intereses familiares, hasta el punto de llegar a hablar algunos autores de una malquerencia encubierta del donante hacia yernos y nueras; pero si la ley favorece intereses familiares en cuanto queridos por el individuo, su espíritu es individualista. Por el contrario, si tiende directamente a proteger, por convenir así a la estructura socio-económica de la comunidad, la fortaleza, la exclusividad de la familia a la hora de retener los bienes que de ella proceden, su espíritu será familiar o, si se quiere, troncalista. Se trata de dos opciones de política legislativa.

Está claro que nuestro Código Civil, como lo hizo primero el francés, optó por el sistema sucesorio de corte y raíz romanos y no troncalista. Los debates parlamentarios de ambos cuerpos legislativos, la opinión generalizada de la doctrina, y los mismos textos legales, son claros al respecto. Se trata entonces de saber si el artículo 812 es una renuncia consciente o inconsciente de la ley a dichos principios, excepcionándolos, como pretenden los franceses, es decir una opción clara de política legislativa en este sentido —intentando conciliar el sistema romano con algún «fragmento» descarriado de corte troncalista— o un error, o, por el contrario, la reversión legal de donaciones no tiene nada que ver con la sucesión y tiene todo que ver con la donación.

## 2. DESARROLLO HISTÓRICO DE LA REVERSIÓN LEGAL DE DONACIONES

No es posible comprender el fundamento de la regla que establece el 812 sin atender a la evolución que a lo largo de la historia ha sufrido la posibilidad de que el ascendiente recuperara los bienes donados por él a su descendiente premuerto sin posteridad.

---

(23) *Ob cit*, p. 39.

Los antecedentes remotos del retorno legal de donaciones se sitúan en el Derecho romano, aunque en realidad a lo largo de la historia se van a desarrollar dos instituciones distintas: el retorno convencional, primero cronológicamente, y el sucesorio.

En efecto, el tema, muy controvertido, es más complejo de lo que a simple vista parece: no se trata tan sólo de discusiones acerca de la naturaleza jurídica de una institución dada en un momento histórico determinado, sino de que el retorno *mortis causa* de donaciones, en la forma conocida en cada uno de esos momentos históricos y en cada ordenamiento jurídico, ha respondido a distinta naturaleza jurídica, hasta el punto de que creo que se puede afirmar que no se habla, esencialmente, de lo mismo en los distintos supuestos de «reversión» producidos a lo largo de la historia y en distintos contextos jurídicos y sociales, aunque hoy se estudien con mayor o menor acierto como antecedentes de una misma institución.

Toda la doctrina está de acuerdo en que el Derecho romano concibió la reversión legal como un instituto de Derecho convencional (aunque de carácter legal presuntivo) y no como una figura de Derecho sucesorio, ni mucho menos, por tanto, podríamos añadir, inspirada en ideas de troncalidad. El retorno producía una resolución retroactiva de la donación. El primer antecedente se encuentra en la reversión de la dote profecticia, constituída por el padre de familia en favor de una hija, sujeta a su patria potestad, que premorúa a su padre pendiente el matrimonio. La regla se extendería después a la dote de las hijas emancipadas.

Una constitución de Teodosio y de Valentiniano establecería más tarde el mismo derecho de retorno para la donación *propter nuptias* (bienes donados por el padre a sus hijos en el momento del matrimonio). Finalmente León (Nov. 25) extendió el derecho a todas las donaciones. Pero sólo actuaba en favor del padre, nunca de la madre, lo que era lógico, dada la posición que ocupaban ambos en el Derecho romano en la institución familiar y en el seno de la sociedad.

En el mismo plano negocial y no sucesorio se sitúa el Derecho germánico, aunque aquí las razones son diferentes. En este caso se trataba de una consecuencia natural derivada de la configuración germánica del negocio de la donación (*Wartrecht*). En Derecho germánico, la donación sólo transmitía un dominio limitado exigiéndose el consentimiento del donante para las enajenaciones del donatario y produciéndose la reversión automáticamente en caso de premoriencia del donatario sin descendencia masculina (por efecto del Derecho sálico), que luego se ampliaría a la femenina y finalmen-

te a la adoptiva (*Erbengedinge* o *adoptio in hereditatem*) (24), entre otros supuestos.

Posteriormente, en los derechos germánicos occidentales la aplicación de la reversión se reduce a las donaciones hechas con ocasión del matrimonio del donatario y a las otorgadas por ascendientes, sin que sea necesario en este caso que se trate de donaciones matrimoniales, siempre que el donatario premuera sin posteridad.

La reversión de donaciones no tenía pues carácter sucesorio, no se verificaba *ex successione*, sino *ex donatione*. Se consideraba restricción de la propiedad transmitida en donación. Se trataba de una *mortis causa capio*, pero no de una *successio*.

Es en el Derecho histórico franco anterior a la Revolución, en plena Edad Media, cuando la institución de la reversión legal de donaciones, que hasta esos momentos se había desarrollado en el plano de la donación, es absorbida por el *Droit Coutumier* como una manifestación más del principio de troncalidad *paterna paternis, materna maternis*, que inspiraba su régimen de sucesión *abintestato*. Se ha dicho que quizá ello se debió a la coincidencia circunstancial, en la reversión y en la troncalidad, de la premoriencia sin posteridad del descendiente (25). Podríamos añadir, que la coincidencia también se localizaba en el hecho de que los bienes volvieran, a la muerte de una persona, a su origen, que podría interpretarse familiar, aun cuando concretado en la persona de la que procedían de modo inmediato. Se podría pensar que se trataba, en última instancia, de la *conveniencia* de que los bienes permanecieran en la misma familia, a través de su vuelta al donante, y no de la *voluntad* (aun presunta) del donante de que así fuera. Obsérvese que la «conveniencia», al margen de todo voluntarismo, apuntaría a un «principio de familia» o, si se quiere, de troncalidad, mientras que la «voluntad» apuntaría a un principio individualista inscrito en la misma vida del negocio jurídico de la donación. Esta distinción que acabo de realizar me parece fundamental y quiero llamar la atención sobre la misma. ¡Obsérvese, además, que la voluntad relevante no sería la del difunto, sino la del donante!

Como hemos visto, uno de los supuestos fundamentos que se atribuyen a la reversión legal consiste en la presunción de que si el donante hubiera previsto la muerte sin posteridad de su descendiente hubiera querido el retorno de los bienes por él donados, con carácter personalísimo, a sus manos, antes de que fueran a enriquecer a otra persona. Hay quien intenta enlazar, en ocasiones, este argumento voluntarista, con el sistema de troncalidad: los arts. 811

---

(24) En este último caso era necesaria la renuncia del titular del derecho reversional.

(25) MEZQUITA, *Ob. cit.*, p. 26.

y el 812 —dice LÓPEZ GARZÓN (26)—, «respiran el mismo clima; forman parte de las normas del Código que, inspiradas en la idea troncal, revelan una «malquerencia encubierta» hacia yernos y nueras. Podría asegurarse que lo que interesa psicológicamente al ascendiente, según el artículo 812, no es tanto la recuperación de las cosas donadas cuanto evitar el «irritante espectáculo» de verlas en manos de quienes, o son ya, o pueden llegar a ser (p. ej., por obra de unas nuevas nupcias) personas no gratas.

Estas palabras nos sirven para ilustrar la afirmación que acabamos de realizar. LÓPEZ GARZÓN habla de troncalidad cegado por la idea de que la reversión evita que los bienes de que se trata vayan a parar a manos o a «familias» extrañas. Pero obsérvese que en el sistema de la troncalidad el fundamento de evitar esta desviación se encontraba en la conveniencia de conservar los bienes en la familia de origen, y no en la voluntad del sujeto del que provenían inmediatamente aquéllos o del que iba a recibirlos, de que esto fuera así. Ello se ha de admitir al punto si se piensa que durante una larga etapa, los sistemas troncalistas en virtud de una interpretación viciada del principio «los propios no suben» excluían a los padres o a los ascendientes de los que procedían los bienes en beneficio de colaterales, mucho más lejanos, pudiendo, incluso, dejar a aquéllos en la miseria.

El Derecho de costumbres, el troncalismo, dio una configuración viciada al retorno legal, al contemplarlo como fenómeno sucesorio. Tan es así que la institución entró en conflicto con los principios troncalistas, como veremos, y en muchos lugares se mantuvo a pesar de y como matización a dichos principios. Pero, a la vez, influyó en la interpretación de los mismos, pues fue para salvar la figura que aquéllos se interpretaron de modo distinto a como se venía haciendo. Me estoy refiriendo a la comprensión de la regla *propres ne remonten*, sobre la que nos extenderemos más adelante.

En realidad, el retorno legal de donaciones, sea cual sea la naturaleza jurídica de que se le quiera revestir, tiende al beneficio del sujeto donante, o a la protección de sus intereses básicamente (27). Al configurarlo como

---

(26) *Ob. cit.*, p. 904

(27) DÍAZ GUIJARRO y MARTÍNEZ RUIZ, *Ob. cit.*, p. 298: «La reversión, tal como la ha establecido nuestro Código, no propende a que determinados bienes se conserven para la línea de que proceden, pues para eso se estableció la troncalidad, sino que responde al provecho material, al beneficio y hasta al lucro del donante.

Y no es cuanto acabamos de consignar disquisición baldía propia de ateneo o de academia; es conocer la naturaleza e índole de la reversión para, sabido el principio que informa el artículo, resolver las múltiples cuestiones que entraña».

fenómeno sucesorio, el *Droit Coutumier* vio un principio de familia en él: los bienes retornaban a la rama de procedencia de los mismos. Pero ello no puede ocultar que no eran los sujetos pertenecientes a esa familia los que se beneficiaban de los bienes según el orden de la troncalidad o de las «troncalidades»: era el ascendiente donante y sólo éste el que adquiriría, no sus descendientes o sus colaterales, ni tampoco un ascendiente más remoto del que procedieran en última instancia los bienes (28), aunque en algunas costumbres se depuró la figura y asimilándola más íntimamente a los principios ortodoxos de la troncalidad se estableció que la reversión operara también en beneficio de los descendientes del donante.

Lo cierto es que en el origen de la institución se encuentran la voluntad y el interés del ascendiente como fundamento de la misma, y aunque ello indirectamente redundara en beneficio de la familia de éste, lo que permitió al sistema troncalista adoptar la figura y pasarla por su tamiz en mayor o menor grado según los países, una vez superado este sistema, la esencia originaria y nunca perdida del todo de esta institución se manifiesta con fuerza: el ascendiente sólo quiso donar al descendiente favorecido y, en su caso, a su prole, y es presumible que desee recuperar los bienes si éstos faltan.

Consecuencia pues de la nueva concepción del Derecho de costumbres es la inscripción de la figura en el seno de la Sucesión, como fenómeno sucesorio (se la denominaba comunmente reversión hereditaria), lo que supone una clara desnaturalización (29). Muestra de esta transición del ámbito de la donación al de la sucesión es la reducción objetiva de la reversión en algunos países a los bienes inmuebles por influencia de las ideas de la troncalidad y, desde luego, *su aplicación sólo a la sucesión intestada*.

Esta nueva sede sistemática de la figura provocó una serie de disfunciones que ha señalado BRAGA DA CRUZ (30), al que debemos uno de los estudios más sólidos sobre la troncalidad, y al que siguen otros autores (31): en primer lugar, una interpretación simplista del principio *paterna paternis, materna maternis* va a impedir que los ascendientes de grado ulterior al padre o la madre recobren los bienes: como en el «sistema de *simple coté*, no se investiga la procedencia de los bienes más allá del padre o de la madre, a los efectos de atribución concreta y definitiva de los mismos, podría ocurrir frecuentemente que un colateral de aquéllos heredare los

---

(28) Lo que estaría de acuerdo con la interpretación restrictiva del «*paterna paternis...*», si el donante eran el padre o la madre; en otro caso, el retorno quedaba excluido.

(29) Nótese, por otra parte, que el *Droit Coutumier* no admitía las condiciones resolutorias en las donaciones.

(30) BRAGA DA CRUZ, *O Direito de Troncalidade*, t. I, Braga, 1941, pp 167-169.

(31) Así, MEZQUITA, *Ob cit.*, p. 26.

bienes donados por abuelos, desplazando a éstos de la reversión. Por otra parte, en los casos en que llegara a darse (recobro de los propios padres, ausencia de colaterales) funcionaba limitadamente a los bienes no enajenados por el donatario».

He aquí un dato a retener: en el *Droit Coutumier*, la reversión, como fenómeno sucesorio basado en ideas troncalistas, quedaba excluida si los bienes donados salían del patrimonio del donatario, lo que es lógico, pues, entonces, ya no formarían parte de su herencia al morir. Téngase en cuenta, con todo, que en la Edad Media regía un sistema de vinculaciones que impedía la enajenación de ciertos bienes.

Pero no acaba ahí la degeneración de la reversión: a finales del s. XIII aparece una corriente deformadora del principio *propres ne remontent* (los propios no suben) que lo interpreta de un modo literalista y cierra por completo el paso a la reversión al consagrar una preferencia absoluta e indiferenciada de los colaterales sobre los ascendientes: todos los ascendientes debían ser excluidos de la sucesión de sus descendientes sin distinguir según su pertenencia a la línea de procedencia de los bienes o a otra distinta. La institución de la reversión legal es así expulsada de las Costumbres francesas. A mediados del s. XV y salvo raras excepciones no quedaba en ellas otra regulación que no fuera precisamente para establecer su exclusión (32).

Relata el mismo autor (33) cómo a finales del s. XV comienza a esbozarse en todos los países de costumbre una saludable reacción contra la exageración a que fuera llevada en los dos siglos precedentes la regla *propres ne remontent*.

Esta reacción contra la exclusión sucesoria de los ascendientes tiene su primera y más importante manifestación en el restablecimiento progresivo del derecho de retorno, cuya abolición había sido precisamente la más generalizada de las consecuencias a que llevó la interpretación literal de la regla *propres ne remontent*.

Cuando comienza a consagrarse nuevamente el derecho de retorno, se hace en términos que revelan que se trata de una innovación destinada a temperar el rigor con que venía siendo aplicada

---

(32) BRAGA: «As fontes deste seculo (s XV) e muitas ainda do començo do século XVI ou mantene un expressivo silencio acerca da reversao das doaçoens ou falam nela para expresamente a condenar, a pretexto de que tal reversao vai de encontro a regra *propres ne remontent*» (*Ob. cit.*, p. 168).

(33) *Ob. cit.*, pp. 173 y ss.

aquella regla. Sin embargo, la recuperación de la institución no se hizo sin dificultad pues el prejuicio de que los ascendientes no podían suceder en los bienes propios, había echado hondas raíces. Es por eso que todas las costumbres procuraban argumentar bien que mal el acogimiento de esta figura, que suponía una flexibilización o una fisura en el principio aludido: unas veces se afirmaba que los bienes donados no eran propios, sino adquiridos; otras veces, las más, se distinguía entre bienes propios naturales y convencionales, encuadrando en la segunda categoría los donados y considerando aplicable la regla *propres ne remontent* sólo a los primeros.

Parece que el retorno legal se veía como una solución justa y se hacía lo posible para salvarla, aun a costa de la extendida interpretación del principio *propres*... No bastaba con que los bienes permanecieran en la familia, con lo que quedaba incólume el interés de ésta, era necesario que los recobrará el mismo ascendiente donante. Lo que parece indicar que había ahí algo más que el interés familiar.

Las dificultades en la recuperación del retorno sucesorio no fueron definitivamente superadas hasta que DUMOULIN, en el s. XVI, demuestra que la significación originaria y correcta del principio *propres ne remontent* como complemento del *paterna paternis, materna maternis*, no era la de establecer una arbitraria exclusión de los ascendientes, sino la de impedir que los bienes procedentes de una línea pasaran a otra.

Según dice BRAGA (34), DUMOULIN llegó a la anterior conclusión por mero oportunismo jurídico y no por consideraciones de orden histórico. Fue al comentar el artículo 129 de la *Ancienne Coutume* de París —según el cual «*en ligne directe, en matière de succession, propres héritages ne remontent*»— que DUMOULIN, interesado en demostrar la admisibilidad del derecho de retorno, y no conforme con las justificaciones esgrimidas hasta el momento por los defensores de la misma tesis, pensó en plantear el problema en términos absolutamente nuevos para la época. La regla *propres ne remontent* no podía causar embarazos a la reversión de las donaciones, porque su objetivo no era condenar odiosamente la sucesión de los ascendientes, sino tan solo impedir que los ascendientes de una línea sucediesen en los bienes que el *de cuius* hubiese heredado de una línea diversa. En otras palabras: los as-

---

(34) *Ob. cit.*, pp. 175 y ss.

endientes sobrevivientes normalmente no pertenecen a la línea de procedencia de los bienes y, por lo tanto, son excluidos de la sucesión; mas si, por ventura, pertenecieren a esa línea, la regla *propres ne remontent* deja de ser aplicada y su sucesión debe ser admitida.

DUMOULIN formula esta interpretación de la consabida regla con vistas sobre todo a defender la admisibilidad del derecho de retorno, pero no tiene inconveniente en aceptar todas las demás consecuencias que derivan lógicamente de ella: la sucesión de los ascendientes debe ser admitida en todos los casos en que aquéllos pertenezcan a la línea de procedencia de los bienes (35).

Acogida por todos los autores que trataron posteriormente del mismo tema, la corriente doctrinal tuvo su reflejo en el Derecho positivo, que ya no tenía que acudir a razones especiales para justificar la sucesión de los ascendientes. En las costumbres reformadas con posterioridad se interpretaba el principio *propres...* en el sentido expuesto por Dumoulin. En las que ya se encontraban elaboradas fue la jurisprudencia la que se encargó de introducir las alteraciones necesarias imponiendo una interpretación que llegaba incluso a chocar, en ocasiones, con la letra expresa de los textos interpretados. Esta situación persiste hasta la Revolución francesa.

Así, tras la interpretación de DUMOULIN y el éxito de la misma, el derecho de retorno se acoge de manera generalizada en todas las costumbres que se redactan de nuevo o se reforman. En concreto, se produce el restablecimiento de la reversión de donaciones en el artículo 313 de la nueva *Coutume* de París de 1580 (36) y, a través de ella, en más de 40 recopilaciones. La jurisprudencia acabó considerando la institución como *ius receptum*, aplicándola incluso en aquellos países donde la *Coutume* no regulaba explícitamente la materia. La concepción sucesoria había triunfado (37).

---

(35) La explicación de DUMOULIN, sigue BRAGA, respondía al deseo de consolidar y favorecer la corriente de simpatía que se estaba haciendo sentir a favor de la sucesión de los ascendientes. No se basaba en razones de orden histórico o jurídico. Pero precisamente porque venía a colmar los deseos de la mayoría y era una explicación mucho más aceptable que las que se habían dado hasta el momento para intentar conciliar el derecho de retorno legal con la tradicional regla de las costumbres, fue acogida sin discrepancias por todos los juristas que posteriormente se ocuparon del mismo problema. BRAGA cita a D'ARGENTRE, CHOPPIN, LOISEL, COQUILLE, LAURIERE, VIEILLART, etc. (*Ob cit.*, pp. 176 y ss.),

(36) Artículo 313 de la *Coutume* de Paris: «*Toutefois (les ascendants) succèdent ès-choses par eux donnés à leurs enfants décédant sans enfants et descendants d'eux*».

(37) Tan sólo las costumbres de Maine y de Anjou (arts. 288 y 270 respectivamen-

Al mismo tiempo, en los países de Derecho escrito persiste, durante la Edad Media, la reversión legal de tradición romana y germánica, desprovista de cualquier tinte sucesorio. La reversión operaba como cláusula convencional sobreentendida automáticamente, con efectos retroactivos, a modo de condición resolutoria, afectando a las disposiciones realizadas por el donatario premuerto, que quedaban sin efecto. Producida la condición era como si la donación no hubiera tenido lugar: *Resoluto iure dantis resolvitur ius accipientis*. De modo que la condición resolutoria que se suponía tácitamente estipulada por el donante, producía los mismos efectos que la que pudiera haber estipulado expresamente.

En el pulso que se establece entre la concepción del Derecho de costumbres y del Derecho escrito, el primero va ganando terreno, llegando incluso a influir —dice MEZQUITA (38)— en las recopilaciones de éste, hasta el punto de que algunas privan de efectos retroactivos a la reversión.

A) *El momento clave de la recuperación en el Code del retorno legal tras su abrogación por la Ley de 17 de nivoso del año II*

Hasta aquí, salvo cuestiones de matiz, se está de acuerdo en que tal fue la evolución de la reversión legal de donaciones, que se manifestó como hemos relatado, en los distintos momentos históricos.

Con lo que llegamos a los últimos hitos del proceso, donde a la doctrina se le escapa un paso importantísimo para entender el actual sentido de la institución, su *ratio legis*. Según opinión mayoritaria, el retorno legal pasó al Código Napoleón con el carácter que tenía en los países de costumbres. La famosa Ley de 17 de nivoso del año II lo había abolido. Pero el artículo 747 del Code lo restablecía e incluso aparecía alguna nueva manifestación del mismo en otros preceptos del Código Civil francés (39).

---

te) persisten en negar el retorno sucesorio en plena propiedad a los ascendientes donantes, a los que sólo reconocen un usufructo vitalicio (BRAGA, *Ob. cit.*, p. 179).

Escribe MEZQUITA «En este restablecimiento, se consagra triunfante la concepción sucesoria de la reversión, no retroactiva, implicada en la sucesión *abintestato*, con respeto de las disposiciones del donatario y limitada (por reflejo de los móviles de troncalidad) sólo a los bienes donados que subsistan en especie en la sucesión. En cambio, se extiende tanto a los bienes muebles como a los inmuebles» (*Ob. cit.*, p. 27).

(38) *Ob. cit.*, p. 26.

(39) MEZQUITA, uno de los autores que más se detiene en el análisis de los antecedentes históricos de la figura, tras acabar de exponer las ideas anteriores afirma que «con tales caracteres pervive en el moderno Derecho francés la institución. Suprimida (quizá por considerarla una remota vinculación) por una ley de 17 Nivoso del año II, el Código francés, más respetuoso con la tradición de la figura, la restablece finalmente de nuevo» en el artículo 747 (*Ob. cit.*, pp. 27-28). Y en este sentido suele pronunciarse la doctrina.

Para entender el error hemos de centrar nuestra atención en la Revolución francesa y los años que siguen a ésta. El retorno legal, absorbido por el *Droit Coutumier* y configurado como retorno sucesorio, como expresión pura del derecho de sucesión de las familias, de la necesidad de conservar los bienes en la rama familiar de donde proceden, y quizá como una especie de vinculación, va a ser abrogado como consecuencia de las ideas liberales de la Revolución francesa, tras lo cual volverá a aparecer —y ahí hemos afirmado que está la clave de la cuestión— en el Código Napoleón.

En efecto, la Revolución francesa, para ser consecuente en su lucha contra el poder de las familias nobles, abolió los principios de la troncalidad y el retorno sucesorio en el artículo 74 de la *Loi du 17 nivose an II* (40). El Código civil francés consagró la abrogación del sistema troncal, disponiendo tajantemente en su artículo 732 que no se tendría en cuenta ni la naturaleza (*propres, meubles* o *aquests*), ni el origen (paterno o materno) de los bienes para regular la sucesión. Queda, con todo, fruto de una transacción, un resto del principio de familia en la división por líneas y no por cabezas, más acusada que la que luego acoge nuestro Código Civil, cuando suceden *abintestato* los ascendientes o los colaterales.

Para que la burguesía pudiera ocupar la posición de poder, de preeminencia que deseaba, era necesario expulsar previamente de esta posición a la anterior clase dominante, la aristocracia, que sustentaba una parte esencial de su fuerza en la conservación y no disgregación de grandes patrimonios familiares. El sistema de la troncalidad buscaba directamente mantener los bienes en la familia de procedencia de los mismos y precisamente se refería a los bienes inmuebles, base de la riqueza y de la estructura socio-económica en aquel entonces. Indirectamente favorecía el poder de la nobleza, poseedora de enormes patrimonios familiares, detentadora de la propiedad, y, lo que es más importante, de una propiedad improductiva desde el punto de vista de una burguesía activa. Por ello era necesario que la burguesía acabara con este sistema, lo mismo que debía abolir, en su propio beneficio, la vinculación y amortización de bienes.

Se ha dicho que, en sí, las ideas de la troncalidad no contrariaban la filosofía liberal-burguesa y podrían haberse mantenido: se trataba de primar el deber de familia sobre la voluntad o el afecto del causante a la hora de deferir la sucesión *abintestato*. Pero aún admitiendo que no violentaban su filosofía (lo que sería discutible dado el voluntarismo característico de la

---

(40) BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL opinan que la Ley de nivoso abrogó el retorno sucesorio por error, acogiendo tan sólo el retorno convencional (artículo 874) (BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, *Traité Théorique et pratique de Droit Civil. Des Successions*, v VII, t. I, Paris, 1905, pp 502 y ss.). Pero esto no puede admitirse. Obsérvese que lo que quiso la ley de que se trata fue acabar con el sistema troncalista de sucesión y, como parte de él, con la reversión sucesoria. La ley sabía bien lo que estaba haciendo.

misma), sí jugaba en contra de su poder político, por los motivos que hemos señalado. La revolución política debía ser acompañada por una reforma civil que acabara con el poder material de la nobleza. El sistema sucesorio del *Droit Coutumier*, junto al sistema de vinculaciones favorecía a los detentadores de la propiedad inmobiliaria en aquel momento: la aristocracia. Tan sólo por eso, sin necesidad de nada más, tal sistema estaba condenado a la guillotina (41).

Por otra parte, frente a la complejidad del sistema troncal, el romano brillaba por su simplicidad. Y, ¿cómo no iba la «Razón», amiga de la simplicidad como sinónimo de justicia, a preferir el segundo sistema? Y, ¿cómo, por otra parte, no iba éste a llamar la atención de aquéllos que sustentaban una filosofía individualista y voluntarista?

Atiéndase a las siguientes declaraciones realizadas a lo largo de la discusión del proyecto de Código Civil francés:

El 22 germinal del año XI (12 de abril de 1803) se comunica oficialmente al Tribunado el proyecto de Código Civil. CHABOT fue el ponente que informó a la Asamblea General el 26 germinal (16 de abril). A él se deben las siguientes palabras: «Este orden sucesorio tan complicado (se refería al *Droit Coutumier*), tan variado, tan difícil, consagrando además una infinidad de desigualdades, y tan poco conforme con la llamada de la naturaleza, ya que continuamente apela a los parientes más lejanos con exclusión de los más próximos, debía ser reemplazado por otro orden, que tuviera de entrada el gran mérito de ser uniforme para toda la República, y que fuera además simple en sus elementos, fácil en su ejecución, fiel a los principios de la igualdad de derechos, y que sobre todo tuviera por base el orden mismo de los afectos del hombre.

Tales son, Tribunos, los caracteres y las ventajas del nuevo sistema que establece la ley propuesta.

Como en Derecho romano, como en el Derecho escrito, cada sucesión sólo formará un patrimonio, y no se distinguirá distintas especies de bienes para distribuir las según su naturaleza a diversas líneas o ramas hereditarias: todos los bienes quedarán confundidos como lo estaban en manos del difunto que podía disponer de todos y todos serán igualmente deferidos al heredero más próximo de cada línea, sea por derecho propio o por representación.»

---

(41) «En fin, muy cerca ya de la redacción del Código civil, tenemos la experiencia revolucionaria. El régimen sucesorio entonces reviste un carácter verdaderamente constitucional y es que viene llamado a jugar un papel político y a convertirse, como dice Tocqueville, en una máquina de seccionar el suelo: (PLANIOL y RIPERT, *Tratado Práctico de Derecho Civil francés*, t. IV, traducción española de Mario Díaz Cruz, Habana, 1933).

El Code adoptó claramente el sistema sucesorio de base romana.

TREILHARD, en su Exposición de Motivos del proyecto de *Code civil* a los Cuerpos legislativos, el 19 germinal del año XI (9 de abril de 1803) dice:

«Legisladores, el gobierno os presenta, a través de nuestro órgano, el proyecto de ley sobre las sucesiones, es decir, el testamento presunto de toda persona que muera sin haber expresado válidamente una voluntad diferente».

... la ley «debe pronunciarse como se hubiera pronunciado el difunto mismo si él hubiera podido o si él se hubiera querido explicar. Tal es el espíritu sobre el que debe ser meditada una buena ley sobre esta materia» (42).

«El orden de suceder establecido por la ley está fundado sobre una presunción de afecto del difunto por sus parientes más próximos» (43).

«Además de los numerosos conflictos a que da lugar el sistema de las costumbres, con su distinción según la naturaleza y origen de los bienes y sus limitaciones a la libertad de disponer, ¿cómo podemos suponer que un orden de cosas según el cual los herederos más lejanos, e incluso desconocidos para el difunto, excluían a los próximos parientes a los que él había tenido afecto durante su vida; cómo se podía suponer que este orden estaba de acuerdo con la voluntad presunta del hombre cuya sucesión se abría?» (44).

La conclusión es la aceptación del orden romano aboliendo «toda distinción resultante del diverso origen de los bienes».

CHABOT, al presentar el proyecto de *Code civil* a la asamblea general el 26 de germinal del año XI (16 de abril de 1803), repite las ideas expuestas por TREILHARD:

«... la ley no tiene otra misión que la de suplir la voluntad del hombre que muere sin expresarla, debe regular la transmisión de sus bienes como es presumible que lo hubiera dispuesto él mismo; debe darle por heredero a aquellos que es presumible hubieran sido su elección, y debe suponerse naturalmente que él hubiera elegido a sus propios parientes, siempre que no haya manifestado una

---

(42) FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, t XII*, Os-nabrück, 1968, p. 137.

(43) *Idem*, p. 140.

(44) *Idem*, p. 143.

voluntad contraria, porque debe presumirse que él ha sentido más afecto por sus parientes que hacia extraños» (45).

Ello no quiere decir que se desterrara por completo el principio de familia, tan arraigado en muchos corazones e incluso, podríamos decir, en la sociedad. Así, el Código francés opta por la siguiente regla: cuando la sucesión se defiere a los ascendientes o a los colaterales, los bienes se dividen por mitad entre las dos líneas, constituyendo una excepción al principio según el cual el pariente más próximo excluye al más remoto (46). Parece que con ello se buscaba satisfacer por igual los intereses de ambas familias. Pero aunque se apunte un principio de familia, lo cierto es que en la realidad éste sólo hubiera funcionado correctamente —según el espíritu troncalista— si las dos familias hubieran contribuido en igual medida a la formación del patrimonio del causante. Sea como sea, esta desviación del sistema romano —división por líneas en la sucesión intestada de ascendientes y colaterales— ha llevado a los autores a afirmar que el Code, en tema de Sucesiones, instauró un Derecho de Transacción entre el *Droit Coutumier* y el Derecho romano de los países de Derecho escrito, aunque se acepta que en comparación con el resto de materias, el espíritu conciliador del Code es menos acusado en lo que a Sucesiones se refiere: la transacción sólo se manifiesta fragmentariamente y de modo muy desigual.

Abrogado en la Ley de 17 de nivoso del año dos, junto con el sistema troncalista del *Droit Coutumier*, ¿cómo vuelve a aparecer en el Code el derecho de retorno legal? (47). Según DE PAGE «reaparece bajo la influencia

(45) En *Ob cit.* de FENET, p. 167.

(46) Treilhard (Fenet. *Ob cit.*, p. 143): «Pero adoptando en este artículo los principios del Derecho romano, no hemos podido rechazar aquello que podía haber de bueno en los usos de los países de costumbres; y sin condenar a los ciudadanos a investigaciones largas y ruinosas sobre el origen de los bienes que componen una sucesión, hemos atendido al interés de la familia: toda sucesión deferida a los ascendientes o a los colaterales se dividirá en dos porciones iguales, una para la rama paterna, y otra para la rama materna no es sólo una especie de bienes, sino la totalidad de la sucesión la que se dividirá de tal modo. Así se concilia la voz de la naturaleza, que parece llamar a los parientes más próximos, con el interés de las dos familias de las que el difunto traía su origen».

CHABOT (en *Ob. cit.* FENET, p. 177): «Pero el hombre tiene parientes de dos líneas; tiene dos familias, la de su padre y la de su madre; se presume que tiene el mismo afecto por los parientes de uno y otro lado y, además, tiene bienes que provienen de una y otra línea.

Sus parientes de las dos líneas deben entonces ser llamados por igual a su sucesión; y para que una no sea enteramente excluida por la otra, el proyecto de ley llama, siempre que no haya hijos o descendientes, al pariente más próximo del lado paterno y al pariente más próximo del lado materno.

Es la voz de la naturaleza de acuerdo con la justicia».

(47) Tras exponer las ideas anteriores, al presentar el proyecto de *Code civil*, se

de otra institución completamente distinta, de una regla romana esta vez: la cláusula tácita de retorno en ciertas donaciones de ascendientes. Lo que el derecho de retorno había perdido en tanto que *derecho familiar*, lo recupera como *derecho individualista*» (48).

La supresión tuvo lugar por coherencia con las ideas liberales de la Revolución y se produjo respecto a una institución sucesoria que se veía, al menos indirectamente, como afirmadora del poder de la nobleza, detentadora de una propiedad improductiva, dentro del régimen de la troncalidad. El resurgimiento en el *Code* se basa en esas mismas ideas liberales y lo es de un fenómeno no sucesorio, sino relativo a la vida de la donación y dirigido a la protección de los intereses particulares del donante en base a su sobreentendida voluntad. Es la figura de origen romano, aunque con variantes lógicas de acuerdo con la filosofía de la época, la que se recoge. Pero probablemente por la proximidad inmediata de los antecedentes del Derecho histórico francés anterior al *Code*, y buscando la no retroactividad de la reversión, se dota a la institución equivocadamente y dando lugar a múltiples equívocos, de un ambiente sucesorio, situándola entre las normas que regulan la sucesión *mortis causa* de las personas. Sin embargo, la voluntad del legislador liberal al recogerla en el Código civil no era la de resucitar viejos principios de troncalidad violentando o, si se quiere ser más moderado, matizando el básico principio según el cual no se atendería al carácter ni a la procedencia de los bienes para regular la sucesión en los mismos. Lo que el legislador quiso, y lo que es más importante, *lo que se ajusta mejor al espíritu y sistema establecido por el Code y a la realidad social del tiempo en que aquel se promulga*, fue complementar la regulación de las donaciones uniendo a la regla según la cual se podía establecer convencionalmente una condición resolutoria expresa *si sine liberis decesserit* (arts. 951 y 952 Code) (49), una condición legal basada en la sobre-

---

solía acabar con frase parecidas a ésta. «los artículos sobre las sucesiones deferidas a descendientes, ascendientes y colaterales son el fiel resultado de lo que acabamos de exponer» (TREILHARD en la *Ob. cit.* de FENET, p. 147).

A continuación se apuntaban una serie de disposiciones particulares, en concreto la del artículo 747, pero no se argumentaban las razones de su acogimiento. Tan sólo se le llama «disposición particular» y, en ocasiones, parece que se vuelve a apelar a los afectos derivados de la naturaleza y, en consecuencia, a la presunta voluntad del difunto.

(48) DE PAGE, *Ob. cit.*, p. 300.

(49) Artículo 951 Code: «*Le donateur pourra stipuler le droit de retour des objets donnés, soit pour le cas du prédécès du donataire seul, soit pour le cas du prédécès du donataire et de ses descendants.*»

*Ce droit ne pourra être stipulé qu'au profit du donateur seul.»*

Artículo 952 Code: «*L'effet du droit de retour sera de résoudre toutes les aliénations des biens donnés, et de faire revenir ces biens au donateur, francs et quittes de toutes charges et hypothèques, sauf néanmoins l'hypothèque de la dot et des conventions matrimoniales, si les autres biens de l'époux donataire ne suffisent pas, et dans le cas*

entendida voluntad del ascendiente y con un contenido y características diferentes a la condición resolutoria pactada. El error fue no situar la norma en la sede sistemática que realmente le correspondía: entre las destinadas a regular las donaciones.

DE PAGE (50) tras afirmar que el Código civil francés quiso recuperar la institución como derecho individualista desprovisto de connotaciones troncalistas o sucesorias, concluye que, sin embargo, por error se adoptó el retorno sucesorio de la tradición del Derecho de costumbres. El *Code* —dice— debía haberse contentado con adoptar el derecho de retorno de origen romano, la cláusula de retorno de que hablan los artículos 951 y 952. Desgraciadamente se equivocó y adoptó el retorno sucesorio que no cuadraba con los principios igualitarios (art. 732 *Code*), los motivos puramente individualistas del retorno convencional. El retorno sucesorio, condenado en tanto que regla que aseguraba el poder de la familia —yo diría de la familia aristocrática—, reaparece como conforme a la voluntad probable del donante (no del difunto), y no sólo reaparece desnaturalizada de tal manera (art. 747), sino que el Código le encuentra nuevas aplicaciones (art. 753 —adoptante donante— y 766 —hermanos legítimos del hijo natural—*Code*).

Así pues, DE PAGE, que había sabido ver qué intención o finalidad subyacía en la recuperación del retorno legal en la Codificación francesa, sobrepone, sin embargo, a la misma la localización sistemática del precepto (art. 747) y su dicción literal inspirados por la institución del retorno sucesorio procedente del *Droit Coutumier*, dada su proximidad cronológica. Creo que ahí se equivoca.

Con todo, hay que reconocer que la apariencia del retorno legal en el *Code* es escandalosamente sucesoria y que en teoría puede hacerse una interpretación de acuerdo con tal naturaleza, como por desgracia realiza la generalidad de la doctrina francesa, apabullada por aquella apariencia. Basta para ello admitir que el artículo 747 es una derogación de los principios generales y ordinarios de la sucesión hereditaria, una institución anómala en el sistema. Y es necesario para ser coherentes llegar hasta el punto de afirmar que se trata de una sucesión que funciona aparte de la ordinaria y de una masa de bienes separada del resto de la herencia. Son anomalías y desviaciones importantes del sistema. A esta tesis vendría a apoyar una nueva debilidad del

---

*seulement où la donation lui aura été faite par le meme contrat de mariage duquel résultent ces droits et hypothèques».*

Obsérvese que en el *Code* el pacto expreso de reversión se refiere exclusivamente al supuesto de premoriencia sin descendencia del donatario o también de los hijos de éste y sólo puede ser estipulada en favor del donante. No es necesario que se trate de ascendiente y descendiente. El artículo 641 del nuestro Código Civil es mucho más amplio. Volvemos sobre esta cuestión.

(50) *Ob. cit.*, p. 300.

legislador francés, que en la discusión del artículo 55 del proyecto del título «De las donaciones», que se convertiría en el artículo 951 del *Code*, suprimió un párrafo de dicho artículo, que remitía al artículo 747. Como antecedente de dicha supresión tenemos la observación de TRONCHET en el sentido de que el párrafo citado confería «no un derecho de retorno, sino un derecho de sucesión». Aun cuando esta fuera la razón que estuviera en la mente de un «legislador confuso» (51), no tiene por que ser el sentido que atribuyamos a la *mens legis*, en relación con la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada la norma (art. 3 CC), que es lo que hemos de interpretar y que habrá que incardinar, lo mejor posible, en el sistema.

B) *La importancia de la retroactividad a la hora de configurar los perfiles de la reversión legal de donaciones*

Parece que uno de los motivos fundamentales que influyeron en el legislador francés para situar la norma en un contexto sucesorio fue la búsqueda de la no retroactividad de los efectos de la reversión legal, no retroactividad que era propia de la reversión sucesoria del Derecho de costumbres, mientras que en la institución de origen romano, la reversión producía la resolución de la donación con efectos retroactivos. Interesantísimas en este sentido son las consideraciones que realizan, con gran agudeza, RIPERT y BOULANGER, en medio de las trilladas argumentaciones que ofrece en general la doctrina francesa.

Comienzan afirmando que el retorno sucesorio —así lo conceptúan— es la excepción más señalada al principio de unidad de la sucesión, constituyendo una sucesión anómala que es verdaderamente curiosa pues, entre otras cosas, tiene base contractual (52). A continuación señalan: «Es difícil explicar la existencia de sucesiones anómalas en nuestro Derecho y puede ser que constituyan una inútil complicación. Habiendo abrogado la regla de las costumbres según la cual los bienes son deferidos según su origen, el Code debía haber desechado la noción de sucesión anómala, tal y como estaba formada en nuestro Derecho de costumbres: la institución no debía haber sobrevivido, dado que se acababa de destruir la idea sobre la cual reposaba. Admitiendo que se debía hacer retornar ciertos bienes a las manos de quienes los habían hecho entrar en el patrimonio del *de cuius*, hubiera sido necesario inspirarse en las concepciones romanas, que asignaban a este derecho de retorno una base contractual.

---

(51) Escriben PLANIOL y RIPERT. *Ob. cit.*, p. 10: «La experiencia del pasado desde un punto de vista muy estricto no ha podido aportar a los redactores del Código Civil más que sugerencias muy divergentes y a veces contradictorias».

(52) *Ob. cit.*, p. 525.

La única justificación que podemos dar es que las reglas de las costumbres entrañaban muchos menos inconvenientes prácticos que las reglas romanas, ya que acordaban el derecho de retorno sin retroactividad: *hemos tomado el principio del derecho romano y los elementos de solución del Droit Coutumier, queriendo ignorar que había antinomia entre el principio y las soluciones*. Un sistema tal sólo puede defenderse a la vista de sus resultados y es, al menos, dudoso que tales resultados sean excelentes. En todo caso, es curioso notar que la práctica moderna tiende a restablecer la tradición de los países de derecho escrito: los prácticos no dejan casi nunca de estipular, en una donación el retorno convencional» (53).

En apoyo de la importancia que el principio de la retroactividad tuvo a la hora de dotar de ropajes sucesorios a la reversión legal, viene también la opinión de LAURENT. Tras recordar que «el Código italiano suprime la reversión legal como inútil, toda vez que los ascendientes y adoptantes pueden estipular la condición de reversión en las donaciones que hacen», defiende el acogimiento de la figura en el Code, afirmando que debe ser mantenida: «Es probable, en efecto, que si la reversión legal se suprimiera, la convencional llegaría a ser de costumbre. Precisamente por esta razón el anteproyecto mantiene la reversión...». Sigue diciendo que la reversión convencional hace a la donación resolutoria, «de donde se deduce que todos los actos de disposición que el donatario realiza quedan rescindidos cuando la condición de reversión se cumple. Así, nada es más contrario al interés general que estas resoluciones que introducen la perturbación en las relaciones civiles». Se detiene a continuación en los inconvenientes de la resolución para el tráfico económico. Y acaba concluyendo: «La condición resolutoria ha sido mantenida, porque es el ejercicio legítimo del derecho de propiedad. Esto es verdad, pero, al menos, el legislador no debe empujar a las partes interesadas a estipular condiciones resolutorias. Así, en el caso de que se trata, el legislador tiene la elección; manteniendo la reversión legal, evita la condición resolutoria. Este es un motivo determinante para conservar la reversión por título de sucesión si, por lo demás, este derecho está fundado en razón».

### 3. EL RETORNO LEGAL DE DONACIONES EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

Veamos qué es lo que sucede en nuestro Código Civil. La norma del artículo 812 se importa del Code o, más en concreto, pese a lo que se suele afirmar, de la nueva configuración, más amplia, dada a la misma por LAURENT en su anteproyecto.

---

(53) *Ob cit.*, p. 571. Es más éste parece haber sido el motivo determinante para la supresión del artículo 747 del Código civil francés.

Somos de la opinión, con LÓPEZ GARZÓN, de que los posibles antecedentes cronológicos que puedan localizarse en nuestro Derecho influyeron en la adopción del 812 tan sólo en la medida en que pudieron contribuir a crear un clima favorable para su acogida. Entre ellos, es de destacar la norma del Derecho foral aragonés sobre reversión sucesoria (54).

A) *La reversión legal de donaciones en los debates de la comisión codificadora presidida por ALONSO MARTÍNEZ*

Para Alonso Martínez, la *ratio legis* de la reversión legal de donaciones es la misma que la de las reservas: lo que llama el «principio de familia». Siguiendo este principio hace notar el tenaz empeño que «pusieron los señores vocales en que se declarase como excepción a la regla general de las legítimas, que los bienes donados por un ascendiente por causa de matrimonio u otro motivo cualquiera, vuelvan al mismo donante si el descendiente donatario muriese sin sucesión».

ALONSO MARTÍNEZ (55) habla de la rivalidad entre dos sistemas sucesorios distintos: el de las legislaciones de la Edad Media, que en lo general están calcadas en la troncalidad como base del principio de familia, y el del Derecho romano, copiado por los Códigos modernos, que se funda no más que en la voluntad presunta del difunto y designa por su heredero al que le está más estrechamente ligado por los vínculos del afecto. (Recuérdese la máxima justinianea —Novela 18— según la cual la sucesión sigue al cariño: primero desciende, luego asciende y, por último, se extiende). Se

---

(54) LÓPEZ GARZÓN, *Ob. cit.*, p. 902: «De todos estos precedentes históricos, los del Derecho romano y del Derecho de Castilla no debieron influir lo más mínimo en la decisión de nuestros codificadores; son antecedentes, pero sólo en el sentido cronológico del vocablo: normas que, promulgadas antes que la de nuestro artículo 812, guardan alguna semejanza con ella. El precepto del derecho aragonés probablemente sirvió para crear el clima favorable a la institución en el seno de la Comisión codificadora, sobre todo por parte de los foralistas. Y, en fin, el artículo 747 del Código napoleónico fue el modelo tenido a la vista, no sólo al aceptar la norma, sino también a la hora de redactarla. Basta cotejar el texto de ambos artículos para cerciorarse de ello. De aquí que el examen de la doctrina y de la jurisprudencia francesas sobre el particular sea a menudo un dato inestimable para la exégesis de nuestra norma. Sin embargo, para no potenciar demasiado dicha semejanza, debe advertirse, desde ahora. 1.<sup>º</sup> Que el artículo 747 del Código civil francés es aplicable sólo a la sucesión intestada, y el 812 del nuestro rige tanto en la sucesión *abintestato* como en la testamentaria (art. 938); 2.<sup>º</sup> Que el principio de subrogación real, en caso de enajenación de los bienes donados, se sanciona con más amplitud en la versión española; 3.<sup>º</sup> Que la divergencia entre los dos Códigos en materias sucesorias, relacionadas con la reversión legal, suele imponer a ésta distintos efectos».

(55) *Ob. cit.*, p. 187

pregunta cuál de estos dos sistemas debía prevalecer en el Código español.

Hace notar cómo aún partiendo como base del sistema romano, del afecto presumible del difunto, se observan discordancias en los Códigos extranjeros y en el Derecho español entonces vigente. En concreto señala cómo los Códigos modernos rinden un homenaje, que no el único, al «principio de familia» estableciendo que los ascendientes hereden con exclusión de toda otra persona los bienes que donaron a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad, si se encuentran en especie en la herencia yacente; debiendo abonárseles, si se enajenaron, el precio de la enajenación, o entregarles los bienes adquiridos en cambio o equivalencia, quedando siempre subrogados en el lugar del donatario respecto de las acciones de revisión que pudieran corresponder a éste» (art. 747 C.N. y 797-98 del anteproyecto de LAURENT) (56).

ALONSO MARTÍNEZ relaciona el retorno legal con la reserva lineal en cuanto a su fundamento, esto es, el consabido «principio de familia» (57).

---

(56) ALONSO MARTÍNEZ, *Ob. cit.*, p. 188. El *Code* no admitía tal subrogación, aunque la jurisprudencia realizó una interpretación extensiva en este sentido. La idea procede del anteproyecto de LAURENT.

(57) *Ob. cit.*, p. 192: «.. con esta base —la que se refiere a la reserva lineal— desaparece el peligro de que bienes poseídos secularmente por una familia pasen bruscamente y a título gratuito a manos extrañas por el azar de los enlaces y muertes prematuras» (no es necesario recordar el caso concreto para cuyo remedio nació el 811); además «sin negar que sea una novedad esta base del Derecho de Castilla, tiene en rigor en su abono la autoridad de los Códigos más niveladores y el ejemplo de las naciones más democráticas de Europa, si no en la extensión en que lo presenta la Comisión Codificadora, a lo menos en el principio generador de la reforma»: se refiere al principio de familia.

Sigue: «Establece, en efecto, el artículo 747 del Código Napoleón, y repiten con él los de otras naciones que lo han tomado como modelo, que los bienes donados vuelven siempre al ascendiente donante si muere sin hijos el donatario. El insigne juriscultor M. LAURENT, que se ocupa con gloria suya en la reforma del Código Civil belga, reproduce y desenvuelve ese mismo precepto legal en los artículos 797 y 798 de su anteproyecto. Ahora bien, ¿qué razón hay para no aplicar la misma disposición a los bienes adquiridos por herencia? Título gratuito es éste lo mismo que el de la donación? Y aún tiene una ventaja el primero sobre el último, y es que la donación al cabo se engendra en un acto de la voluntad, mientras que muchas veces en la herencia es la ley la que se impone al hombre, decretando, de propia autoridad, la transmisión de los bienes a las personas en favor de quienes establece una legítima por altas consideraciones sociales. Parece, pues, que el legislador está más obligado a reparar los agravios que él propio infiere a las familias, cuando puede hacerlo sin menoscabo de altos intereses ni de las reglas eternas de la justicia».

Lo que está diciendo ALONSO MARTÍNEZ es lo siguiente: si el ascendiente puede recobrar en virtud de la reversión legal del 747 francés bienes que donó a su descendiente, en virtud de un principio de familia, para que se conserven en la misma rama

Junto a estas ideas nuestro autor (58) presenta la recepción de la institución de la reserva legal, como fomentada por los foralistas. En primer lugar, el representante de Cataluña pedía que se diera cabida a una Constitución de Jaime I, según la cual los bienes que el impúber, por cualquier causa, ocasión o título, hubiere adquirido del padre o de otros de la línea paterna, o de la madre o de otros de la línea materna, si muere *abintestato*, deben volver al padre o a la madre o a los parientes más inmediatos de la línea respectiva. Obsérvese que la institución catalana se aplicaba sólo en la *sucesión intestada* pues respondía a un espíritu troncalista, que aunque no caracterice el Derecho sucesorio catalán, sí impregnaba aquella figura. El representante aragonés defendía la generalización de la reversión, ya que era justa y conveniente a las familias, de modo que no se aplicara tan sólo a los impúberes. Finalmente, entre los castellanos, ISASA se colocó del lado de los foralistas: «Nadie intenta aquí, poner en duda que los bienes transmitidos o donados por un ascendiente a un descendiente lo han sido en pleno dominio; se trata sólo de decidir si muerto un descendiente sin hijos, han de volver aquéllos al que los dio. Y yo me inclino a la afirmativa: el padre que dota a una hija o hace a un hijo una donación, obra con propósito de ayudar a que se constituya una nueva familia y para que ésta tenga medios de levantar sus cargas. Ahora bien, cuando este matrimonio muere sin hijos, cesa el motivo por el que se constituyó la dote o la donación, y pues no ha habido términos hábiles para que se cumpliera la intención del donante por no haber hijos del nuevo matrimonio a quienes transmitir los bienes donados, justo es que vuelvan a su antiguo dueño, en vez de ir a parar a una persona extraña en quien no pensó el ascendiente al desprenderse de ellos» (59).

Obsérvese que, en cuanto a la institución catalana, no se trataba en realidad de un supuesto de reversión legal, sino de sucesión troncal: atendiendo al origen de los bienes, éstos volvían a los

---

familiar de procedencia, ¿por qué no admitir además, con esa misma finalidad, que los bienes heredados de un ascendiente de acuerdo con las reglas del sistema sucesorio que la misma ley establece, deban acabar volviendo a la familia de procedencia, y no desviarse a otra, para lo cual se establecería la institución de la reserva lineal? Está ofreciendo así un argumento de autoridad a la inclusión de las reservas en el Código Civil español: la existencia de otra institución, que dice con la misma finalidad, en el Derecho europeo y generalizando la idea: la existencia, por tanto, del «principio de familia» manifestado en instituciones concretas como la reversión legal, en los Códigos de las naciones más democráticas de Europa.

(58) *Ob. cit.*, pp. 256 y ss.

(59) *Ob. cit.*, p. 257.

parientes más próximos de la línea de procedencia. En el Derecho aragonés sí existía un supuesto claro de reversión sucesoria. Por último, adviértase que ISASA estaba apuntando claramente a la «voluntad» del donante como fundamento de la reversión.

Concluye ALONSO MARTÍNEZ que «sería poco discreto no trasladar el principio establecido en naciones tan enemigas del derecho troncal como la Francia y Bélgica, al Código general de un país que, como España, cuenta en su seno muchas provincias donde está profundamente arraigado el principio de troncalidad» (60).

No le sorprende que precisamente «naciones tan enemigas del derecho troncal» hayan acogido una institución basada en tales principios, más si se tiene en cuenta que pocos años antes de la promulgación del Código Napoleón acababa de ser suprimida por una ley fruto de la Revolución liberal-burguesa.

Lo que no sabe ver ALONSO MARTÍNEZ, aunque no es extraño dado el ambiente sucesorio del artículo 747 que hace hablar a la generalidad de la doctrina francesa de sucesión anómala, es que, como ya hemos visto siguiendo a De Page, en Francia no se recuperó la figura del «retorno» como consagración de una idea de troncalidad, que el Code, fruto de la Revolución, rechazó básicamente, sino como manifestación de la voluntad individualista del donante (aun presumida) y de sus intereses particulares, de base romana. Los bienes no retornan *ex successione*, sino *ex donatione*. En lugar de conformarse con la condición resolutoria que el donante podía incluir en cualquier donación que realizara, se quiso, a mayor abundancia, introducir el retorno sin necesidad de declaración alguna de voluntad al respecto y aunque ésta era la idea de fondo, formalmente la apariencia era de que se estaba volviendo a dar cabida a una institución cuya base y finalidad era muy otra: el «principio de familia» en el régimen sucesorio. Si la institución se incluyó en el Code en sede de sucesiones fue persiguiendo la no producción de efectos retroactivos del retorno, la cual hubiera dado lugar a una terrible inseguridad jurídica en perjuicio del tráfico económico y atentatoria de la filosofía liberal que inspiró al Code. La retroactividad era propia del sistema convencional romano y de los países de Derecho escrito inspirados en aquél, y no se daba en el retorno sucesorio del *Droit Coutumier*. El legislador francés no se percató de que la no retroactividad podía basarse perfectamente en la voluntad presunta del ascendiente dentro de un retorno legal inscrito en la estructura de la donación (el retorno legal se configuraría así como inspirado en el Derecho romano, pero con rasgos diferentes en orden a las consecuencias de dicho retorno respecto a los actos dispositivos *inter vivos* del dona-

---

(60) *Ob. cit.*, p. 193.

tario), y para evitar dicha retroactividad y pese a la finalidad individualista y voluntarista que guiaba al *Code* al acoger la figura, revistió a la misma de ropajes sucesorios.

#### 4. CONCLUSIÓN: LA «RATIO LEGIS» DE LA NORMA

Llegados a este punto podemos afirmar que si el Código civil francés incluyó la norma del artículo 747 fue con un fundamento individualista y una base negocial. La confusión se produce al situarlo en sede de sucesiones, buscando la no retroactividad, lo que de rebote hace que atraiga hacia sí toda la carga del *Droit Coutumier*: sucesión anómala fundada en una idea de troncalidad o en un principio de familia. Y de este Código a través del belga en la versión del anteproyecto de LAURENT, lo recoge nuestro Código Civil. Y pese a que engañado por la sede sistemática del precepto y en medio de una especie de fiebre defensora de la no absoluta extrañeza de los principios de la troncalidad en nuestro Derecho, se quiere interpretar a la luz de los mismos por figuras tan notables como ALONSO MARTÍNEZ, se trata de una interpretación equivocada, sin que ello desmerezca a la existencia de otros restos concretos del principio de familia en nuestro Código Civil.

La interpretación correcta debe partir, por otra parte, no de la *mens legislatoris*, sino de la *mens legis*, lo que exige la adecuada integración de la norma en el sistema y el protagonismo del criterio de la realidad social del tiempo en que aquélla ha de ser aplicada.

Qué acertadas son las palabras de VIDAL Y GARCÍA cuando dicen que «todos los problemas planteados por el artículo 812... SON UN PROBLEMA DE NUMERO. En efecto, si el famoso artículo en lugar de llevar el número que lleva, de estar —disparatadamente— encuadrado entre las legítimas y, lo que es peor, a continuación del artículo 811, lo que le hace partícipe por contigüidad de toda la carga emotiva que éste arrastra, hubiera llevado el número 640 ó 642 y estuviere situado entre los de la donación en general, que era su sitio, todos aquellos problemas ni se hubieran planteado ni se hubiera confundido su naturaleza jurídica» (61).

Ninguna incomodidad hubiera sentido entonces el intérprete, y la no retroactividad, el mantenimiento de los actos dispositivos del donatario, se hubiera visto como una especialidad lícita y lógica frente a la reversión pactada expresamente en base al artículo 641 CC.

¿Cuál es pues la *ratio legis* de la norma? Muchas veces se ha apuntado, aunque muchas veces también se han desviado las aguas de su cauce.

---

(61) VIDAL FRANCÉS, P. y GARCÍA GARCÍA, J. M., «El problema de la aplicabilidad a Cataluña del artículo 812 del Código Civil», *RCDI*, julio-agosto 1981, p. 951.

Como señalan VIDAL y GARCÍA (62), lo que hace el 812 es efectuar una interpretación de la voluntad normal de los donantes, (la ley interpreta la voluntad del donante), que supone desean donar a los descendientes, pero no es lógico suponer que deseen que los bienes puedan pasar indirectamente a los cuñados de éstos o a los hijos de un posterior matrimonio de sus viudas; como norma de interpretación es perfectamente coherente con otras del propio Código (así, por ejemplo, con el artículo 1289), y esto nos da la motivación de fondo del precepto. ¿Cómo consigue el Derecho positivo garantizar el cumplimiento de aquella finalidad? Mediante el establecimiento de una *conditio iuris* que transforma en elemento natural del contrato de donación lo que supone que hubiera sido elemento accidental en todos los casos en que el donante hubiera previsto aquellas posibles consecuencias, y este caso de transformación de un elemento accidental en elemento natural no es caso único en el Derecho; así, por ejemplo, la transformación en tales elementos naturales de la evicción y saneamiento (originariamente surgidos como pacto agregado) o la llamada condición resolutoria tácita del artículo 1.124, que, al igual que la reversión del 812, presenta peculiaridades y contenido distinto de la condición resolutoria expresa. Ahora bien, el Derecho (y los Codificadores) trataba de evitar la disminución del contenido económico de la donación que hubiera supuesto la presunción sin más de una condición resolutoria (retroactividad) y por ello establece una condición limitada tanto respecto a su contenido objetivo (que los bienes donados o sus subrogados se encuentren en el patrimonio del donatario en el momento de tener lugar la reversión), como respecto a su ejercicio subjetivo (sólo procederá en favor del ascendiente donante). ¿Cómo se determina el hecho de la reversión? Por el fallecimiento sin descendientes del donatario. En este sentido, la adquisición por el ascendiente deriva, en efecto, de la muerte del donatario, pero no es una adquisición *mortis causa*; la muerte del donatario juega aquí como supuesto *facti*, no como supuesto *iuris*, al igual que jugaría en la condición resolutoria expresa; a lo sumo, la naturaleza se acercaría a las situaciones que ya el Derecho romano conoció como *mortis causa capio*, pero es algo totalmente desligado de los derechos hereditarios; insistimos, no es una sucesión *mortis causa*.

Si el 812 debe quedar integrado en el Sistema, debe ser del modo más coherente posible.

El principio de familia estaba arraigado en la conciencia de muchos foralistas y ALONSO MARTÍNEZ se dejó llevar por una fiebre defensora del mismo, interpretando cualquier institución que pudiera rozar o coincidir, aun circunstancialmente con el contenido de la troncalidad, a la luz de la

---

(62) *Idem*, p. 950.

misma, basándose en la defensa de su perdurabilidad en el Código Civil. Pero lo cierto es que éste se quiso apartar de aquel sistema. Los únicos restos del naufragio serían los siguientes:

a) La división por líneas en la sucesión *abintestato* de los ascendientes, por influencia francesa y más moderadamente que en el Code, pues sólo se da cuando existen ascendientes del mismo grado en ambas líneas.

b) El artículo 811, que si no está totalmente de acuerdo con las reglas más ortodoxas de la troncalidad, responde claramente al principio de familia. Pero que nació como novedad en nuestro Código Civil y únicamente para solucionar en justicia un supuesto escandaloso que se planteaba en la realidad y que todos conocemos.

El sistema sucesorio español no es un sistema troncalista, ni tiene como base el principio de familia, aunque existan algunos restos del mismo. Es un sistema de corte romano fundamentalmente. Es cierto que en Roma la primacía de la voluntad sucesoria del *pater familias* —expresada en testamento— tenía como finalidad última la de asegurar la unidad de la familia mediante la designación de su nuevo cabeza, evitando la disolución o la desmembración de las empresas agrícolas familiares. Pero no se trataba de conservar los bienes en poder de los descendientes de las familias de procedencia sin que se desviaran a otra rama familiar. El interés familiar en la Sucesión romana, innegable, no tenía nada que ver con deferir los bienes en atención a su naturaleza o a su origen.

El artículo 812 no es una nueva norma excepcional en un sistema de base romana. ¿Por qué interpretarlo como excepción de las reglas generales de la sucesión hereditaria cuando se puede interpretar perfectamente sacándolo fuera del ámbito de las sucesiones? Lo que es más acorde con: nuestro sistema sucesorio de base romana; la filosofía liberal burguesa que dio origen al Code, de donde procede nuestra norma, y que está en la base de nuestro Código Civil; con el argumento de la voluntad presunta del donante, que manejan incluso los partidarios de la reversión sucesoria, sin darse cuenta de que están sustentando un llamamiento sucesorio, no en la voluntad del causante, sino en la del propio beneficiario; con el fenómeno de la subrogación real que acoge el 812 y que incluso llegaron a deducir, mediante una interpretación extensiva, la doctrina y la jurisprudencia francesas respecto al artículo 747 *Code*, que es mucho más restrictivo en este sentido, pues obsérvese que con la subrogación real e incluso de valor se está apuntando a la recuperación del valor que se donó y porque se donó, más que a la sucesión en una parte de la herencia del causante... (63); y con la configuración actual de la familia, de carácter básicamente nuclear.

---

(63) FERNÁNDEZ DOMINGO (*Ob. cit.*, p. 757), aun partiendo de la reversión sucesoria, detecta, a la hora de relacionar la reversión legal con los principios de la troncalidad.

Admitamos incluso que el legislador no tenía clara la naturaleza jurídica de la reversión legal *ex* artículo 747 del Código Napoleón u 812 CC. Supongamos que en la mente colectiva del legislador colectivo se entremezclaron influencias de muy distinto signo a la hora de acoger la regla, como así fue. Pues bien, aun así y con mayor razón en este caso, hay que dar preferencia a aquella interpretación que menor alteración produzca en el sistema. Las reglas excepcionales han de interpretarse restrictivamente. Y ante la oscuridad de la ley hay que optar por la interpretación que no introduzca principios extraordinarios en el sistema, sobre todo cuando dicha interpretación tiene una base sólida en la *ratio legis* de la norma (64). No se olvide, por otra parte, la importancia que tiene la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada la norma. Cuando la familia se reduce a la familia nuclear cada vez más, la realidad sociológica se aleja de aquélla que dio origen al sistema de la troncalidad y hace que sea más difícil aceptar un retorno sucesorio, incluso contra la voluntad del donante.

Es interesante constatar que la interpretación que propugnamos responde a las tendencias más modernas, avaladas por la realidad social, en el Derecho europeo. En Francia, tras dejar reducido a unos límites insignificantes el campo de la llamada «sucesión anómala» (retorno legal de donaciones), en virtud de la Ley 72/3 de 3 de enero de 1972, sin conformarse con esto, la Comisión de reforma del Código Civil francés ha confeccionado un anteproyecto en el cual los «herederos anómalos», ya que como tales los considera *de lege data* la generalidad de la doctrina francesa, desaparecen totalmente del Título «De las sucesiones *ab intestato*». Junto a ello, sigue regulando el retorno convencional (art. 1.005 y ss. del anteproyecto) y además permite al donante estipular que el retorno no sea retroactivo (art. 1.006 del anteproyecto). Con esta regulación se está aproximando la proyectada legislación francesa a la interpretación que estamos defendiendo de la actual regulación del Código Civil español. Se cierra totalmente la puerta al retorno sucesorio. Retorno convencional y retorno convencional sin efectos retroactivos, ambos serían posibles, aunque en los dos casos sería necesario pactarlos expresamente.

Por la tesis de la donación sujeta a condición legal se decanta PÉREZ ARDA en un trabajo clásico: «Las donaciones hechas a un descendiente por su ascendiente llevan en sí, en virtud de lo esta-

---

entre otros, el siguiente problema: «si nos atenemos a los bienes, el cuadro de subrogaciones, etc., en que se diversifica, hace que el principio se diluya en una persecutoriedad extraña al mismo».

(64) Testimonio de la oscuridad del precepto a la hora de determinar la naturaleza jurídica de la institución y del cúmulo de influencias que consciente o inconscientemente actuaron en la *mens legislatoris* es la compleja construcción de SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios de Derecho civil*, t. VI, Madrid, 1910, pp. 1043 y ss.).

blecido en el artículo que nos ocupa, la condición de que, si el descendiente muere sin posteridad, queda revocada, sin efecto, restituyéndose al donante los bienes donados o su equivalente, de modo que el ascendiente, no sucede en ellos a título de heredero forzoso del descendiente, sino a título de donante que recobra la donación al faltar la condición con que fue hecha, como la recobra en los casos de superveniencia de hijos, de ingratitud o de no cumplir el donatario la condición impuesta expresamente... «Al morir el descendiente sin posteridad, las donaciones de los ascendientes quedan revocadas, vuelven *ipso iure* al dominio de aquéllos y tienen que ser baja en el inventario de la herencia: y formada ésta, obtenido su valor líquido, previa la deducción de esas donaciones y las demás deducciones conducentes, será llegado el momento de fijar la cuota usufructuaria del cónyuge supérstite y la legitimaria del ascendiente, que por separado percibirá lo determinado en el artículo 812» (65).

No faltan autores que pese a admitir que el artículo 812 debe interpretarse como fenómeno sucesorio, presentan esta conclusión como una incoherencia del Código Civil. Así, DÍAZ GUIJARRO y MARTÍNEZ RUIZ, señalan: «vemos que el artículo tiene marcado empeño en presentarla (a la institución de la reversión) como modo de suceder, pues comienza diciendo que los ascendientes suceden con exclusión de otras personas... y sigue añadiendo que sucederán en todas las acciones... A la verdad, no se concibe que la reversión de una donación (que esto y no otra cosa es lo que el artículo ordena) constituya modo de suceder. Desde el artículo 641 conocíamos la reversión contractual, que no es más que una donación con condición resolutoria en favor del donante; más ahora, porque la reversión es legal y por causa de muerte del donatario, el Código le atribuye carácter sucesorio, no obstante no encajar dentro de los principios que a la sucesión regulan...» (66). Obsérvese que estos autores escriben recién publicado el Código Civil, para ser más precisos, en el año 1908.

Una vez realizada la opción, que no debe ser arbitraria, una vez determinada la *ratio legis* del precepto, que no tiene por qué coincidir exactamente con la *ratio legislatoris* del mismo, hay que ser coherente con aquélla. Y esta coherencia exige una extraordinaria pulcritud en las argumentaciones y en las conclusiones.

---

(65) «Alrededor del artículo 812 del Código Civil», *RGLJ*, 1908, p. 124.

(66) *Ob. cit.*, p. 293.

### A) *El argumento de la voluntad del donante*

Hemos visto ya como los autores que defienden la reversión sucesoria utilizan argumentos, muchas veces con carácter básico, que son más propios de la reversión legal concebida como momento de la vida o la estructura de la donación y, por tanto, como fenómeno inscrito en tal negocio jurídico. Me estoy refiriendo en concreto al hecho de situar el fundamento de la norma en la voluntad presunta del ascendiente donante. En este sentido, casi todos los autores franceses, siguiendo a DOMAT y a DEMOLOMBE; y en nuestro Derecho, VALLET, MEZQUITA, BONET, VALVERDE, MANRESA, etc.

LAURENT (67) estima que en virtud de la presunta voluntad del ascendiente hay una cláusula tácita de retorno en las donaciones que un ascendiente hace a su descendiente.

La Encic. DALLOZ (voz «succession»), después de señalar que el *Code* recoge el retorno sucesorio desarrollado en los países de costumbre, añade: «El derecho de retorno del ascendiente descansa sobre una interpretación de la voluntad de este ascendiente: el ascendiente ha querido privarse en favor de su descendiente y también de los descendientes de éste, pero no ha querido gratificar a los otros herederos del donatario. Esta manera de entender la voluntad probable del ascendiente es con seguridad razonable.» Aunque añade: «Pero no es necesario acudir para regular las dificultades de la materia, a la sola voluntad del donante. No debemos olvidar que se trata de una voluntad no real, sino presumida, es decir que al lado de la voluntad del ascendiente aparece la del legislador, que da al retorno un alcance general y suple, llegado el caso, la voluntad inexistente del disponente. El legislador entiende la voluntad real o supuesta del donante en el sentido más favorable al donatario... De ahí resulta que el derecho de retorno legal está fundado no solamente sobre la voluntad del donante, sino también sobre la del legislador y que es necesario tener en cuenta la segunda tanto como la primera».

Para BONET (68), el derecho de reversión protege, interpreta la voluntad del disponente, que se presume hizo la donación con la tácita condición de que tuviera hijos su descendiente donatario o no le premuriera.

VALVERDE (69), citando a DEMOLOMBE, dice: «... siendo una donación la que hizo el padre la hizo con una condicional, que era que tuviere hijos su

---

(67) *Ob. cit.*, p. 202.

(68) *Ob. cit.*, p. 637: «Sería contrario a la voluntad probable del disponente, que por muerte imprevista del donatario sin posteridad pasasen los bienes dados por aquél a otra familia diferente. El derecho de reversión es protector, interpretativo de la voluntad del disponente, que se presume hizo la donación con la tácita condición de que tuviera hijos su descendiente donatario.»

(69) *Ob. cit.*, p. 233.

descendiente donatario». Más adelante (70), después de afirmar que estamos ante una sucesión anormal o una modalidad de la sucesión, escribe: «se trata de una reversión de carácter legal, y su naturaleza jurídica es la de una donación con condición resolutoria, por la que vuelven los bienes al donante cuando se den los supuestos y condiciones determinados en el artículo».

MANRESA (71): «El precepto del artículo 812 se funda en la voluntad presunta del donante y en el deseo de que los bienes queden en la familia, y dentro de ella, en la línea de que proceden».

Olvidan así que la ley de la sucesión es la voluntad del causante (en este caso el donatario) y no la de otros sujetos, como sus posibles donantes que, además en este caso serían los beneficiarios de la supuesta sucesión. ¿En virtud de qué principio o por qué razón convierten la voluntad de un tercero en fundamento de la sucesión de una persona, aunque se trate de una «sucesión privilegiada» en ciertos bienes? Si se defiende la naturaleza sucesoria de la reversión debe defenderse claramente el principio de familia como base de ésta. Si la norma se apoya, en cambio, en la presunta o tácita voluntad del donante, a lo que lógicamente se está apuntando es a la esencia misma del negocio jurídico de la donación (72).

BAUDRY-LACANTINERIE añade a los tres argumentos clásicos que esgrimía Demolombe para justificar la reversión legal y a los que ya nos hemos referido, uno más: «la sucesión anómala se encuentra, lo mismo que toda sucesión, fundada en parte sobre la voluntad misma del difunto; la ley se ha inspirado en gran parte en la consideración de que éste ha querido transmitir al ascendiente el bien que de él recibió; esta voluntad presunta explica que el difun-

---

(70) *Idem*, p. 234.

(71) *Ob. cit.*, p. 611.

(72) Desde la tesis sucesoria no ha dejado de haber autores que percibiendo la incoherencia, han procurado establecer en sus justos términos la importancia de dicha voluntad. Es el caso de PLANIOL y RIPERT: «La transmisión hereditaria que ha establecido concuerda muy verosimilmente con la voluntad presunta del donante al tiempo de la donación y la del beneficiario al tiempo de su fallecimiento. Se puede hacer la indicación, pero simplemente a título de orientación, para señalar los móviles que impulsaron a los redactores del Código; pero no hay que aprovechar ese texto para dar más valor en este caso que en el resto de la materia hereditaria a la noción de intención, de voluntad sobreentendida, y ni para colocar como base de la sucesión anómala el concepto de una convención tácita que la acercaría al retracto convencional» (*Ob. cit.*, p. 198). Añaden en nota a pie de página que los intérpretes, aun reconociendo el carácter sucesorio al derecho de retracto, tienden a conceder mucha importancia a las ideas de voluntad y de convención, movidos por los resultados contrarios de la tradición, las divergencias de opinión sobre el fundamento del derecho sucesorio y la dificultad de la materia. Como consecuencia de ello, la unidad de la materia se encuentra de ese modo comprometida y las dificultades aumentadas.

to pueda, en su testamento, impedir que el bien donado retorne al ascendiente donante» (73). Obsérvese que en el Derecho francés el retorno legal sólo operaba en la sucesión intestada, de ahí que, mediante testamento, pudiera evitarlo el donatario. En el Derecho español el Código Civil expresamente establece que el 812 se aplica tanto si el donatario muere testado como intestado. Y la doctrina afirma comunmente que el testamento no puede enervar la reversión, que opera de forma imperativa. Por tanto, según la construcción sucesoria en el Derecho español no podría aducirse la voluntad del causante donatario como fundamento de la reversión, ni total, ni parcialmente.

Por otra parte, la posibilidad de que el donatario evite, testando en contrario, la reversión legal, en el Derecho francés, no es incompatible con la tesis de la reversión convencional aplicada a aquel Derecho, pues es posible que el legislador haya presumido que el donante desee la reversión salvo voluntad en contrario del donatario. En favor de esta opinión jugaría lo restringidísimo de la subrogación real en el 747 francés: sólo el precio de la venta si todavía fuere debido: si el donatario puede eludir la reversión mediante disposición *inter vivos* del bien donado, ¿por qué no va a poder hacerlo mediante disposición *mortis causa*? De nuevo se podría decir que esta casi inexistencia de subrogación apunta a una reversión sucesoria. Pero ello no es así necesariamente: ¿por qué no va a haber podido presumir restrictivamente en este sentido el legislador la voluntad del donante? Lo que jugaría a favor de la mayor libertad o pureza de la propiedad adquirida por el donatario. Con todo, en cuanto al tema de la subrogación, el artículo 747 del Código Napoleón es objeto de interpretación extensiva por gran parte de la doctrina y por la jurisprudencia francesas.

Se dice en ocasiones que la reversión del 812 supone una ampliación de la legítima del ascendiente y ello se une a la idea que acabamos de criticar. ¿Qué tiene que ver la legítima del ascendiente o de cualquier otro sujeto con su voluntad de adquirir dichos bienes?

Ideas como las anteriores suponen una clara transgresión de los principios que rigen el Derecho sucesorio, y sin ninguna base, histórica, lógica, etc.

---

Obsérvese, sin embargo, que estos autores apuntan también a la voluntad del donatario-causante y que, incluso en este caso limitan la importancia de la voluntad, paralelamente al papel que ésta juega, según ellos, en el fenómeno sucesorio en general.

(73) BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, *Traité Théorique et pratique de Droit civil. Des successions*, t. I, París, 1905, p. 504.

Se puede afirmar que pese a seguir nuestro Ordenamiento el sistema romano de sucesión basado en el presunto afecto del causante, existen con todo algunos restos de principios o sistemas diferentes. Lo cual no deja de ser cierto como ya hemos visto. Pero es que ni siquiera en éstos encajarían las ideas anteriores. Repito, ¿qué tiene que ver la voluntad del donante recobrante con la sucesión del donatario? Nuestro Código Civil garantiza la libertad en la formación y en la expresión de la voluntad personal del causante a la hora de regular su sucesión *mortis causa* (ver incapacidades relativas, prohibición de testamento por tercero o de testamento mancomunado, formalidades testamentarias...), y a falta de expresión solemne de dicha voluntad, la regula él, basándose en un sistema que hunde sus raíces en el justiniano. Supone una violencia inusitada hacia ambos principios pretender que sea la voluntad del beneficiario la que rija la sucesión del causante, aunque éste hubiera sido previamente favorecido por aquél. Junto a los principios básicos descritos se atiende residualmente al principio de familia en la división por líneas propia de la sucesión intestada de los ascendientes, y en el artículo 811 CC. Tampoco tiene nada en común con estos principios la voluntad presunta del beneficiario.

En la voz «Succession» de la Enciclopedia DALLOZ, se habla de sucesión anómala y se señala que la anomalía del derecho de retorno legal del ascendiente donante aparece en el fundamento de tal derecho: descansa sobre la interpretación de la voluntad, no del difunto, sino del heredero. Esta anomalía inicial entraña otras que también se especifican.

La única tesis que partiendo de un retorno sucesorio solventaría la anterior paradoja de fundamentar la institución en la presunta voluntad del donante-beneficiario, consiste en conceptualizar el retorno legal como fruto de un contrato sucesorio. Esta es la posición de Mezquita. Sin embargo, dada la enemistad de nuestro Código Civil por tal figura, no puede admitirse una tesis como esta, que tampoco es la que mejor se ajusta a los antecedentes históricos del retorno legal de donaciones. Como construcción dogmática es interesante y resolvería aquel problema, pero no es acorde con el sistema de nuestro Código Civil y, en concreto, con el Derecho sucesorio común (74).

---

(74) MEZQUITA encuentra que, precisamente una de las ventajas de su construcción es la posibilidad de defender la admisibilidad de la renuncia anticipada, pues no cabe entender prohibida «la renuncia convencional a una sucesión también convencional». Se produce así una elasticidad de la institución, que no permitiría su construcción como sucesión legal y que aparte de la anterior ventaja contaría con la siguiente, según el mismo autor (*Ob cit.*, p. 45): los padres donantes podrían limitar el recobro a la nuda

Para obtener los mismos resultados presuntamente queridos por el ascendiente donante, está abierta otra vía: la de la convención, en la que el artículo 1.255 CC garantiza la amplia libertad que inspiró el principio del *laissez faire*. Ahí sí tiene poder su voluntad. Es en el negocio jurídico de la donación y no en la posterior sucesión del donatario donde el ascendiente donante puede hacer valer su voluntad y donde puede tener sentido que la ley establezca reglas dispositivas basadas en su presunta voluntad.

B) *¿Por qué la reversión legal opera sólo en favor de ascendientes?*

La posibilidad de una convención del tipo descrito está expresamente admitida en el artículo 641 CC. Pero en el caso del ascendiente existen razones, que no pueden predicarse de cualquier otro donatario, que hacen pensar que su voluntad se inclina en el sentido del 812, y que justifican el establecimiento de la reversión legal sobre la base de una presunción del legislador.

Hay un texto que demuestra que en el Derecho romano el efecto legal de la reversión se establecía bajo la presunción de que tal era la voluntad tácita del padre donante. Una Constitución de Justiniano del año 530 (Const. 5, 13, 1, 13), después de referirse al pacto expreso de reversión de la dote constituida por un extraño, concluía: «Mas entendemos por extraño a todo el que no sea ascendiente por sexo viril y no tenga en su potestad a la persona dotada; porque al ascendiente le damos la acción tácita de lo estipulado».

Pero, ¿por qué opera sólo en favor de ascendientes?

Los preceptos que en el Code Napoleón y en el Código Civil español regulan la reversión convencional expresa se refieren a cualquier donante (arts. 651 y 652 *Code* y 641 CC).

En primer lugar, si la reversión legal abarcara a cualquier donante fuera cual fuera su relación con el donatario, los artículos que acabamos de citar no tendrían sentido, pues el pacto al que se refieren sería innecesario, superfluo, salvo que con ellos lo que se quisiera fuera conseguir la retro-

---

propiedad en cuanto pudiera extenderse a los bienes donados el eventual y futuro derecho usufructuario viudal del cónyuge del hijo donatario, sin necesidad de recurrir a la donación oblicua de usufructo, ni a las donaciones mortis causa de usufructo entre cónyuges. Añade MEZQUITA (*Ob. cit.*, p. 46) que «en un plano puramente teórico, no habría tampoco obstáculo a la cesión del derecho de recobro; pero como este derecho es eventual y contingente a la supervivencia del donatario y a la falta de posteridad de éste, así como a la no enajenación onerosa de los bienes o a la subsistencia al menos de su precio, que el donatario puede lícitamente consumir, ya se comprende que en la práctica un negocio tal de cesión es una pura entelequia».

actividad, la resolución absoluta de la donación propiamente dicha. Sin embargo, de su texto parece desprenderse que lo que querían aportar no era la retroactividad sin más, sino la posibilidad del pacto de reversión que, además pero sólo además, sería retroactivo (75).

En segundo lugar, las razones que puedan hacer presumir al legislador que la voluntad del ascendiente donante, de haber previsto el supuesto que contempla —anormal en el curso de la naturaleza—, se hubiera inclinado en el sentido expuesto, no se pueden aplicar a otros posibles donantes, por lo menos, no como regla general, y la generalidad es una característica esencial propia de la ley.

La donación de ascendientes a descendientes, que la mayor parte de las veces cuando es de entidad se realiza con ocasión del matrimonio o independencia de éstos, persigue contribuir a la atención de las necesidades económicas o valubles económicamente de una persona hacia la que se siente un especial deber moral y afecto que está en la base de las motivaciones que conducen a la donación y que como tales es defendible que se integran en la causa de la misma.

Se puede suponer que es posible que cualquier donante prefiera la reversión si el donatario le premuere sin descendencia. De hecho, la posibilidad de pacto expreso de reversión en el *Code* (art. 651) se refiere sólo a ese caso de premoriencia del donatario sin posteridad, sin importar la relación que uniera a donante y donatario. Pero en el caso del ascendiente donante podemos llegar más allá: se puede presumir que esa es, como regla general, su voluntad. Y en base a ello la Ley establece la reversión legal, que opera sin necesidad de que el donante exprese su voluntad.

Obsérvese el siguiente dato curioso: en Cataluña, donde se discute la aplicabilidad del artículo 812 CC, es sin embargo normal que los donantes *propter nuptias* establezcan en capitulaciones matrimoniales la reversión de los bienes donados en caso de premorir el donatario sin descendencia (art. 641 CC). Nos interesan en estos momentos los motivos que guían a los donantes a incluir como norma general dicha cláusula en la donación.

Nótese que la reversión se pacta en capitulaciones matrimoniales. Se trata de donaciones realizadas con ocasión del matrimonio por terceras personas, no necesariamente ascendientes. Pero en este tipo de donaciones, el donante busca favorecer a una determinada persona, a la que le liga un afecto especial derivado de la propia naturaleza de las cosas, que va a iniciar la formación de una

---

(75) En el *Code* la ley afirma la retroactividad expresamente. En el CC no tenemos una declaración semejante, pero esta es la interpretación unánime de la doctrina.

familia y muchas veces también comienza entonces una vida independiente, y, en su caso, de la prole que engendre el donatario. El donante quiere incrementar el patrimonio de esa persona en perjuicio del suyo propio. Es a los intereses de esa persona y, en su caso, de su descendencia, a los que desea atender, pero no quiere empobrecerse en favor de nadie más, antes prefiere recuperar los bienes. Y quizá la mayor parte de las veces, procediendo la donación de ascendientes, no quieran éstos empobrecerse en favor de otra «familia»: sentimiento troncalista, pero no sistema troncalista: es la voluntad del donante la que manda y no la conveniencia social o legal.

Lo mismo ocurre en Francia, en que, por sus características, el retorno legal protege con menos fuerza que en nuestro ordenamiento jurídico los intereses del donante.

Pues bien, esas motivaciones que llevan al donante catalán y al francés a estipular habitualmente la reversión de la donación en capitulaciones matrimoniales, son las que presume, con fundamento, el legislador en todo ascendiente donante, sea cualquiera la ocasión de la donación (aunque la de cierta entidad se producirá principalmente con ocasión del matrimonio o independencia del descendiente). Y en base a esta presunción relativa al ánimo del donante, se regula la reversión legal: no es necesario que el ascendiente donante exprese su voluntad para que la reversión se produzca (76).

En cuanto a que la previsión de reversión del 812 se contemple únicamente respecto a ascendientes también ha sido explicado (así MEZQUITA) por el hecho de la consideración presuntiva de las donaciones a descendientes como anticipo de herencia, lo que no se produce cuando los donantes son otros sujetos (77). Téngase en cuenta que el donatario premuere al donante, lo que hace que la donación deje de tener sentido como anticipo de legítima. La idea cobra más fuerza, a mi entender, si se tiene en cuenta la exigencia de la muerte del donatario sin posteridad, posteridad que, muerto el donatario, se convertiría en legitimaria del donante, aunque fuera por derecho de representación si los nietos concurrieran con sus tíos. Obsérvese que el argumento es aplicable tanto si se parte de una reversión sucesoria como de una reversión legal de naturaleza negocial.

Ello demuestra una vez más que el 812 se basa en la voluntad del donante que es un principio normal y esencial en el negocio jurídico de la

---

(76) Los efectos de la reversión pactada expresamente son más drásticos que los de la reversión legal, pues se produce la resolución con eficacia retroactiva de la donación afectando a los actos de disposición realizados por el donatario.

(77) *Ob cit.*, p. 54.

donación, como la voluntad de las partes es la esencia de cualquier negocio jurídico a la luz de la cual se deben interpretar éstos. Pero desde luego no es un principio normal en el sistema sucesorio, en el que se puede hablar de un deber o principio de familia o de la voluntad del causante, pero no de la voluntad de los beneficiarios. Ello sería absurdo. Sólo en el caso de sucesión del Estado podría hablarse de la voluntad del favorecido pues, ¿no es el Estado el que hace las leyes y no es la ley la que lo llama en último lugar en el orden *abintestato*?

C) *El argumento de la no retroactividad*

Hay una idea que reiteradamente se esgrime contra la concepción negocial de la reversión legal y que inclina a la mayoría de los autores españoles y a la totalidad de los franceses a sustentar que el retorno legal era en el Código Napoleón y es en nuestro Código Civil un fenómeno sucesorio: el hecho que claramente aparece en los preceptos implicados de que no se deshacen los actos de disposición del donatario, que son válidos. La reversión no tiene efectos retroactivos (78). La interpretación de este dato aparece condicionada en la mente de los autores por el siguiente hecho: tradicionalmente, la reversión legal no sucesoria se consideraba como condición resolutoria tácita en la donación, lo que privaba de validez a los actos dispositivos realizados por el donatario, mientras que la reversión sucesoria se ha caracterizado históricamente por su no retroactividad.

Al pronto se observa que esto no es así en el ordenamiento francés ni en el Código Civil español: el donatario tiene la libre disposición de lo donado mientras vive, y esto no lo altera la reversión. Automáticamente se suele extraer la conclusión de que ello se debe a que nos encontramos ante un fenómeno sucesorio. En Francia, algún autor ha llegado a decir expresamente, como ya hemos visto, que pese a ser la finalidad del legislador la de actuar según la presunta voluntad del donante, se dotó finalmente a la figura de carácter sucesorio precisamente para evitar la retroactividad y únicamente por eso. Con ello no sólo se olvidan de que existen fenómenos sucesorios como la sustitución fideicomisaria que obligan a conservar, sino, lo que es más importante, de que aun partiendo de una reversión no sucesoria, basada en la presunta voluntad del donante es posible la no retroactividad: el *Code* no tuvo por qué copiar la reversión de origen romano, sólo inspirarse en ella, importando su esencia negocial: el principio, no las consecuencias. En realidad, a la filosofía que sustentaba cuadraba mejor la libre disposición del donatario, la solución de la no retroactividad, ya que

---

(78) Así. p. ej., LÓPEZ GARZÓN, *Ob. cit.*, p. 924.

era un principio esencial el de la libre circulación de bienes en beneficio del tráfico económico. La seguridad jurídica se hubiera resentido y se hubiera desembocado en una especie de vinculación difícil de tolerar. La reversión legal en el *Code* y en el CC español no opera como una condición resolutoria con efectos retroactivos, sino que la muerte sin posteridad del donatario constituye la *conditio iuris* de retorno de los bienes al donante, en las condiciones establecidas en los preceptos, y con base en la presunta voluntad del ascendiente. En favor de esta idea juega el fenómeno de subrogación real o de valor consagrado en el artículo 812, idea en la que insistiremos más adelante. Pues es fácil basar esta subrogación en la presunta voluntad del donante, pero es más difícil encajarla en un fenómeno sucesorio, en el que desde luego dicha subrogación nada tendría que ver con la presunta voluntad del donatario-causante ni con «superiores» intereses familiares.

#### D) *La aplicación tanto a la sucesión testada cómo a la intestada*

Finalmente hay una idea que, separando nuestra normativa de la del Código Napoleón, suma a los anteriores una argumento más en favor de la tesis de la reversión legal como fenómeno *ex donatione*. El Código Civil español declara expresamente que el 812 se aplica tanto a la sucesión testada como a la intestada.

Artículo 942 CC: «*Lo dispuesto en esta sección se entiende sin perjuicio de lo ordenado en los artículos 811 y 812, que es aplicable a la sucesión intestada y a la testamentaria*».

Recuérdese que la reversión sucesoria era propia, históricamente, tan sólo de la sucesión *abintestato*, por funcionar en clave troncalista. Si el 812 se aplica a la sucesión testada no es porque sea una especie de legítima o un tipo de llamamiento o de delación distinto al testamentario y al intestado, sino porque es un fenómeno ajeno a la sucesión y, en concreto, a la sucesión del donatario y, por tanto, se defiera ésta como se defiera, debe respetar la norma del 812. Si en el momento de la muerte del donatario los bienes deben volver a manos del donante en virtud del negocio de la donación y, en concreto, de una disposición legal que integra dicho negocio, es obvio que el donatario no podrá alterar esto haciendo testamento. Tan sólo cabría esta posibilidad si así se dedujera de la voluntad del donante.

Con todo, hemos de reconocer que el argumento de que tratamos se ha utilizado tanto para rechazar como para sustentar la tesis sucesoria. En el último caso, afirmando que la reversión legal es una especie de legítima o de reserva, de ahí que opere tanto en la sucesión testada, como en la legal.

### III. LA REVERSION LEGAL DE DONACIONES DESDE UNA PERSPECTIVA SISTEMÁTICA: DONACION Y NO SUCESION

#### 1. INTRODUCCIÓN

Establecida ya la *ratio legis* de la norma, hemos concluido que la institución de la reversión legal pertenece al campo de las donaciones y no al de las sucesiones.

Pero hay un punto controvertido, complejísimo en que la donación se acerca e incluso llega a identificarse con la sucesión: me estoy refiriendo a la debatida figura de las donaciones *mortis causa*. Y traigo a colación una cuestión tan espinosa porque en ocasiones se ha querido ver en la reversión convencional de donaciones en caso de premoriencia del donatario, que es el que aquí nos interesa, un supuesto de donación *mortis causa* del tipo condicional resolutorio (VALLET) (79) y de lo que ahora tratamos es de relacionar la reversión legal con la convencional.

En seis líneas acabamos de introducir una serie de conceptos a los cuales no podemos dedicar la atención que exigiría un trabajo centrado en los mismos. Nuestro objetivo es más modesto. Aun así exigen una mínima definición o toma de posición necesaria para lograr la finalidad que nos proponemos.

Afirma VALLET que la falta de catalogación de las donaciones *mortis causa* de tipo resolutorio «dentro del artículo 620 y su encaje dentro del artículo 641, nos hace comprender que para el Código Civil, las donaciones *mortis causa* de tipo resolutorio deben regirse por las normas ordinarias de las donaciones normales *inter vivos* y no por las reglas de las disposiciones de última voluntad, por las que se rigen, en cambio, las donaciones *mortis causa* de tipo suspensivo....» (80).

Donaciones *mortis causa* o donaciones *inter vivos*, es pues el régimen de las donaciones ordinarias *inter vivos* el que se aplica y no el de las sucesiones, por lo que, a efectos prácticos, la cuestión tiene menos importancia de la que en un principio pudiera esperarse.

(79) *Estudios sobre donaciones*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1978, p. 160.

(80) *Idem* «La consecuencia principal que de esta orientación se deriva es la fijación del carácter irrevocable de estas donaciones *mortis causa* de tipo resolutorio. Ya no es el artículo 737, sino los artículos 644 y ss., como para las donaciones *inter vivos*, los que deben entrar en escena» «No obstante, creemos que esta nota de irrevocabilidad por el donante no es de carácter esencial en este tipo de donaciones —como se asegura lo es en los Códigos francés e italiano—, sino meramente natural. Puesto que en nuestro país no existe el obstáculo que, en este aspecto, supone el principio *donner et retenir ne vaut* (*Ob. cit.*, pp. 160-161).

## 2. REVERSIÓN CONVENCIONAL Y REVERSIÓN LEGAL DE DONACIONES

El pacto de reversión de donaciones está regulado en nuestro Derecho por el artículo 641 CC, según el cual, *«podrá establecerse válidamente la reversión en favor de sólo el donador para cualquier caso y circunstancias, pero no en favor de otras personas sino en los mismos casos y con iguales limitaciones que determine este Código para las sustituciones testamentarias.*

*La reversión estipulada por el donante en favor de tercero contra lo dispuesto en el párrafo anterior es nula; pero no producirá la nulidad de la donación»* (81).

La reversión legal del artículo 812, como momento estructural de la donación, se relaciona con la reversión convencional en favor del donante en el 641, pero, de ningún modo con la llamada reversión convencional en favor de terceros, a la que también se refiere junto con aquélla el 641 (82). En los primeros casos hay recobro del bien o, subsidiariamente, de su valor por el donante. En el segundo hay una especie de sustitución, aunque no sea testamentaria o hereditaria (83). Por tanto, la reversión convencional en favor de terceros no va a ser tratada ni siquiera a efectos de compararla con el 812, pues nada tienen que ver la una con la otra. De modo que si nos referimos a ella es para excluirla como significativa en el posicionamiento sistemático del 812. Aunque téngase en cuenta como curiosidad que si la disposición en favor de tercero a que se refiere el artículo 641 supone para este tercero una donación y si el tercero es descendiente del donante, a esta donación le será aplicable el 812.

Situada la reversión legal en la estructura de la donación llevada a cabo por el ascendiente y no en la sucesión del donatario, hay dos datos —que se mueven en planos distintos— que la distinguen de modo esencial de la reversión convencional del artículo 641.

---

(81) El supuesto más corriente en la práctica es aquél en que la reversión se hace depender de la condición de que el donatario premuera al donante, a lo que se suele añadir que no debe dejar el fallecido descendencia. Es decir precisamente el supuesto que tiene para nosotros relevancia.

(82) En cambio, para SOTO BISQUERT, «la naturaleza y efectividad de la donación con cláusula de reversión no varían tanto si el paso de lo donado se produce en favor del mismo donante como si lo es en favor de terceros, ya que en todo caso hay una sustitución de persona en la titularidad de lo donado» («La donación con cláusula de reversión en el Código Civil», *RCDI*, 1967, p. 360 y ss., p. 636).

(83) Somos conscientes del tratamiento unitario que un sector de la doctrina realiza de los supuestos de reversión en favor del donante y en favor de terceros (así, SOTO BISQUERT), pero estimamos que las diferencias son lo suficientemente importantes para merecer una consideración diferenciada

A) *La voluntad del donante en la reversión convencional y en la reversión legal de donaciones*

En primer lugar, la reversión del 641 deriva de la voluntad expresa del donante aceptada por el donatario. Por el contrario, la reversión legal del artículo 812 se basa en la voluntad presunta y no expresa del donante. En los dos casos, en última instancia, nos encontramos con la voluntad de la Ley. Pero en el primer supuesto, ésta tiene una función sancionadora del contrato como fuente de las obligaciones, o dicho de otro modo, de la autonomía privada con poder para crear y regular relaciones jurídico-obligatorias entre los sujetos. Mientras que en el segundo caso, la ley cumple una función integradora del contrato: interpreta e incluso integra la voluntad contractual de las partes. Aun cuando elimináramos el primer concepto, el de interpretación, sería innegable la integración. La Ley suple la falta de declaración de voluntad. La integración que realiza, por otra parte, responde a su mentalidad relativa a los negocios de disposición a título gratuito, que tiende a interpretar restrictivamente el alcance de la transmisión y hace prevalecer los intereses del donante o, en general, del sujeto que se empobreció en favor de otro, sin recibir a cambio ventaja patrimonial (84). Pero no hasta el punto de proteger al donante más allá de lo que él quiera ser protegido. Hemos dicho que la Ley suple en el 812 la falta de declaración de voluntad del donante, que realmente tiene esta voluntad o que puede que no la tenga. En realidad esto es indiferente mientras no se produzca declaración de voluntad al respecto, pues la ley que tiene, no solo vocación, sino asumido ejercicio de generalidad, se basa en lo que considera serán, en general, los intereses y actitudes de cualquier donante que se encuentre en la situación que describe el 812. Por ello, si la declaración de voluntad se produce, ésta debe prevalecer: la norma del 812 no es imperativa, lo que chocaría con el fundamento que le hemos atribuido, sino dispositiva.

Obsérvese, por otra parte, que el contrato podría interpretarse perfectamente sin necesidad de la actividad integradora de la ley: si el donante no pacta la reversión, simplemente ésta no se aplica. No se trata pues de que la ley llene una laguna del contrato. No integra para solventar una deficiencia, fallo o laguna en la declaración de voluntad de las partes.

La operación no responde al esquema siguiente:

P.M. Voluntad presunta del donante: reversión.

P. m. Declaración de voluntad: no se pronuncia al respecto.

---

(84) Una norma como la del 812 sería inconcebible refiriéndola a una enajenación a título oneroso pues, para empezar supondría romper el equilibrio entre las partes. No es que pensemos que la ley deba ser neutral. No debe serlo cuando una de las partes es más débil que la otra, pues, en principio, es justo que tienda a restablecer la igualdad entre las mismas. Pero no sería este el caso. La neutralidad se rompería sin motivo.

Conclusión: la ley establece la reversión para proteger la presunta voluntad del donante.

Es cierto que la raíz de la reversión legal es individualista y que el legislador se ve motivado por la presunta voluntad del donante.

Pero hay aquí algo más: por encima de la voluntad del donante está la de la ley, que se basa en aquélla, pero no sólo. La ley persigue proteger los intereses del donante. Pero si respeta o se basa en su presunta voluntad no es porque sí, no es porque aquella sea un valor en sí misma. La actuación de la ley en tema de reversión legal es paralela a su actuación respecto a los actos a título gratuito en general. La reversión legal es una manifestación más. Una persona se ha empobrecido enriqueciendo paralelamente a otra. Es justo que la ley sobreponga los intereses del que se empobrece a los del que se enriquece o sus herederos.

La ley establece la reversión legal en base a la presunta voluntad del causante, quizá no tanto porque le importe directamente dicha voluntad, cuanto porque las disposiciones a título gratuito deben interpretarse restrictivamente y porque los intereses del donante merecen una protección especial. En el 812 no puede separarse la voluntad del donante del hecho de tratarse de una disposición a título gratuito, como base de la sanción legal.

Podría objetarse que con ello se está yendo contra la solidez de la propiedad: si se dona, se dona plenamente. Pero, en realidad, el derecho de reversión, legal o convencional, deriva de la misma idea de propiedad: el propietario de un bien que lo dona, puede donarlo en las condiciones que quiera, con los límites derivados del artículo 1.255 CC; y, a falta de manifestación clara en contrario, el negocio debe interpretarse cuando supone atribución a título gratuito en favor de la menor transmisión posible de derechos. En el 812, la misma ley interpreta a favor de esta menor transmisión.

Ni siquiera puede aducirse en nuestro ordenamiento que la reversión legal entorpezca el tráfico jurídico y sea, por tanto, antieconómica, pues los actos dispositivos del donatario se mantienen.

Hemos dicho que la declaración de voluntad del donante debe prevalecer, y lo hace en dos sentidos: uno se nos muestra con evidencia; el otro asoma detrás de la puerta, pero no por ello es menos firme.

En primer lugar el donante puede excluir expresa y directamente la aplicación del artículo 812. No habrá entonces reversión de ningún tipo. La renuncia a los efectos del 812 entiendo que puede producirse no sólo en el momento de la donación, sino hasta que tenga lugar la reversión. La letra del precepto no resuelve la cuestión, pero la solución se desprende de la aplicación subsidiaria de las reglas de la donación y, en concreto, de las de la reversión convencional de donaciones, y no las de la sucesión. La donación en sí sería irrevocable en cuanto se produzca la aceptación del dona-

tario, pero la cláusula de reversión podrá revocarse por la simple voluntad del donante cuando es él el beneficiario.

Encontramos aquí una diferencia importante con la reversión sucesoria en cuyo contexto suele afirmarse que no cabe la renuncia al derecho antes de la apertura de la sucesión del donatario (85).

En Francia se afirma reiteradamente que tal renuncia iría en contra de la expresa prohibición de pactos sobre herencia futura.

Uno de los problemas —en que de modo destacado se aprecia el choque entre teoría y práctica— que más quebraderos de cabeza ha producido a la doctrina y jurisprudencia francesas es el de la admisibilidad de ciertas prácticas muy corrientes tendentes a conseguir que el usufructo del cónyuge viudo pudiera computarse sobre los bienes reversibles (86). La renuncia directa del derecho de reversión a fin de permitir al cónyuge del donatario el ejercicio del usufructo hereditario sobre los bienes objeto de la reversión, fue admitida firmemente por diversas Cortes de apelación francesas. Sin embargo, con la misma firmeza lo rechazó la Corte de casación (87).

---

(85) Desde la tesis sucesoria se habla de varios modos de eludir dicha prohibición. Principalmente, por medio del 641, señalando quien ha de ser el destinatario de los bienes; y a través del artículo 637, 2, es decir, donando conjuntamente al descendiente y a su cónyuge, lo que produciría el acrecimiento en caso de fallecer cualquiera de ellos. Ver GARZÓN, *Ob. cit.*, pp. 925 y ss.

(86) Destaca el caso en que la donación se realiza con ocasión del matrimonio del donatario. Si llegado el caso, el padre ejercita su derecho de reversión, ello entrañará para el cónyuge una disminución de sus recursos agravada por el hecho de que el usufructo del cónyuge viudo no se ejercerá sobre los bienes sujetos a reversión, según opinión generalizada. Para prevenir tales consecuencias, los notarios franceses suelen utilizar dos procedimientos con los que se busca escapar a la prohibición de renuncia al derecho de retorno legal.

Un primer mecanismo, aun constituyendo un pacto sobre sucesión futura, es lícito en capitulaciones: el ascendiente dona a su descendiente los bienes de que se trata y al cónyuge de su descendiente le dona el usufructo de los mismos, que son objeto potencial de la reversión.

El segundo supuesto consiste en que el mismo esposo dotado testa, legando a su cónyuge el usufructo de su dote. Obsérvese que en el Derecho francés, al contrario que en el nuestro, es posible disps causa de los bienes objeto de la posible reversión. Sin embargo, se hace notar que la seguridad del cónyuge del donatario depende en este caso de que su esposo no revoque tal testamento o disposición testamentaria, lo que puede hacer en cualquier momento hasta su muerte.

Los MAZEAUD (*Leçons de Droit Civil*, t. IV, vol. 2.<sup>o</sup>, París, 1980, p. 167) se quejan de que el legislador francés haya autorizado tan sólo los pactos que permiten reforzar el derecho de retorno legal (retorno convencional *ex* artículo 651 *Code* pactos de alienabilidad), y no hayan autorizado igualmente aquéllos que tienen como fin suprimir tal derecho. Acaban felicitándose de que la práctica notarial haya sabido paliar tal inconveniente. Véase PLANIOL y RIPERT, *Ob. cit.*, pp. 215-216.

(87) Ver PLANIOL y RIPERT, *Ob. cit.*, pp. 212 y ss.

El problema sería trasladable a nuestro Derecho dentro de una concepción sucesoria de la reversión.

Partiendo de la tesis convencional, la cuestión deja de plantearse, pues no hay obstáculo alguno a la renuncia del donante, simultánea o posterior a la donación y anterior o posterior a la muerte del donatario.

O puede, en segundo lugar, declarar que desea una reversión con efectos retroactivos, lo que deberá hacer antes de que la donación sea firme e irrevocable por haberla aceptado el donatario y haber llegado esta aceptación a su conocimiento. Imagínese de otro modo la insegura posición jurídica del donatario y la problemática con los terceros subadquirentes. Se aplica entonces el artículo 641. Siendo los efectos más graves que los del 812, este queda excluido. O desde otro punto de vista: no hay necesidad de que la ley integre lo que ha sido regulado en ejercicio de su autonomía por las partes.

Cabría entonces preguntarse si la renuncia a esta reversión pactada deja subsistente la reversión legal *ex* artículo 812. En primer lugar, si la voluntad de las partes fuera clara en un sentido o en otro, a ella habría que atenerse. Pero, ¿y si no lo fuera? Pienso que debería mantenerse la aplicación del 812.

#### B) *Eficacia retroactiva de la reversión*

Hemos hecho referencia a otro rasgo que supone una especialidad de la reversión legal del 812 frente a la convencional del 641: la retroactividad de la reversión. Es éste un tema alrededor del cual giran numerosos problemas y que acaso llegue a morder el corazón mismo de la institución.

Quizá el modo más sencillo de proceder sea aclarar la cuestión de la retroactividad de la reversión en el 641 y pasar a continuación a compararlo con lo que sucede en el 812.

En el Código civil francés y en el italiano, que recibió la regla de aquél, la reversión convencional tiene efectos retroactivos porque así lo declara el mismo Código civil. Tal declaración no aparece en el nuestro. Pero la doctrina afirma unánimemente la retroactividad.

Ciertamente dicha retroactividad es propia de la institución histórica de origen romano, en la que la reversión funcionaba a modo de condición resolutoria con tales efectos retroactivos.

Por otra parte, el artículo 641 de nuestro CC acerca la figura de la reversión, cuando se produce en favor de terceros, supuesto que tiene poco que ver con la reversión en favor del donante y en el que sería criticable la misma

denominación, a la de la sustitución fideicomisaria (88), imponiéndole los mismos límites que a aquélla. En este caso —reversión a favor de terceros— parece que hay una especie de sustitución, de titularidad sucesiva de los bienes dispuesta u ordenada por el donante, aunque no se trate de una disposición de última voluntad. En la sustitución fideicomisaria, en principio, el fiduciario está obligado a conservar para entregar y también se desharían las enajenaciones que pudiera haber llevado a cabo, en su caso. Ciertamente que el 641 remite a las sustituciones fideicomisarias en lo que se refiere a los límites en el llamamiento, por cuanto en uno y otro caso se intenta evitar la vinculación de bienes. Pero cierto también que lo que tenemos en la reversión en favor de terceros es una especie de sustitución dispuesta en vida del causante de la misma y que comienza a andar su camino cuando éste todavía no ha fallecido. De ahí que se la conozca como «fideicomiso contractual». Lo que quiero aportar con estas reflexiones es un argumento más a favor de la retroactividad en el 641. Ciertamente que el 812 se relaciona con la reversión del 641 en favor del donante y con ella debe contrastarse. Pero el 641 regula la reversión convencional en favor del donante y de terceros conjuntamente, y aunque el argumento que se ha ofrecido abonaría la retroactividad en la reversión en favor de terceros, sería defendible que en este punto la solución fuera la misma para la reversión en favor del donante.

Por otra parte, si el Código no hubiera querido la retroactividad, parece que lo lógico es que lo hubiera dicho expresamente, pues tradicionalmente la figura venía funcionando con efectos retroactivos.

Sin embargo, hay algo que hace que nos sintamos incómodos: ¿por qué el legislador español no recogió expresamente la idea de la retroactividad, como lo hacía el artículo 652 *Code* y recibió de éste el Código civil italiano?

En cuanto a lo que en concreto implica esta retroactividad, hay autores para los que el donatario puede enajenar, aunque estas enajenaciones están supeditadas a la misma condición a que lo está la donación, de modo que si la reversión tiene lugar, quedarán sin efecto. Para otros, el donatario ni siquiera tiene posibilidad de enajenar, sino que está obligado a conservar los bienes a la espera de que se produzca o no el evento que condiciona la reversión. Nos convence más la primera solución (89).

La reversión legal, por su parte, no produce efectos retroactivos. Sin embargo, esto no perjudica los intereses del donante, que se ven salvaguardados mediante el mecanismo de la subrogación.

---

(88) Para SOTO BISQUERT el 641 remite a las sustituciones en general, de modo que cabrían supuestos que se asimilaran a una sustitución de tipo fideicomisario, a una sustitución vulgar, o incluso a una sustitución pupilar o ejemplar (*Ob. cit.*, pp. 371 y ss. y 386).

(89) Ver SOTO BISQUERT, *Ob. cit.*, pp. 399 y ss., y doctrina por él citada.

## 1. RETROACTIVIDAD Y SUBROGACIÓN

En el Derecho francés, la diferencia de efectos en lo que a retroactividad se refiere, entre retorno convencional y legal tiene una importancia que no es parangonable en el nuestro. Esto ocurre porque en el país vecino la subrogación admitida en el retorno legal es mucho más limitada que en nuestro ordenamiento (90). De ahí que las cláusulas de retorno convencional se vean como más eficaces y seguras. Hasta tal punto es así que, incluso estando vigente el artículo 747 del Código Napoleón, era una práctica notarial habitual el recomendar al donante el insertar una cláusula de retorno convencional. Y el donante no solía desoír tan prudente consejo (91).

Fue debido a la generalizada práctica notarial de inserción de cláusulas de retorno convencional en las donaciones, con lo que quedaban absorbidos y superados los efectos del retorno legal, por lo que, según los Mazeaud,

---

(90) Al menos, atendiendo al texto del artículo 747 del Código francés. Sin embargo, la jurisprudencia francesa ha realizado un interpretación flexible de dicha letra, en sentido extensivo. Veamos lo que dicen PLANIOL y RIPERT al respecto (*Ob cit.*, pp. 110 y ss.): La generalidad de la doctrina se declara en favor del sistema restrictivo de la identidad. Pero algunos tratadistas y la jurisprudencia más reciente se muestran favorables a la tesis extensiva de la subrogación. Lejos de reducirla a las hipótesis previstas por la ley, la aplican, por analogía, a gran número de situaciones parecidas. Es necesario, no obstante, señalar límites a su campo de aplicación, y de ahí surgen dificultades y divergencias. Señalan cómo la jurisprudencia admite la subrogación siempre que haya absoluta certeza en cuanto a que los bienes que se encuentran en la sucesión provienen de las cosas donadas: así, el bien adquirido por vía de permuta, los valores que representan la inversión del precio de venta de un inmueble objeto de donación, llegándose a admitir, incluso, que las sumas donadas en especie puedan recobrase tomando cualquier otra suma líquida existente en la sucesión. PLANIOL y RIPERT justifican tal enfoque jurisprudencial en base a la transformación sufrida por la teoría de la subrogación real, que se va a tener como regla general aplicable a multitud de situaciones jurídicas, especialmente a las universalidades y grupos de bienes sujetos a restitución, como medio para asegurar la conservación y la estabilidad de su consistencia. Sin embargo, estos autores se muestran contrarios a dicha extensión, en base a la letra del artículo 747.

Postura favorable a la extensión de la subrogación real aplicada al artículo 747, protagonizan, por el contrario, los MAZEAUD (*Ob cit.*, p. 163): «*L'article 747, al. 2 C civ prévoit expressément deux situations dans lesquelles le droit de retour légal est ainsi transporté: sur la créance du prix de la chose aliénée lorsque le prix n'a pas encore été payé au jour du décès, sur l'action en reprise qui permet de demander la nullité, la résolution ou la révocation de l'aliénation et de revendiquer la chose aliénée. Mais l'énumération faite par les rédacteurs du Code civil n'est pas limitative; elle montre qu'ils ont été guidés par les principes généraux de la subrogation réelle. Ont été ainsi conduits à étendre l'article 747, al. 2 C. civ à toutes les hypothèses de subrogation réelle: emploi, remploi, échange, indemnités compensant la perte de la chose.*»

(91) La jurisprudencia permitía que el donante que tuviera a su favor el retorno legal y pactara el convencional. con los efectos resolutorios que le eran propios, pudiera optar, llegado el caso, entre el ejercicio de uno u otro, pues, excepcionalmente, era posible que el retorno legal presentara alguna ventaja sobre el convencional.

la Ley de 3 de enero de 1972 decidió suprimir el supuesto del retorno legal del ascendiente donante.

En nuestro Derecho, la situación es bien distinta. En el ordenamiento francés, las reglas del retorno legal dejaban sin protección al donante que lo tenía a su favor contra todas las enajenaciones a título oneroso —salvo el limitado juego de la subrogación— y contra las liberalidades incluso testamentarias —pues el artículo 747 solo funcionaba en la sucesión intestada— del causante.

En el Derecho español, estos peligros no existen o son menores, desde el momento en que si el donatario hace salir de su patrimonio el bien donado, aunque es cierto que el tercero mantiene su adquisición, también lo es que normalmente entra otro bien o valor en lugar del que ha salido. Es decir, se produce un fenómeno de subrogación. Y es a este nuevo bien o valor al que tendrá derecho el donante cuando la reversión sea efectiva.

Es el fenómeno de la subrogación real e, incluso, de valor el que protege los intereses del donante que de este modo no ve esfumarse su derecho de reversión, como ocurría en Francia.

Por ello quizá, no es tan común la práctica generalizada en el tráfico jurídico galo consistente en la inclusión en el negocio de donación, de cláusulas de reversión convencional. Si lo es, en cambio, en Cataluña, donde, por otra parte, es discutida la aplicabilidad del 812 CC.

Pero tal vez el peligro no esté del todo desterrado. La doctrina discute si en algunos supuestos —donación de dinero, que puede ser consumido, o subdonación por el donatario, principalmente— se produce o no el fenómeno de la subrogación. El tema será estudiado en la última parte del trabajo. En estos momentos es oportuno decir que un medio para evitar el donante incertidumbres derivadas de una cuestión poco clara, sería pactar la reversión convencional con efectos retroactivos *ex* artículo 641 CC.

Otro modo de evitar las perjudiciales consecuencias a que nos estamos refiriendo, y que también se practica en Francia (92), es el pacto de una cláusula de inalienabilidad. ¿Sería lícito en nuestro ordenamiento estipular una cláusula de este tipo? Piénsese que incluso en los supuestos en que nadie discute que funciona la subrogación, es posible que el donante quiera recuperar el mismo bien donado. No veo obstáculo a la misma si sólo ha de durar hasta que el donatario muera.

---

(92) PLANIOL y RIPERT (*Ob. cit.*, p. 258): «Como toda enajenación hace desaparecer el derecho de reserva, pudiera darse el caso de que el heredero anómalo procurara salvaguardar sus derechos futuros imponiendo al donatario una cláusula de inalienabilidad. La jurisprudencia admite su validez, pero una estipulación de retracto convencional produce iguales efectos de modo más sencillo y más seguro»

C) *Adquisición del donante*

Se afirma comunmente que el evento reversional en el 641 determina automáticamente la adquisición del donante *ex ius antiquo*, de modo que es como si nunca hubiera tenido lugar la donación (salvo, diríamos, en lo que se refiere a la adquisición de los frutos por el donatario (93) y a la adquisición por terceros protegidos por la publicidad registral o por la posesoria, según se trate de bienes inmuebles o muebles). El donante tiene frente a los herederos del donatario o los terceros no sólo una acción personal para que le sea transmitido el bien, sino una acción reivindicatoria.

¿Qué ocurre con la adquisición del donante en la reversión legal?

Según la tesis sucesoria, que domina en la doctrina, el donante sucede *mortis causa* al donatario-causante, discutiéndose si lo hace o no a título de heredero (94). Por tanto, adquiere a título de sucesión y, en este sentido, el Fisco podrá cobrar el Impuesto de Sucesiones (95).

En mi opinión, no hay sucesión, sino una donación que se resuelve, aunque sin efectos retroactivos (*ex nunc*), es decir, de modo relativo, en virtud de una *conditio iuris* establecida por la ley. En este sentido, el donante recupera la posesión de lo que ya es suyo. Pero, ¿lo ha seguido siendo mientras vivía el donatario? Dicho de otro modo: ¿se entiende que nunca dejó de ser propietario del bien? La respuesta debe ser negativa. El donatario, mientras vivía, tenía la plena disposición de los bienes, que eran suyos y porque lo eran. Y estos actos dispositivos no se ven afectados por la reversión, como sí lo serían en el supuesto del artículo 641 CC, al menos según la opinión mayoritaria, o prácticamente unánime, de la doctrina.

En realidad, el mecanismo del 812 se aproxima al de la sustitución fideicomisaria en cuanto al «residuo» y con la transcendental particularidad de la subrogación, aunque no se trate de una sustitución sucesoria. Con la particularidad de que donante y sustituto serían la misma persona. Y ahí está el problema. Pues si el sustituto fuera un tercero, está claro que adqui-

---

(93) En este sentido, VALLET, *Estudios sobre donaciones*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1978, pp 164 y ss. MAZEAUD (*Ob. cit.*, p. 166) señala que en el retorno convencional *ex arts. 651 y 652 del CC francés*, pese a la resolución con carácter retroactivo, se mantienen los actos de administración del donatario y la atribución de los frutos hasta el momento de la reversión en base a la *vad* del donante, lo que es perfectamente trasladable a nuestro Derecho

(94) Hay quien lleva la consideración de que es sucesor a título particular hasta el extremo de calificarlo de legatario *ex lege*. Podría discutirse, asimismo, desde la posición sucesoria la interesante cuestión de si cabe o no la aceptación a beneficio de inventario. Habría que ver, igualmente, si es necesaria la aceptación o el ascendiente adquiere automáticamente, como un legatario. Pueden verse MEZQUITA, *Ob. cit.*, pp. 57 y 108, MANRESA, pp. 614 y ss., PLANIOL y RIPERT, *Ob. cit.*, p. 194, etc.

(95) Ver PLANIOL y RIPERT, *Ob. cit.*, p. 196

riría en virtud de un nuevo título, que habría transmisión. Pero si el sustituto es el mismo donante: ¿hay una nueva transmisión, o se trata del mismo derecho que tenía, que renace?

La transcendencia no es sólo a efectos fiscales. Piénsese en la continuidad o no de los plazos de prescripción, la oponibilidad de excepciones, etc.

La respuesta sería más fácil si la reversión tuviera efectos retroactivos. Pero no los tiene.

Parece que lo que hay, más que resolución, es una decadencia del derecho del donatario, una extinción hacia el futuro, o, si se quiere, una resolución relativa. Pienso que debe hablarse de una nueva transmisión. Al respecto, el mantenimiento de los actos dispositivos del donatario me parece determinante: las cosas no se deshacen hasta quedar como si no hubiese habido donación, porque sí la ha habido. El donante entra en la propiedad de lo donado sucesivamente al donatario, que realmente ha sido propietario.

No es necesario que el ascendiente donante acepte para que opere la reversión legal. Sin embargo el ascendiente beneficiario puede renunciar a su derecho antes o después de producido el evento condicionante, que en la reversión legal se configura como *conditio iuris*. Si el ascendiente renuncia después de fallecido el donatario, se entiende que nunca habrá llegado a ser propietario en virtud de la reversión (en este sentido su renuncia tendría efectos retroactivos), integrándose los bienes donados o sus subrogados en la masa de la herencia del donatario sin especialidad alguna.

### 3. REVERSIÓN Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Las diferencias más sustanciales entre reversión legal y convencional se manifiestan en el distinto tratamiento registral de las mismas.

#### A) *Reversión convencional del artículo 641. Acceso al Registro de los actos de transmisión de derechos reales sujetos a condición resolutoria*

Como señala Roca Sastre al cual seguimos básicamente en estas cuestiones, los favorecidos por una potencial reversión, son llamados condicionalmente al dominio o derecho real sujeto a la afección de la reversión. Por tanto, concluye, es evidente que el derecho de los favorecidos por estas afecciones tiene una titularidad de carácter real, aunque condicional (96),

---

(96) ROCA SASTRE, R. M.<sup>º</sup>, *Derecho Hipotecario*, t. II, quinta edición, Ed. Bosch, Barcelona, 1954, p. 209

lo que, en principio, es requisito previo a su acceso al Registro de la Propiedad (97).

El donatario del artículo 641, cuando la cláusula de reversión es del tipo *si sine liberis decesserit*, tiene la titularidad del dominio sobre el bien donado, sujeta a condición resolutoria y, paralelamente, el derecho de reversión del donante está en suspenso mientras tanto la condición no se cumpla (98).

Nuestro sistema admite la inscripción de derechos sometidos a condición y contiene reglas que específicamente se refieren a este supuesto. Debe tratarse de condiciones que afecten directamente al derecho correspondiente, es decir, que tengan transcendencia real, «puesto que si al cumplirse la condición no se produce *de iure* o automáticamente la adquisición o transmisión del derecho (condición suspensiva) o su reversión o transmisión (condición resolutoria), sino que tan sólo produce una obligación de transmitir o retransmitir, entonces no hay acto inscribible o condición registrable» (99). Requisito que, salvo pacto en contrario, se cumple en el supuesto del artículo 641 CC. Sin embargo, en principio hay que estar a la voluntad de las partes que podría inclinarse en el sentido de querer una reversión con transcendencia meramente obligacional y no real, aunque hay que presumir lo contrario en favor del donante.

En la práctica muchas veces no aparece claro el carácter real u obligacional de las condiciones estipuladas, lo que hace que puedan ingresar en el Registro condiciones que en realidad sólo tenían transcendencia obligatoria.

El artículo 9 LH establece que «*toda inscripción que se haga en el Registro expresará las circunstancias siguientes: .. 2.ª La naturaleza, extensión y condiciones, suspensivas o resolutorias, si las hubiere, del derecho que se inscriba, y su valor cuando constare en el título*».

Por su parte, la regla 6.<sup>ª</sup> del artículo 51 RH señala que «*para dar a conocer la extensión del derecho que se inscriba se hará expresión circunstanciada de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente, copiándose literalmente las condiciones suspensivas, resolutorias, o de otro orden, establecidas en aquél*». De

---

(97) Estas palabras de ROCA SASTRE serían aplicables a la reversión dependiente de condición y no a la sujeta a término, pues habla de derecho condicional. Sin embargo, en el segundo supuesto, el derecho sería igualmente inscribible.

(98) Obsérvese que «En los negocios bajo condición resolutoria, la idea de algo agregado es más visible que en los celebrados bajo condición suspensiva, ya que en aquéllos cabe ver dos negocios combinados, en los cuales la condición resolutoria parece poder ser considerada no como afectante directamente al negocio jurídico contemplado, sino a modo de una condición suspensiva de un negocio jurídico inverso y concomitante con el principal» (ROCA SASTRE, *Ob. cit.*, p. 264).

(99) ROCA SASTRE, *Ob. cit.*, p. 267.

modo que las condiciones no se inscriben a modo de extracto, sino que se transcriben, no se trata de una mera mención, sino de una registración, con las consecuencias que ello implica.

En cuanto a las consecuencias y desenvolvimiento de la inscripción registral, corresponden a las generales de cualquier derecho real sujeto a condición, en las que no procede entrar en estos momentos, pues exceden de nuestro objetivo, y a las cuales nos remitimos.

Sólo señalar que cuando el donante reversionario quiera inscribir la titularidad del inmueble donado a su favor, debe acreditar, como señala SOTO BISQUERT el cumplimiento de las circunstancias exigidas para producirse la restitución a su favor. En el caso que nos ocupa, la condición consiste en el fallecimiento del donatario, anterior al del donante, sin posteridad. En cuanto a la primera circunstancia bastará con el certificado de defunción. Respecto a la segunda, sería suficiente un certificado del Registro Civil o un acta notarial de notoriedad.

Si el donante renuncia a su derecho, también dicha renuncia podrá tener acceso al Registro, por asiento de inscripción.

#### B) *Reversión legal del 812*

Obsérvese que existiendo libertad de disposición del donatario y jugando en muchos casos una reversión de valor, el ascendiente no es titular de un derecho real sobre bienes concretos, ni siquiera sujeto a condición. De hecho, lo que tiene, mientras el donatario no fallezca, es una mera expectativa, pues puede que el derecho de reversión quede excluido si se consumen los bienes o el valor donado. Todo ello constituye una diferencia importante con la reversión convencional. Sólo por ello, aunque no contara con la publicidad de la ley, no podría inscribirse.

Otra cosa es lo que ocurre cuando, fallecido el donatario sin posteridad, subsiste en la herencia el bien donado u otro claramente subrogado en su lugar, tratándose de inmuebles. Aunque decimos que el ascendiente adquiere automáticamente sin necesidad de aceptación, son necesarias una serie de operaciones para fijar lo que en concreto adquiere, operaciones similares a las que procede realizar para liquidar los gananciales. Por tanto, sólo en virtud de estas operaciones aparecerá claro el objeto de la reversión en cada caso concreto y el ascendiente reversionante contará con título suficiente para inscribir su titularidad: a tal efecto pienso que sería necesaria una escritura de manifestación de reversión o de partición en que se contenga aquélla o una sentencia judicial declarativa de tal derecho. El tema, en la práctica, se haya totalmente impregnado de la concepción sucesoria de la reversión que domina a la doctrina, de modo que, según ésta, en la partición

de la herencia y como parte de la misma y en virtud de un derecho de sucesión anómalo se concretará el objeto de la reversión.

Si se conservara el mismo bien inmueble donado en el patrimonio del donatario, cabría plantearse si probado este hecho, el parentesco entre donante y donatario y la muerte sin posteridad del último, podría acceder al Registro la titularidad del ascendiente donante derivada de la reversión. La cuestión es más complicada de lo que a simple vista parece. Pues es posible que dicho bien hubiera salido del patrimonio del donatario para después volver a entrar en el mismo en virtud de una nueva adquisición. En el supuesto descrito se plantea la doctrina, como veremos, si procede la reversión del mismo bien o del bien o valor que se subrogó en su lugar al salir del patrimonio del donatario. De la respuesta depende la solución que demos al problema que ahora nos ocupa. Sólo si procediera el regreso del mismo bien cabría el acceso al Registro de la Propiedad de la titularidad del ascendiente probando los hechos a que nos hemos referido, sin necesidad de mayores operaciones liquidatorias.

#### IV. ALCANCE Y CONTENIDO DEL ARTICULO 812 CC

##### 1. PRESUPUESTOS SUBJETIVOS

##### A) *Específica relación de parentesco entre donante y donatario*

Debe existir relación de parentesco en línea recta entre el donante y el donatario, de manera que el primero sea ascendiente del segundo.

En la actualidad parece claro que, con la equiparación de la condición de la descendencia matrimonial, extramatrimonial y adoptiva, no deben establecerse diferencias entre ellas en lo que a la aplicación del artículo 812 se refiere. Por tanto, voy a obviar las discusiones que bajo una legislación diferente protagonizaba la doctrina en orden a la distinción entre filiación legítima, ilegítima o adoptiva, con asignación de efectos más o menos dispares según los autores, inclinándose la mayoría por excluir la relación no legítima de la aplicación del artículo 812 CC.

Pero no es ésta la única precisión que es necesario realizar para dibujar con plucritud los contornos del supuesto que analizamos. Por el contrario, es obligado responder a una serie de cuestiones clásicas, como la que se pregunta acerca de la capacidad que debe concurrir en el ascendiente para que los bienes reviertan a sus manos, o de presencia más inconstante en los análisis doctrinales, como puede ser la relativa al tiempo en que debe existir la relación de parentesco sobre que bascula el artículo 812. Voy a ir planteando, uno por uno, dichos interrogantes, en cuyo orden quiero

advertir que no sigo ninguna estructura o lógica determinada, pues tampoco la demanda su tratamiento.

a) El tema de la relación de parentesco entre donante y donatario conecta, como decía, con un punto de gran interés, que suele pasar desapercibido a gran parte de la doctrina, y que apunta Vallet: a saber, el *tiempo al que se refiere el presupuesto de la norma según la cual el donatario debe ser descendiente del donante*. Al respecto, señala Vallet que lo que importa es que la relación paterno-filial o ascendiente-descendiente esté vigente al tiempo de hacerse la donación. En consecuencia, estará sujeta a reversión la donación realizada por el padre natural a su hijo antes de la adopción plena por otra persona. Y parece que lo mismo podría decirse del abuelo natural, etc. Comparto sin reservas esta conclusión.

b) Por otra parte, la doctrina acepta unánimemente que el ascendiente no debe ser necesariamente legitimario del donatario descendiente, sin detenerse normalmente en la argumentación (100). Estoy de acuerdo con Mezquita en que sería aplicable a este supuesto la regla según la cual, donde la ley no distingue, no debemos distinguir. Aunque el anterior fundamento no es muy sólido, este autor ofrece argumentos literales, históricos, lógicos y sistemáticos en favor de la tesis aceptada por prácticamente toda la doctrina. La validez de la solución se acentúa si partimos, como lo hacemos, de que no nos movemos en un plano sucesorio.

c) En cuanto a que la previsión de reversión del 812 se contemple únicamente respecto a ascendientes, el tema ya ha sido tratado en otro lugar, al que me remito.

d) Especialmente interesante es la cuestión de *si la indignidad o la desheredación del ascendiente excluyen la reversión*. Como dice VALLET (101) se han dado respuestas afirmativas (MANRESA, BARRACHINA, MEZQUITA, LÓPEZ GARZÓN), negativas (VALVERDE) (102) y afirmativas para la

---

(100) En este sentido dice MEZQUITA (*Ob. cit.*, p. 53) que «son varios los autores que, tal vez por parecerles evidente la solución, ni siquiera llegan a plantearse duda formal sobre el particular». Este autor, que se suma a la posición general de la doctrina, apunta, actuando como abogado del diablo, algún argumento, que podría sustentar la tesis contraria: «la colocación del precepto en la sección de las legítimas y tras los artículos que tratan de los derechos de los ascendientes legitimarios; y además se invocaría en su favor la regla de que los preceptos excepcionales deben ser objeto de interpretación restrictiva», aunque es discutible el carácter de norma excepcional del artículo 812 CC, en contra del que se manifiesta este mismo autor, pese a afirmarlo un sector importante de la doctrina

(101) VALLET, Comentario al «Artículo 812 CC», en *Comentarios*, EDERSA, cit., pp. 135-136.

(102) «... ni siquiera el descendiente puede librarse de la obligación de revertir en los casos de incapacidad o indignidad o desheredación del ascendiente, ya que el derecho de éste arranca de un título del sucesorio y que tienen por su cualidad de donante» (*Tratado de Derecho civil español*, T. V, Valladolid, 1939, p. 236)

indignidad y negativas para la desheredación (SÁNCHEZ ROMÁN) solución esta última por la que parece inclinarse nuestro autor, «habida cuenta del automatismo legal de las causas de indignidad y de que no parece aplicable la desheredación pues la causa originaria de la reversión deriva de una donación *inter vivos*».

La cuestión está íntimamente relacionada con el problema de si la reversión debe considerarse un fenómeno sucesorio, formando los bienes sujetos a la misma parte de la herencia del donatario o no. Bien claro lo dice LACRUZ cuando afirma que «al tratarse de un derecho sucesorio, el recobrante ha de reunir las condiciones de existencia y capacidad de cualquier sucesor» (103). Jaime SANTOS BRIZ (104) afirma, dándolo como conclusión «bastante unánime» de la doctrina, que es necesario «que el ascendiente tenga capacidad para suceder». En el mismo sentido, PUIG BRUTAU, según el cual, «por tratarse de una sucesión hereditaria, es preciso que los ascendientes tengan capacidad para suceder y no podrán renunciar a su derecho antes de la apertura de la sucesión del descendiente» (105). MEZQUITA cita a PLANIOL y RIPERT y a COLIN y CAPITANT, según los cuales, pese a la anomalía de esta sucesión, no se aparta por ello de las condiciones personales ordinarias de todo fenómeno sucesorio, es decir, del requisito de no hallarse incurso en causas de incapacidad ni de indignidad. MEZQUITA: «Suscribimos este criterio, que sigue también MANRESA, estimando, como él, que en nuestro Derecho debe ampliarse en el sentido de considerar aplicables las causas de desheredación de los ascendientes señaladas en el artículo 854. O sea, que el ascendiente, para recobrar, no deberá estar incurso en causa de indignidad ni haber sido justamente desheredado por el descendiente» (106). GARZÓN (107), aunque califica la cuestión de dudosa, se inclina por la admisión de la aplicación de las causas de desheredación e indignidad. En igual sentido DÍAZ GUIJARRO y MARTÍNEZ RUIZ, para quienes

---

(103) *Ob. cit.*, p. 471.

(104) SANTOS BRIZ, J., *Derecho Civil Teoría y práctica*, t. VI. *Derecho de Sucesiones*, EDERSA, Jaén. 1979, p. 597.

(105) *Fundamentos de Derecho civil ...* p. 317.

(106) Rechazando el argumento de SÁNCHEZ ROMÁN, según el cual no serían aplicables las causas de desheredación, por el argumento de que no se puede disponer testamentariamente de los bienes reversibles, escribe Mezquita: «de los bienes o valores reversibles no puede el descendiente que fallece sin posteridad disponer a su arbitrio, como tampoco puede hacerlo de la porción legitimaria que corresponda, por ejemplo, a sus otros ascendientes. Pero sí podrá naturalmente hacerlo cuando no a su arbitrio, sino a juicio de la propia Ley, haya concurrido causa justificada para dispensarle de esta limitación legal. Tales causas son las de desheredación de los ascendientes que señala el artículo 854 del Código Civil» (*Ob. cit.*, p. 55)

(107) *Ob. cit.*, p. 925.

el ascendiente debe reunir los requisitos de capacidad sucesoria (108); y en la doctrina extranjera, los MAZEAUD (109), entre muchos otros.

Los argumentos y la conclusión anteriores son perfectamente coherentes en un contexto sucesorio. Pero resulta que nosotros acabamos de rechazar la configuración de la reversión legal de donaciones del artículo 812 CC como fenómeno sucesorio. Y para ser fieles a nuestra propia tesis no podemos menos de propugnar la solución contraria: a saber, que la capacidad requerida para ser beneficiario de la reversión no es la capacidad o la habilidad sucesoria. Las causas que limitan la autonomía privada en orden a la recepción de un beneficio sucesorio (indignidad, desheredación, incapacidades relativas) no tienen por qué limitar la aptitud del donante para recobrar los bienes que donó, en virtud de una condición legal inscrita en la estructura de la donación y que, por lo tanto, opera *ex donatione* y no *ex successionem*.

La capacidad necesaria para adquirir en virtud de la reversión legal, será la capacidad de derecho.

Rechazado que la indignidad y la desheredación del ascendiente donante excluyen el derecho de reversión, ya no cabe preguntarse, como se hace desde la tesis sucesoria, si opera el derecho de representación a favor de los descendientes del desheredado o indigno, en virtud de una aplicación analógica de los artículos 761 y 857 CC, que ya sabemos se refieren al derecho de representación en la legítima en estos casos.

Desde la conceptualización sucesoria de la reversión, la generalidad de la doctrina se pronuncia en sentido contrario. Entre los argumentos esgrimidos me parece destacable el utilizado por MANRESA y SÁNCHEZ ROMÁN (110) (aunque él lo refiere a la indignidad sería predicable igualmente de la desheredación), y al que se refieren muy favorablemente MEZQUITA (111) y GARZÓN (112): los artículos 761 y 857 CC están establecidos sobre la base de que el descendiente del indigno o desheredado tiene la misma cualidad de legitimario que él, una vez desaparecido de la escena jurídica, ya que la indignidad y la desheredación equivalen en este aspecto a la premoriencia, provocando la aplicación de la representación sucesoria. La primera circunstancia no se da aquí, pues el descendiente del reversionario fallido por indignidad o desheredación no tiene la cualidad que aquél tenía y que fundaba su derecho: la de

---

(108) *Ob. cit.*, pp. 296-297.

(109) *Ob. cit.*, p. 165.

(110) MANRESA, *Ob. cit.*, p. 631; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, cit., pp. 1046 y ss.

(111) *Ob. cit.*, p. 56.

(112) *Ob. cit.*, p. 926.

donante. Además, como señalan DÍAZ y MARTÍNEZ (113), el derecho de representación nunca opera en línea ascendente.

Desde la tesis de la reversión sucesoria se ha preguntado, asimismo, la doctrina si opera el *ius transmissionis* en tema de reversión *ex* artículo 812. De nuevo, la cuestión no tiene sentido si admitimos que el ascendiente donante no sucede al descendiente donatario en virtud de la reversión. Si no hay sucesión *mortis causa*, no puede haber transmisión de *ius delationis*.

No obstante, dado el gran número de autores que siguen la tesis de la sucesión, quizá no esté de más aludir a la cuestión desde su punto de vista. Quede claro que esto no es una debilidad en las propias convicciones, sino que obedece al deseo de ofrecer una panorámica lo más completa posible sobre el tema. Así, si se partiera de una concepción sucesoria, pienso que presupuesto para resolver la cuestión sería determinar si la adquisición del derecho a los bienes revertibles se produce automáticamente una vez abierta la sucesión del donatario, o por el contrario es necesaria su aceptación. Sólo en el segundo caso cabría hablar de transmisión del *ius delationis*, como derecho de contenido patrimonial a aceptar o repudiar la herencia, en este caso, el bien revertible. De otra manera el bien, muerto el donatario, habría ingresado instantáneamente en el patrimonio del donante, sin que cupiera hablar de *ius delationis* y, en consecuencia, de transmisión del mismo. Muerto el donante, sus sucesores le heredarían normalmente. Aún partiendo de que la adquisición requiere aceptación previa, tampoco cabría hablar de *ius transmissionis* si se tratara de un derecho personalísimo, como parece que lo es, según opinión mayoritaria. Sin embargo, MEZQUITA entiende que no es obstáculo a la transmisión a los herederos del donante el que se considere el derecho a la reversión como personalísimo y el que éstos no cumplan la condición de donantes: «el derecho expectante de recobro es, efectivamente, personalísimo y como tal intransmisible, lo que hace que sea inadmisibles, según vimos, el derecho de representación de los herederos del donante que, premuerto al descendiente donatario —y máxime tratándose de una sucesión singular: arg. ant. artículo 881—, es un derecho como todos los demás que integran el patrimonio del ascendiente y que se transmite, por tanto, a sus herederos, aunque no hubiera aceptado expresamente el recobro» (114).

---

(113) *Ob. cit.*, p. 297.

(114) *Ob. cit.*, p. 57. Para él, más que transmisión del *ius delationis*, habrá sucesión sucesiva. En efecto, en favor de la adquisición sin necesidad de aceptación escribe

Por último, hemos de señalar que aún cuando en algunos supuestos históricos o vigentes en ciertos Derechos forales, la reversión se extiende o afecta a los descendientes del donatario que heredaron de éste el bien y que después premueren al primitivo ascendiente donante sin dejar descendencia, no puede sostenerse lo mismo con base en el artículo 812 CC.

Los pocos autores franceses que aún después del *Code* responden afirmativamente, se basan en una concepción impregnada de sentido troncalista a la hora de interpretar el fundamento de la institución (115).

Todos los autores españoles, aún partiendo de una reversión sucesoria, ofrecen una respuesta negativa. No cabe hablar de troncalidad en el 812 y, por otra parte, la letra del precepto es clara (116). Lo que sí operaría en este caso sería la reserva lineal del artículo 811 CC.

Desde la conceptualización de la reversión legal como fenómeno *ex donatione*, la respuesta debe ser asimismo negativa.

#### B) *Fallecimiento sin posteridad del donatario*

Posteridad significa en el precepto descendencia (117).

Después de la reforma de 13 de mayo de 1981, parece indiscutible que cabe tanto una descendencia matrimonial, como extramatrimonial, biológica como adoptiva (118) a la hora de excluir la reversión.

---

MEZQUITA que «en realidad, en materia de sucesiones particulares, el citado artículo 881, en relación con los 882 y 888, dan a entender que la aceptación se presume y que lo que hay es más bien sucesión sucesiva que transmisión de *ius delationis* en sentido técnico» (*Idem*).

(115) En sentido negativo, los MAZEAUD, *Ob. cit.*, p. 160, y PLANIOL y RIPERT, *Ob. cit.*, p. 200, entre otros.

(116) Véase MEZQUITA, *Ob. cit.*, pp. 57-58.

(117) LÓPEZ GARZÓN: «La reversión del artículo 812 está sujeta a la *conditio iuris* de que el descendiente premuera al ascendiente sin dejar posteridad. No cabe duda que el precepto emplea este vocablo como sinónimo de descendencia. De todas maneras, hubiera sido preferible el uso de este último, de significación más clara y unívoca, ya que aquél equivale también a «linaje o generación venidera» y a «fama póstuma». Una vez más, el Código sacrifica la exactitud a la elegancia de dicción» (*Ob. cit.*, p. 916).

Bajo una legislación anterior, en que se distinguía entre filiación legítima e ilegítima, escriben DÍAZ GUJARRO y MARTÍNEZ RUIZ (*Ob. cit.*, pp. 295-296): «Motivo de grandes dudas ha sido la frase sin posteridad que el artículo emplea, pues al ser la más genérica que puede usarse para denominar a los hijos y nietos y la rara vez utilizada en el Código, parece que de intento se ha buscado para expresar el concepto de descendencia en el sentido más lato posible, hasta el punto de inclinarse el ánimo a la duda de si el legislador habrá querido comprender en esa frase, además de la descendencia legítima, la natural...».

Opino que quizá la cuestión sea más sencilla y se reduzca a una transcripción literal de la frase del artículo 747 del Código Napoleón.

(118) Ya no plantea problemas la distinción entre adopción simple y plena, que desaparece por Ley 21/1987, de 11 de noviembre.

Se ha señalado que si la descendencia del donatario, al fallecer éste estuviere concebida, pero no nacida, se aplicaría el artículo 29 CC.

¿Qué ocurre si existe descendencia, pero ésta es indigna, desheredada o repudiada? Se han formulado tesis opuestas.

MEZQUITA (119) estima que debe equipararse la falta de posteridad a la inhabilidad sucesoria de ésta. Sorprendentemente afirma que esta es la opinión unánime de la doctrina, cuando es fácil constatar lo contrario.

SÁNCHEZ ROMÁN opina que en estos casos procedería la reversión porque esta reversión sólo desaparece enfrente del derecho hereditario de dichos descendientes.

LÓPEZ GARZÓN (120), criticando esta postura, señala que dicha tesis parte de un prejuicio claro: el de creer que el artículo 812 ordena que las cosas donadas por el ascendiente vayan a parar a los descendientes del donatario y que, cuando esto no suceda, reviertan al donante. En este sentido, apunta dicho autor cómo SÁNCHEZ ROMÁN y DE DIEGO, de manera expresa, declaran que en caso de fallecer el donatario con descendencia, aquél no puede disponer por testamento de los bienes en favor de extraños ni de parientes que no sean sus descendientes (121).

En mi opinión el Código no dice esto, ni la interpretación podría hacer que lo dijera, lo que sería sobrepasar los límites de la misma (122). En este sentido VALLET opina que «no importa que la posteridad del descendiente donatario renuncie a la herencia de éste, o que sea indigna o desheredada, pues el artículo 812 no impone otro requisito que la premoriencia “sin posteridad” del donatario» (123).

El fallecimiento del donatario debe producirse mientras el donante todavía vive: el donatario debe premorir al donante. Si la muerte de ambos es simultánea, a lo que se equipara la situación en que no consigue demostrarse cual de los dos murió antes, en virtud del artículo 33 CC, no tendrá lugar la transmisión de derechos del uno al otro, lo que excluiría la reversión *ex* artículo 812.

---

(119) *Ob cit.*, p. 72. En igual sentido, PLANIOL y RIPERT, *Ob. cit.*, p. 205.

(120) *Ob cit.*, p. 923.

(121) Critica también la postura de SÁNCHEZ ROMÁN, MEZQUITA, pese a que este autor parte de que la existencia de posteridad indigna o desheredada no excluye la reversión, sin embargo, no admite que se llegue al extremo de afirmar que el descendiente donatario deberá dejar esos bienes en testamento a alguno de los miembros de su posteridad (*Ob. cit.*, pp. 74-75). Este autor destaca el paralelismo de la cuestión con el problema que se plantea en los fideicomisos *si sine liberis decesserit* respecto a los hijos puestos en condición, esto es, si el estar puestos en condición implica que estén llamados en sustitución (*Ob cit*, p. 74).

(122) En este sentido argumenta GARZÓN en la p. 918 de la *Ob cit*

(123) *Ob cit*, p. 373.

Por otra parte, es absolutamente defendible desde nuestra posición una idea que ha sido apuntada desde la tesis sucesoria: en caso de premoriencia del ascendiente donante, el derecho de reversión se extingue definitivamente: sus herederos no están legitimados para ejercitarlo en su lugar a la muerte del donatario (124). La solución vendría de la mano del artículo 759 CC. Aun partiendo de que el donante no hereda al donatario, como hemos afirmado, el derecho de reversión es un derecho personalísimo y, por otra parte, premuriendo el donante la condición habría quedado incumplida irremediabilmente.

## 2. PRESUPUESTO FUNCIAL: LA DONACIÓN

### A) *Existencia de donación del ascendiente al descendiente.* *Determinación de lo que se entiende por donación a efectos de la aplicación del artículo 812 CC*

Entramos a continuación en el presupuesto de la existencia de una donación. Debo decir de entrada que debe tratarse de una donación real y no de un negocio oneroso encubierto bajo la apariencia de donación (125). Por lo mismo las donaciones simuladas bajo la apariencia de otro negocio diferente, también son objeto del artículo 812 CC (126). El problema en estos casos es, fundamentalmente, de prueba.

Está de acuerdo la doctrina en que quedan excluidas, lógicamente, las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante (127).

La cuestión de si la donación se refiere tanto a bienes muebles como a inmuebles, que podría tener algún sentido a la luz de una interpretación inspirada en la troncalidad, deja de tenerlo si se rechaza ésta.

A la determinación de qué se considera donación a efectos de la aplicación del 812 se refiere la única sentencia del TS que cita la doctrina, invariablemente, en tema de reversión *ex* artículo 812. Se trata de la STS 27-X-50, según la cual, a efectos del artículo 812 no constituye donación la renuncia a bienes hereditarios antes de su adjudicación. Lo mismo ocurre con la RDGR 18-V-55 que se pronuncia en el mismo sentido respecto a una

---

(124) Ver MAZEAUD, *Ob. cit.*, p. 160. En el mismo sentido, PLANIOL y RIPERT, *Ob. cit.*, p. 200.

(125) En este sentido PLANIOL y RIPERT, *Ob. cit.*, p. 206.

(126) Así, PLANIOL y RIPERT, *Ob. cit.*, p. 206. En contra, MANRESA, *Ob. cit.*, p. 618, que opina que en estos casos el donante no debe disfrutar del beneficio de la ley, lo cual no deja de tener sentido.

(127) Así, MANRESA (*Ob. cit.*, p. 617), GARZÓN (*Ob. cit.*, p. 905), o MAZEAUD (*Ob. cit.*, pp. 160 y 162).

renuncia anticipada a la nuda propiedad, efectuada en partición de herencia, confirmando que la renuncia preventiva o abdicativa no tiene carácter de donación. Como señala LÓPEZ GARZÓN, se trata de «una de las pocas cuestiones sugeridas por el artículo 812 que han sido iluminadas por la escasísima jurisprudencia recaída en torno al mismo» (128). Pero en cuanto a la resolución de la DGRN citada, quizá sea más correcto el enfoque de MEZQUITA (129): en realidad de lo que se trataba en aquel caso era de un acto oneroso encubierto bajo la apariencia de un acto de liberalidad: la madre viuda renunciaba en favor de los hijos y en las operaciones particionales de la herencia del padre a la nuda propiedad de cuantos derechos en abstracto le pudieran corresponder por aportaciones y gananciales, pero dicha renuncia gratuita aparecía compensada por una correlativa renuncia gratuita de los hijos, en favor de su madre, al usufructo de todos los bienes de la herencia paterna, de modo que parecía quedar excluido el genuino ánimo de liberalidad propio de la donaciones (130).

STS 27-XI-50. El recurrente, fallecida su esposa tiempo atrás, en la escritura de manifestación de herencia de la misma renunció a los gananciales entre los que se encontraba la finca objeto de litigio, que se adjudicó a la hija del recurrente. Posteriormente fallece dicha hija sin posteridad, y en la escritura de partición de su herencia, se adjudica la mitad de la finca al padre por derecho de reversión *ex art.* 812, al entender que aquélla renuncia a los gananciales constituyó donación en favor de su hija, lo que daba condición de reversible a la mitad de la finca. Se interpone demanda solicitando la nulidad de las operaciones particionales y planteando el tema de si la finca era un bien ganancial o parafernial.

El juez de primera instancia declara dicha nulidad afirmando que se trata de un bien ganancial y no parafernial.

La Audiencia argumenta la nulidad de la adjudicación, al estimar que no concurrían los requisitos que para la reversión establece el artículo 812 CC y, más especialmente, porque la renuncia de un derecho a bienes hereditarios por su titular antes de serle adjudicados no supone verdadera donación, ya que en tal supuesto los demás herederos no adquieren directamente de la persona que hizo la renuncia, sino del causante por derecho de acrecer. Sin embargo no entra en el carácter del bien que le parece, en este caso, intrascendente.

---

(128) *Ob. cit.*, p. 905.

(129) *Ob. cit.*, pp. 62-63.

(130) La Resolución es criticable por otros motivos. Véase MEZQUITA, *Ob. cit.*, p. 63.

El TS declaró no haber lugar al recurso: «es intrascendente la calificación jurídica de la finca como parafernalia o ganancial, ya que en cualquiera de estos supuestos la adjudicación no podría mantenerse sobre la base de la reversión con que fue hecha, por no concurrir el requisito primordial de una donación del ascendiente-demandado a su hija, causante de la herencia discutida en este pleito, según correcta argumentación jurídica de la Sala de instancia, no impugnada en el recurso».

RDGRN 18-V-55. En el supuesto VIII de la escritura de partición de herencia de D. Baldomero A.B. (escritura de 9-III-30) se contenía un convenio de los interesados en la herencia, por el que la viuda del causante renunciaba gratuitamente a favor de sus tres hijos, los hermanos A.R. por partes iguales, la nuda propiedad de todos cuantos bienes y acciones le correspondían por sus aportaciones y gananciales, en la sociedad conyugal disuelta, y en contrapartida, aquéllos renunciaban, también gratuitamente, en favor de su madre, al usufructo que por cualquier concepto pudiera corresponderles. Como consecuencia de este convenio, la totalidad de los bienes de la herencia se adjudicó en usufructo a la viuda y madre, y la nuda propiedad de los mismos, por partes iguales, a sus hijos. El 11 de abril de 1933 falleció uno de los hijos, soltero y sin testamento. El 9 de noviembre de 1951, su madre y heredera compareció ante Notario y otorgó escritura de manifestación de herencia y reversión, en virtud de la cual se adjudicó los bienes de su referido hijo, parte por la reserva del 811 CC y el resto en virtud de la reversión regulada en el artículo 812 CC.

Presentada la escritura en el Registro de la Propiedad, no se admite la inscripción respecto a las fincas que se adjudica la madre en pago de la reversión establecida en el artículo 812 CC, por el defecto insubsanable de no ser aplicable al caso el citado artículo, puesto que no se trata de cosas dadas por el ascendiente al descendiente, sino de pacto o convenio de dicha señora con sus hijos en la partición de bienes de la herencia causada por su marido y padre de sus hijos, como forma de pago de los derechos que en dicha herencia le correspondían por todos conceptos, por lo que no existe la donación base para aplicar el 812 CC.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador y dicho auto fue confirmado por la DGRN. La argumentación de la Dirección General fue básicamente la siguiente:

«CONSIDERANDO: Que la donación es figura tipificada por el *animus donandi*, destacada en el artículo 618 del Código como acto de liberalidad, el cual no se advierte en el convenio suscrito

entre la viuda y los herederos del causante, en el que más bien existe una compensación de intereses, auténtica contraprestación que excluye el ánimo de liberalidad de la donación, puesto que según el supuesto VIII de la partición «al tratar la viuda y herederos del causante de hacer la liquidación de la sociedad conyugal y subsiguientes adjudicaciones, vieron la conveniencia de una y otros, de adjudicar la totalidad del caudal inventariado en usufructo a la viuda y en nuda propiedad a los hijos», de lo que claramente se infiere el carácter no lucrativo de lo convenido y la reciprocidad de las prestaciones en juego».

«CONSIDERANDO: Que tampoco se puede estimar que la renuncia anticipada de la nuda propiedad en abstracto sin referencia a bienes concretos, hecha por la viuda a favor de sus tres hijos, constituye una donación remuneratoria, que exige determinadas circunstancias en el donatario (méritos especiales, servicios prestados al donante, etc.), en suma, una conducta que incline el ánimo a la recompensa y cuya existencia no se deduce del minucioso examen del texto de las operaciones divisorias practicadas.»

«CONSIDERANDO: Que según doctrina reiterada de este Centro directivo, la renuncia al usufructo viudal no constituye renuncia traslativa ni tiene el carácter de donación, como asimismo se afirma de manera coincidente por el Tribunal Supremo, y ni aun con un criterio intencional en el que el recurrente se apoya, para calificar el convenio cabe percibir el *animus donandi*, esencial en la donación, porque los mismos términos en que aparece redactado aquel acto, evidencian y hasta precisan los efectos y la clase de las prestaciones que median...».

«CONSIDERANDO: Que el Código Civil, al regular la reversión en el artículo 812, parte de “cosas dadas por los ascendientes a sus hijos o descendientes”, y refleja, por tanto, un sentido de determinación al requerir la previa entrega de bienes individualizados, y, en el caso objeto de este expediente, existió una renuncia abstracta de derechos que no aparece comprendida en el ámbito de dicho precepto.»

Añade VALLET que, posiblemente, tampoco tiene la consideración de donación, a los efectos señalados, la condonación (131). MANRESA se muestra convencido de ello (132).

---

(131) «Artículo 812», en *Comentarios*, EDESA, cit., p. 142.

(132) MANRESA, *Ob. cit.*, p. 618: «La condonación, a pesar de su carácter gratuito y de producir sus efectos en vida del condonante, no encaja en el marco del artículo 812,

Las donaciones con causa onerosa o remuneratoria deben revertir tan sólo en la parte que exceda del valor del gravamen impuesto o del servicio remunerado (133).

No deben incluirse en la reversión los regalos de costumbre que el artículo 1.041 excluye de la colación (134). Lo mismo puede decirse aunque no se parta de una tesis sucesoria.

Para MEZQUITA, «el concepto de donación ha de entenderse en sentido rigurosamente dogmático; o sea de transmisión directa de la propiedad de una cosa o valor a título gratuito, de donante a donatario. No es preciso, en cambio, que se trate de una donación inmediata. O sea, que no es donación, por ejemplo, lo recibido por un beneficiario del *modus* impuesto al verdadero donatario por el donante en favor de aquél, o lo recibido *conditionis implendae* en análogo supuesto, porque en tales casos el desprendimiento patrimonial en beneficio del favorecido por el modo o condición se verifica en el donatario. En cambio, sí es donación verdadera y, por tanto, revertible la donación mediata o sucesiva que prevé el artículo 641 (el llamado fideicomiso contractual), si los segundos donatarios designados son descendientes del donador» (135).

#### B) *Especial consideración de las donaciones por razón de matrimonio y de las realizadas conjuntamente a ambos cónyuges*

Se ha cuestionado si deben incluirse en el artículo 812 las donaciones por razón de matrimonio, es decir, aquéllas que se realizan antes de celebrarse el matrimonio, en consideración al mismo y en favor de uno o de los dos esposos (art. 1.336), problema tanto más interesante cuanto que son estas donaciones casi las únicas frecuentes en la vida ordinaria (136). El

---

porque no han de existir en la sucesión los mismos objetos donados, como exige la ley. El condonante no se desprende de cosas que están en su poder y tenga interés en que no salgan de la familia: solamente al condonar deja de adquirir»

(133) En este sentido MANRESA, «porque la ley atiende a la verdadera liberalidad, y de ningún modo había de llamar a la sucesión al ascendiente que había ya recibido o exigido algo equivalente a los bienes que entregó» (*Ob. cit.*, p. 618), VALLET y MEZQUITA, entre otros. También PLANIOL y RIPERT, *Ob. cit.*, p. 206. LÓPEZ GARZÓN se detiene en el tema y en la argumentación de la solución.

Para DÍAZ GUIJARRO y MARTÍNEZ RUIZ, en cambio, no deben revertir en absoluto (*Ob. cit.*, p. 294).

(134) En el mismo sentido diversos autores franceses. En contra, MEZQUITA (*Ob. cit.*, p. 66)

(135) *Ob. cit.*, p. 61.

(136) DÍAZ y MARTÍNEZ, *Ob. cit.*, p. 299.

artículo 1.339 CC, dentro de las donaciones por razón de matrimonio, establece que «*los bienes donados conjuntamente a los esposos pertenecerán a ambos pro indiviso ordinario y por partes iguales, salvo que el donante haya dispuesto otra cosa*».

En contra de la aplicabilidad de la reversión legal, MARTÍNEZ SANCHIZ apunta el argumento de que en estas donaciones, la tendencia del CC, quizá como contrapeso al artículo 1.342, es consolidar la donación en base al artículo 1.343, prescindiendo de la causa de revocación del artículo 644 CC; luego, si la donación *propter nuptias* se mantiene, aunque posteriormente tenga hijos el donante, ¿por qué ha de supeditarse a que los tenga el donatario? (137). Sin embargo a continuación añade: «a lo que conviene matizar que la *contemplatio marimonii*, excluyente del artículo 644 no parece suficiente, para eludir el artículo 812, en la medida en que se atiende a un matrimonio naturalmente abocado a la tenencia de hijos. En este sentido, conviene recordar que, históricamente, el derecho sancionado en el artículo 812 se halla íntimamente unido a la dote (138). A favor de la aplicación del artículo 812 a las donaciones por razón de matrimonio, MEZQUITA (139).

VIDAL y GARCÍA se plantean el tema en relación con el Derecho catalán y el común y aunque parecen inclinarse por la no aplicación del 812 en los dos ámbitos en caso de donaciones *propter nuptias*, presentan la cuestión como compleja y dudosa. Aunque admiten que desde un punto de vista histórico podría pensarse que precisamente es en este tipo de donaciones donde más interesa la aplicación del artículo 812 CC, sin embargo, afirman no compartir tal criterio, pues, a su juicio, «prescinde totalmente del cónyuge del donatario, que en las donaciones por razón de matrimonio debe cobrar un papel esencial. Idea esta última, que me parece relevante. Como argumento destacado en pro de la no aplicabilidad alegan el supuesto carácter “oneroso» de estas donaciones (140).

---

(137) *Ob cit.*, p. 392. En el mismo sentido RIVAS.

(138) *Ob. cit.*, p. 392.

(139) *Ob cit.*, p. 62 MEZQUITA deriva su conclusión de la idea de que no deben hacerse distinciones atendiendo a las especialidades causales de la donación: «Desde el punto de vista de la causa específica no hay tampoco motivo para suponer en el espíritu del precepto distinciones no reflejadas en su letra, Estimamos, pues, incluidas las donaciones por razón de matrimonio, pues su especialidad califica la causa, no en cuanto esta se apoye en la consideración del sujeto. Tal inclusión no supone, sin embargo que la *posteridad* del donatario excluyente del recobro haya de proceder precisamente del matrimonio en cuya contemplación se realiza la donación, ya que la Ley no da motivo para hacer tal distinción».

(140) «En las donaciones por razón de matrimonio, la causa no es el puro acto de liberalidad, sino la celebración del matrimonio, y con frecuencia (y más en el Derecho histórico) suelen formar parte de un acto complejo, en el que se contemplan y conside-

Téngase en cuenta que las donaciones de ascendientes a descendientes son en muchos casos donaciones por razón de matrimonio. En Cataluña, en este tipo de donaciones, es una práctica generalizada pactar la reversión convencional. Lo mismo ocurre en Francia.

Véase el problema que se produce en Francia.

El artículo 1.353 CC establece que «*los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la sociedad, se entenderán gananciales, siempre que la liberalidad fuere aceptada por ambos y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario*».

Paso previo para entender la disposición de este artículo es, como señala MARTÍNEZ SANCHIZ entender por qué el Código excluye de la sociedad de gananciales las adquisiciones gratuitas. Concluye este autor que la liberalidad se encuentra íntimamente ligada a las condiciones personales del beneficiario: la ley presume que el donante o testador quiere disponer, salvo que diga lo contrario, en favor del donatario o legatario sólo y no de los dos esposos. Precisamente, cuando la donación se realiza a ambos esposos conjuntamente es lícito pensar que la donación fue concebida por el disponente como única y no como la suma de dos donaciones de cuotas. El *animus donandi* converge en los cónyuges, no se divide entre ellos. El artículo 1.353 se configura así como una regla presuntiva de la voluntad del disponente (141). En consecuencia, queda excluida la aplicabilidad del artículo 812, que exige la donación con carácter exclusivo y excluyente a un descendiente.

Es una cuestión controvertida en la doctrina la de si el donante puede atribuir la condición de gananciales a los bienes donados a ambos cónyuges aun cuando no se cumplan las condiciones del artículo 1.353 (a saber, que no exista designación de partes y que la disposición se haga en favor de ambos cónyuges y no de uno sólo). En sentido afirmativo, a pesar de las dificultades que plantea el supuesto, MARTÍNEZ SANCHIZ (142), aunque admite que la cuestión de la aplicación del artículo 812 revestirá mayor complejidad cuando se realice únicamente al hijo con carácter ganancial (143).

---

ran las aportaciones presentes o futuras del otro futuro cónyuge, como su cualidad de heredero, las donaciones que al mismo se realizan, su patrimonio propio o sus cualidades productivas, lo que las acercaría en cierto modo a las donaciones onerosas» (*Ob. cit.*, p. 956).

(141) MARTÍNEZ SANCHIZ, *Ob. cit.*, pp. 385-386. «... resulta extremadamente duro, cuando la donación se verifique a ambos cónyuges, aceptar que, una mitad (no diferenciada al donar) en cuanto correspondiente al hijo se entregó bajo tácita condición y la otra, en cambio, no» (*Idem*, p. 392).

(142) *Ob. cit.*, pp. 388 y ss.

(143) *Ob. cit.*, p. 392.

Es interesante hacer notar que desde la tesis de la reversión sucesoria, que no compartimos pero que es la más extendida en la doctrina, según la cual el donante no puede renunciar al derecho que le concede el artículo 812 antes de la muerte del donatario (ni siquiera en el acto de la donación) y, por otra parte, el donatario no puede disponer de dichos bienes *mortis causa*, una vía para eludir la aplicación del artículo 812 y permitir al cónyuge viudo enriquecerse con los bienes donados pese a premorir el donatario a su ascendiente donante y sin posteridad, sería la de realizar la donación de modo conjunto a ambos cónyuges en los términos del artículo 1.353 o atribuyéndole al donante el carácter de ganancial. Ello, claro está, siempre que se admita que este tipo de donación no entra dentro del ámbito del artículo 812.

### 3. EL OBJETO DE LA REVERSIÓN

Retomamos, en estos momentos, el problema de si la finalidad de la institución es lograr el regreso de ciertos bienes, o el del valor que represente la donación hecha. Y no nos cansamos de repetir que es ésta una de las cuestiones fundamentales en tema de retorno *mortis causa* de donaciones.

Establecía el artículo 747 del *Code* que «*los ascendientes suceden a los descendientes, con exclusión de toda otra persona, en las cosas donadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad cuando los mismos objetos donados se encuentren en la sucesión en especie. Si los objetos hubiesen sido enajenados, los ascendientes recibirán el precio que aún fuere debido. También suceden en las acciones para recobrarlos correspondientes al donatario*».

El Código belga reprodujo el francés y en concreto este artículo. Pero el Anteproyecto de reforma de LAURENT modificaba en su artículo 798 una parte del texto francés al tiempo que lo adicionaba como sigue: «La reversión tiene lugar en los bienes donados que se encuentren en especie en la herencia yacente. El precio de los bienes enajenados, las acciones para recobrarlos y los bienes adquiridos en su equivalencia revierten al donante también.» Aún cuando suele afirmar la doctrina la procedencia textual de nuestro artículo 812 del 747 francés, en cuanto al espíritu y también la letra, puede que esté más próximo del anteproyecto belga, como ahora veremos, al cual citaba expresamente como antecedente el Anteproyecto español de 1882-88.

Volvamos al Código Civil español. El artículo 812 CC comienza diciendo que «*Los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad, cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión...*».

Hasta aquí el precepto es casi transcripción literal del artículo 747 del *Code Napoléon* (144). Pero, a continuación, con pequeñas variaciones en el texto, el legislador español dibuja a la institución unos perfiles que pueden llevar a una interpretación bastante alejada del significado del 747 del *Code* (145).

Atendamos a la siguiente frase del Código francés: *Si los objetos hubieren sido enajenados, los ascendientes recibirán el precio si aún es debido. También suceden en las acciones para recobrarlos correspondientes al donatario.*

¡El precio si todavía fuere debido! y ¡acciones para recobrar los mismos bienes!

Perdone el lector la reiteración. Quiero llamar la atención acerca de estos términos cuya importancia irá quedando de manifiesto en las consideraciones que siguen.

Frente al recobro tan sólo de los mismos bienes, o del precio de la venta que todavía no ha ingresado en el patrimonio del donatario enajenante, en el Derecho francés, ¿qué ocurre en nuestro Sistema?, ¿a qué tienen derecho los ascendientes donantes en el supuesto de que el donatario no deje descendencia? O lo que es lo mismo, ¿de qué se ven privados o mejor excluidos (ya que privados parece indicar la previa existencia de derechos) otros posibles llamados a la sucesión del donatario, distintos al ascendiente donante? Quizá, y digo sólo quizá, la mejor manera de andar el camino que conduce a la precisa determinación del sentido del precepto, sea contemplar la fuerza del mismo desde la perspectiva de los *sujetos excluidos y la medida en que lo son* y de la *limitación que supone a las facultades del donatario* y que se extiende, al menos, a la libertad de disponer *mortis causa*, y no desde la perspectiva de *concesión de derechos en exclusiva a cierta persona*.

Y quizá, por otra parte, la cuestión esencial a resolver sea la del alcance de la «subrogación», real, de valor, de cantidad, que encarna el objeto de la reversión, o lo determina.

Pues está claro que el precepto establece unos derechos, que mientras no se cumple la *conditio iuris* de la muerte sin posteridad del donatario son

(144) Sin embargo, habla de «otras personas» en lugar de «toda otra persona», lo que pudiera ser significativo.

(145) MEZQUITA: «La inspiración del artículo 812 del Código español en el 747 francés es en principio indudable, pero también lo es. que varía totalmente el sistema de aquél» (*Ob cit.*, p. 33). «Lo único reprochable es que el primero de dichos preceptos (se refiere al artículo 812), por haber tratado de aprovechar al máximo la letra del artículo 747 del Code francés, no haya escogido una sintaxis rotundamente expresiva de su pensamiento, en vez de cometer el desconcertante equívoco de copiar casi servilmente la letra y, en pequeños retoques, dar, sin embargo, entera vuelta a su sentido...» (*Ob cit.*, p. 37).

sólo expectativas, en favor de un donante, derechos que se desarrollan en un plano sucesorio o contractual según los autores. Lo que no está tan claro es el objeto de tal derecho: ¿los mismos bienes, su valor, los que los hayan sustituido en el patrimonio del donatario? ¿Se trata de una cuestión contable, o física, material y tangible como la de tener derecho a ciertas cosas determinadas y sólo a esas?

El tema se complica cuando hablamos de bienes consumibles, de dinero, o de subdonación por el donatario.

Para responder a estos interrogantes, ante un texto ambiguo: ¿hasta qué punto se puede flexibilizar la interpretación del 812?, ¿hasta qué punto es legítimo hacerlo? Se trata de dos cuestiones diferentes. La segunda estaría apuntando a la posible necesidad de interpretar restrictivamente la norma. El planteamiento que acabo de hacer se comprende a la vista de las muy distintas teorías y de muy distinto alcance formuladas como fruto de la interpretación del 812.

Si leemos la primera frase del artículo 812, parece que la reversión sólo funciona cuando, fallecido el donatario, subsisten en especie en su patrimonio los mismos bienes donados. Nada dice el precepto, de momento, acerca de si el donatario está obligado a conservar los bienes (de modo semejante a como lo está un fiduciario) o, por el contrario, tiene mientras vive la libre disposición de los mismos.

Sin embargo, basta con seguir leyendo para darnos cuenta de que el donatario, durante su vida, puede disponer de los bienes (como mínimo puede venderlos, permutarlos o cambiarlos). El precepto se refiere expresamente a varios casos en los que se producirá un fenómeno de subrogación, al menos, real. Desde este punto de vista, la reversión no alcanza tan sólo a los mismos bienes donados, sino también a sus subrogados.

Así, se ha dicho que resulta patente que la finalidad de la institución es lograr o bien el regreso de los mismos bienes o cosas donadas, si existieren en el caudal del donatario fallecido; o bien si hubieren sido transmitidos o cambiados, lograr el regreso del valor que represente la donación por estimarse, como indica VALLET, más equitativo que el donante recupere esos bienes o el valor, a que con él se enriquezca otra persona, aunque ésta sea preferentemente llamada a la herencia del donatario» (146).

---

(146) RIVAS MARTÍNEZ, J. J.. *Derecho de Sucesiones común y foral*, t. II., Ed. Dykinson, Madrid, 1992, p. 278. DÍAZ y MARTÍNEZ (*Ob. cit.*, p. 297) señalan que «el objeto y fin de la reversión legal de las donaciones, sancionada en el artículo 812, no consiste principalmente en que vuelva la cosa donada al donante, sino en que éste recupere la cosa o su valor, o los bienes con que se haya sustituido, para que el acto de liberalidad que aquél hizo en favor de su descendiente, con merma de su capital, no vaya a redundar en beneficio de extraños». La misma idea vuelve a reiterarse en la p. 300. Pero ahora se añade explícitamente una consecuencia de gran interés: «Todo lo

Sin embargo, el regreso del valor que representen los bienes donados tiene unos límites que no están, ni mucho menos bien definidos, como demuestra la diversidad de soluciones a que ha llegado la doctrina, en uno de los temas que no quiero dudar en calificar de más incierto en el Derecho civil (147).

A) *Existencia de los mismos objetos donados en el patrimonio del donatario fallecido*

Literalmente se habla de «cosas dadas» y de «los mismos objetos donados» en el artículo 812.

La literalidad del precepto ha llevado a la opinión de que procede la reversión si la cosa donada se enajenó y volvió después al donatario por cualquier título, y no sólo por los de retroventa o de readquisición por cumplimiento de una condición resolutoria, afirmando que «toda mirada retrospectiva carece de razón y de utilidad». Lo cual me parece, cuando menos, discutible. La idea anterior se lleva hasta el punto de afirmar que si los objetos donados y vendidos vuelven por cualquier título al patrimonio del donatario, la reversión afectará a los mismos bienes y no al precio que por su venta se obtuvo (148). Sin embargo, estimo más correcta la opinión de NAVARRO AMANDI, al que cita VALLET (149), para quien la nueva adquisición convierte en cosas compradas, o adquiridas por otro título, las cosas que después de donadas hubieren salido ya del patrimonio del donatario.

La cuestión tiene un alcance más general del que parece, pues en última instancia nos estamos preguntando acerca del funciona-

---

que sea apartarse de este objeto y de este fin debe ser rechazado, porque induce a error la letra y debe estarse al espíritu que informa el artículo».

Añaden estos autores que cuando se devuelve el mismo objeto hay verdadera reversión; pero cuando se entrega su precio o la cosa sustituida lo que hay es reintegro (*Ob. cit.*, p. 298).

(147) MANRESA sostiene la teoría de que tan sólo cabe una subrogación: «El párrafo segundo del artículo está subordinado al primero. Para que el ascendiente suceda en el precio de las cosas vendidas o en los objetos que sustituyeron a las permutadas es indispensable que estos objetos o aquel precio existan o se conserven en la sucesión. No puede pretenderse que los bienes que sustituyen a los donados sean más privilegiados que estos mismos; se necesitaría admitir una segunda sustitución, cosa que la ley no consiente» (*Ob. cit.*, pp. 622-623).

(148) Ver MANRESA, *Ob. cit.*, p. 626. GARZÓN, por su parte, escribe que «si los objetos donados y vendidos vuelven por cualquier título al patrimonio del donatario, la reversión afectará a los mismos bienes y no al precio que por su venta se obtuvo» (*Ob. cit.*, p. 932). PLANIOL y RIPERT estiman que el caso es difícil (*Ob. cit.*, p. 208).

(149) Nota 17, p. 150.

miento de la subrogación en el 812, o dicho de otro modo, ¿a qué tiene derecho el ascendiente reversionante? Desde el punto de vista práctico, la respuesta es igualmente importante. Imagínese el siguiente supuesto: A dona una casa a su hijo B; B vende la casa a C; C vende la casa a X, madre de B; X dona la casa a B; B muere —quedando sin posteridad A y X—, habiendo gastado el dinero obtenido por la venta de la casa a C, y dejando como único patrimonio la casa. Habría que responder si el dinero se consume excluyendo la reversión o, por el contrario, se da una subrogación de valor en sentido puro; si la reversión en favor de A afecta o recae sobre la casa que deja B; si se puede hablar de dos reversiones, en favor de A y de X; en definitiva, cuáles serán los derechos de A y X como titulares de una posible reversión y como legitimarios o herederos de B.

La doctrina se plantea el problema de los frutos, accesiones y mejoras. Asimismo se ocupa del tema de los desperfectos y gravámenes de los bienes donados cuando son éstos mismos los que revierten. La solución suele relacionarse con la libre disponibilidad de los bienes por el donatario.

Respecto a los frutos, el donatario hace suyos los que se produzcan hasta su muerte, solución que se predica, incluso de la reversión convencional *ex* artículo 641, como excepción a sus efectos retroactivos. A partir del momento del cumplimiento de la condición, en que automáticamente adquiere las cosas el donante, éste tiene derecho a los frutos (150). Y no es necesario para sentar esta conclusión acudir por analogía a las reglas relativas al poseedor de buena fe (art. 451), pues no se olvide, que mientras el donatario vive, es verdadero propietario de las cosas donadas (art. 354), propiedad que no se deshace retroactivamente por el hecho de la reversión, sino que lo que ésta provoca es que al donatario suceda el donante (no en el sentido de sucesión *mortis causa*, sino de entrada sucesiva, cronológicamente hablando, en la propiedad de una cosa) en la propiedad de las cosas donadas o sus subrogados, de modo similar a lo que ocurre en una sustitución fideicomisaria de residuo.

---

(150) Así MANRESA (*Ob. cit.*, p. 634), para quien los frutos pertenecen al donante desde el día de la muerte del donatario. GARZÓN, *Ob. cit.*, p. 928: «En cuanto a los frutos, los percibidos durante el tiempo en que el donatario ha sido dueño de los bienes le pertenecerán a él (o a sus herederos). Respecto a los pendientes al ocurrir su fallecimiento, corresponderán al donante los naturales o industriales, así como los civiles que se devenguen después de esa fecha. A esta solución se llega tanto si se aplica el artículo 882-1º (teniendo en cuenta que el donante es un sucesor en cosa o cosas determinadas) como si se observan las prescripciones generales del artículo 451».

En cuanto a las accesiones, ¿qué ocurre cuando la cosa donada se ha beneficiado de algún tipo de accesión?, ¿debe ésta redundar en beneficio del donante reversionario, o de los herederos del donatario? No nos estamos preguntando sólo si el donante recibirá la cosa con sus accesiones, sino si en tal caso los herederos del donatario tendrán un derecho de crédito por el incremento de valor de la cosa. En primer lugar, opino que el bien de que se trate debe revertir con sus accesiones. Más dudoso es si el donante debe a los herederos del donatario el valor de éstas. ¿A qué criterio deberemos atender para hallar la solución?. Obsérvese que en ocasiones el donatario habrá tenido que pagar una cantidad al sujeto que realizó la construcción, etc. para conservar la cosa con su accesión (cuando éste actuó de buena fe), pero en otros casos la accesión tendrá lugar sin correlativo empobrecimiento del patrimonio del deudor, gratuitamente (acción de la naturaleza o mala fe del que realiza la construcción, etc.). Pienso que tiene su lógica defender que en el primer caso los herederos del donatario tendrán frente al donante un derecho de crédito por valor de lo que al donatario costó hacer suya la accesión, mientras que no tendrán derecho a nada en el segundo supuesto. Lo determinante, pues, es si el enriquecimiento que supuso la accesión derivó de la simple propiedad de la cosa donada o la subrogada en su lugar, o requirió además una contraprestación por parte del donatario.

Señala MANRESA (151) que «con los bienes van los aumentos que por accesión les correspondan, y, en su caso, las obligaciones y los derechos que de la misma accesión emanen» (solamente no puede serle imputable la mala fe de su causante, por ser una cualidad personalísima). Para GARZÓN (152) «los resultados de la accesión continua que haya afectado a los bienes reversibles (al entrar en relación con bienes de un tercero), perjudicarán o beneficiarán al reversionario, el cual quedará subrogado en los derechos y obligaciones que de la accesión dimanaran a favor o a cargo del donatario». Para VALLET (153), la efectividad de la reversión debe entenderse sin perjuicio «de las reglas de las accesiones naturales no intrínsecas y de la artificial; pues mientras el reversionario adquiere la propiedad de los bienes recobrados, los herederos del descendiente suceden a éste en sus demás derechos, entre los cuales se hallan los que todo poseedor de buena fe tiene en los casos de especificación, adjunción y en general accesión debida a su industria».

---

(151) *Ob. cit.*, p. 634.

(152) *Ob. cit.*, p. 928.

(153) *Comentarios*, EDESA, p. 146.

Más complejo, si cabe, es el tema de las mejoras, en el que gran parte de la doctrina, con prudencia, no se pronuncia de un modo tajante, sino con la cautela debida a cuestión tan dudosa (154).

(154) MANRESA (*Ob. cit.*, pp. 634-635): «Si hay mejoras, las provenientes de la naturaleza o de tiempo ceden desde luego en favor del ascendiente. Las mejoras debidas a la industria y trabajo del donatario son abonables a los herederos del donatario porque, como afirma Laurent, la ley quiere que el donante readquiera los objetos donados, pero no que se enriquezca a expensas del donatario. Aceptamos esta solución como equitativa; más, por lo mismo, es también justo y de equidad que pueda el ascendiente donante compensar los desperfectos con las mejoras».

VALLET (*Comentarios*, EDESA, p. 146): La efectividad de la reversión debe entenderse sin perjuicio «del derecho a las impensas necesarias de carácter extraordinario y a las útiles o mejoras así como del *ius tollendi* de las suntuarias, que corresponden a los herederos del descendiente donatario, conforme las reglas establecidas para la posesión de buena fe»

GARZÓN (*Ob. cit.*, pp. 928-929) comienza ofreciendo un resumen del estado de la doctrina, que califica de vacilante, autor por autor: Sánchez Román cree que las hace suyas el donante: las voluntarias, sin abono alguno; las necesarias y útiles, previo abono de su coste a la herencia del donatario. Da, pues, a éste, implícitamente, un trato similar al del poseedor de buena fe (arts. 453 y 454). Aunque no idéntico, porque silencia la posibilidad del *ius retentiois* y del *ius tollendi*

MANRESA estima que ceden en beneficio del donante todas las mejoras, ya provengan de la naturaleza o del tiempo, ya sean debidas a la industria o trabajo del donatario; pero las últimas son abonables a los herederos del causante. Transpira aquí, aunque sin declararlo expresamente, la doctrina aplicable a la sustitución fideicomisaria (art. 783-2º).

SCAEVOLA, según GARZÓN, es el autor que con más audacia se decide a buscar criterios de analogía. Para el caso de consistir las mejoras en edificaciones, plantaciones o siembras, acude al régimen del artículo 361... A las restantes mejoras reputa plenamente aplicable el artículo 487, dictado para el usufructo. Y, en todo caso, la facultad de compensar mejoras y desperfectos que establece el artículo 488.»

Después de efectuar el anterior resumen GARZÓN expone, con las naturales reservas en materia tan oscura, su postura. Tratándose de mejoras que no impliquen una grave transformación de la cosa donada, se aplicaría el artículo 883, en base a la presunta voluntad del donatario causante. El problema se agrava cuando la mejora sea de tal envergadura que transforme la cosa «de modo que no conserve ni la forma ni la denominación que tenía». Como caso más típico cita la construcción de un edificio en un solar donado. En tales casos, la Ley deja de presumir que la intención del testador (en el supuesto de haber sido legada la cosa, que es el que se aplica por analogía) siga orientada por el propósito de favorecer más al legatario, y no sólo niega a éste la mejora, sino la adquisición misma de la cosa (art. 869-1.º). Esto último no cabe ante el 812 porque el derecho del reversionario no dimana de la voluntad del causante, sino de la ley; el derecho de retorno, por tanto, seguirá en pie; pero, ¿y la mejora?

Ante la falta de criterio legal expreso o criterio claro y equitativo de analogía, quizá lo más sensato, concluye, sea acudir al principio según el cual lo accesorio sigue a lo principal. Deberá atribuirse el pleno dominio del inmueble al reversionario, si el solar vale más que lo edificado sobre él, o a los herederos del donatario, en caso contrario, con la obligación, en ambos casos, de indemnizar a la parte desposeída de su derecho.

LACRUZ, por su parte, considera que si el donatario realizó mejoras de consideración, corresponderá a los herederos ordinarios del donatario, aparte del *ius tollendi*, una indemnización en favor del caudal relicto por el plus de valor proporcionado a la cosa

La cuestión debe resolverse atendiendo al espíritu o finalidad del artículo 812 CC. Sabemos que la ley se basa en la presunta voluntad del donante, pero que, por encima de ello, está protegiendo los intereses de dicho donante en cuanto transmisor a título gratuito, frente a los del donatario o, mejor, sus herederos. La protección que confiere la ley en el artículo 812 a los ascendientes donantes no tendría sentido si éstos en lugar de donantes fueran transmitentes a título oneroso (en este sentido ver la interpretación extensiva que realiza la doctrina en orden a dar cabida dentro del término donación a muy diversos actos a título gratuito).

Sin embargo, la protección sería desmesurada si en virtud de haber donado 100 pudiera el ascendiente recuperar 200 ó 300 cuando el margen de 100 ó 200 de plusvalor se debiera a una inversión o sacrificio patrimonial del donatario, pues ello perjudicaría gravemente a los herederos de éste, sin que pudiéramos aducir como razón justa para que la ley sancionara dicho perjuicio el que al fin y al cabo estaba retornando al donante lo que éste gratuitamente hizo salir de su patrimonio para enriquecer al del donatario.

Parece que de acuerdo con ello lo más equitativo sería aplicar por analogía las reglas relativas al poseedor de buena fe. De modo que las mejoras provenientes de la naturaleza o del tiempo cederían en beneficio del donante (aplic. analog. art. 456). En cuanto a las que implicaran gastos del donatario se aplicaría el artículo 453 y, de modo más discutible, el artículo 454.

Finalmente en cuanto a los deterioros sufridos por la cosa mientras fue de propiedad del donatario, se suele afirmar que el ascendiente donante recibe los bienes en el estado en que se hallen y, en consecuencia, «si están deteriorados, tendrá que admitirlos así, puesto que el descendiente pudo abandonarlos, cederlos, etc., sin derecho a reclamar indemnización alguna a los herederos» (155). Solución que estimo correcta (156).

Más dudoso es lo que ocurre en el caso de que el donatario gravara con derechos reales limitados tales bienes. Está claro que el donante los recupera con tales gravámenes. Pero, ¿tendrá derecho a percibir, además del

---

(*Elementos de derecho civil*, t. V, *Derecho de sucesiones*, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, p. 472).

SANTOS BRIZ afirma que «sobre este extremo debe ser aplicable la doctrina de las donaciones puras y simples» (*Derecho Civil...* cit., p. 597).

(155) MANRESA, *Ob. cit.*, p. 634. LACRUZ, en el mismo sentido, considera que los bienes se recobran, en principio, sin responsabilidad alguna del donatario (o sus herederos) por deterioro (*Elementos...*, cit., p. 472).

(156) GARZÓN (*Ob. cit.*, p. 929): «En cuanto a los desperfectos y gravámenes, debe soportarlos el ascendiente, sin derecho alguno a indemnización, asumiendo la obligación de cumplir las cargas que afecten determinadamente a dichos bienes». Sin embargo, este autor hace derivar tal conclusión de la condición de sucesor a título particular del donatario, que nosotros rechazamos: «Así resulta de la condición de sucesor a título particular del donatario».

bien gravado, el contravalor de dicho gravamen? Si como contraprestación a la constitución del gravamen el donatario obtuvo bienes o dinero a cambio, la cuestión podría defenderse. Ello sería más sencillo cuando se tratara, p. ej. de una servidumbre, pues podría defenderse que había tenido lugar, parcialmente, una subrogación de valor. Menos claro sería en el supuesto de los derechos reales de garantía. Sea como sea, pienso que en estos casos debería prevalecer el principio de la libre disposición del donatario en su comprensión más amplia sobre una posible subrogación. Sería como si esa parte del valor de los bienes se hubiera consumido (157).

### B) *Subrogación en las acciones derivada de la enajenación de los bienes*

Si los objetos donados hubieren sido *enajenados*, se subroga el donante en «todas las acciones que el donatario tuviera con relación a ellos».

El término enajenación parece referirse en esta ocasión tanto a transmisiones a título oneroso como lucrativo: incluye venta, permuta, cambio, donación. Respecto a esta última, el reversionario podrá subrogarse en el ejercicio de la acción de revocación de la subdonación que correspondiere a su descendiente donatario, muerto sin posteridad, si no hubiera podido ejercitarla personalmente; pero no si, pudiendo, no la hubiese interpuesto (art. 653). Estas ideas hay que completarlas con la apuntada por algún autor, según la cual no comprende el precepto las acciones personalísimas del donatario. Por ello en cuanto a la revocación de donaciones sólo se referirá a la revocación por ingratitud y siempre, como hemos dicho, que el donatario subdonante no la hubiese podido ejercitar (158).

El donante podrá ejercitar por subrogación real tanto las acciones dirigidas al cobro del precio aplazado, como las resolutorias, las de retracto convencional, las indemnizatorias de daños, sean de resarcimiento o consecuencia de seguros estipulados por el donante. Más discutible es el supuesto del seguro suscrito por el donatario, que ha estado pagando las primas.

Obsérvese que en virtud de muchas de estas acciones, el donante recuperaría en especie el bien que donó.

### C) *La donación de bienes consumibles*

La doctrina es bastante pacífica en orden a que si se donaron bienes consumibles y éstos se consumen, la reversión queda excluida.

---

(157) MANRESA entiende (*Ob. cit.*, p. 634) que si los bienes «están gravados, sucedrán en los bienes con el gravamen impuesto, censo, servidumbre, hipoteca, etc., respetando y cumpliendo las cargas que determinadamente les afecten»

(158) En este sentido LÓPEZ GARZÓN, *Ob. cit.*, p. 933.

Señala GARZÓN (159) que, por su propia naturaleza, estos bienes están llamados a desaparecer por el uso o consumo. Rara vez subsistirán en la herencia del descendiente al tiempo de su muerte, y tampoco será corriente que éste los vendiera o permutara. Lo que parece indudable a este autor, de acuerdo con la doctrina patria, es que si en la herencia del descendiente quedan bienes de la misma especie que los donados, pero sin que sean estos mismos ni otros directamente cambiados por ellos, no se actúa en dichos bienes la reversión. De haberse querido mantener a ultranza el principio de subrogación real, aun en estos casos, hubiera sido más fácil sancionar la reversión de «los mismos objetos donados o, en su defecto, otros tantos de la misma especie y calidad», expresión, por otro lado, manejada habitualmente por el legislador (arts. 482, 1.196, 2, 1.740 CC).

¿La solución sería la misma si en lugar de lo donado se han subrogado bienes consumibles?

#### D) *El problema de la subdonación*

Algún autor ha intentado limitar la libertad de disposición del donatario, en lo que representa un intento de constreñir su autonomía privada en este tema, a modo de prohibición legal de disponer a título gratuito, seguramente para proteger los intereses del donante potencial reversionante. Así, ROYO MARTÍNEZ (160) opina que sólo podrá disponer de los bienes donados por actos entre vivos a título oneroso. Esta conclusión parece dudosa a PUIG BRUTAU (161), «pues significaría que la donación del descendiente estaría supeditada a una causa de revocación distinta de las consideradas en los artículos 644 y siguientes del Código Civil. Hay que tener en cuenta que el Código sólo admite la revocación de donaciones por incumplimiento de condiciones cuando éstas han sido impuestas por el donante (art. 647)». Desde una posición totalmente contraria, en cuyo fondo reside el protagonismo del donatario receptor de un bien al servicio de sus propios intereses, «para que con él haga lo que quiera» frente a las expectativas de recobro del donante, GARZÓN (162) estima válidas las subdonaciones realizadas por el donatario reversionista, pero además afirma que la subdonación del bien donado excluye la reversión.

Detengámonos en el tema. Obsérvese que estamos refiriéndonos a dos cuestiones distintas: la validez de los actos de disposición, a título oneroso

---

(159) *Ob. cit.*, p. 914.

(160) ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio «mortis causa»*, Sevilla, 1951.

(161) *Ob. cit.*, 316.

(162) *Ob. cit.*, pp. 920 y ss.

o gratuito, de los bienes donados, lo que llevará a mantener o no la adquisición del tercero; y la transcendencia de estos actos a efectos de una posible subrogación real o de valor de cara a la reversión.

En cuanto a los actos de disposición a título oneroso, no se discute su validez. El acto, salvo vicio que le afecte, queda firme y el tercero mantiene su adquisición. Se produce entonces un fenómeno de subrogación en el patrimonio del donatario y respecto al potencial objeto de reversión. Cuál sea el alcance de esta subrogación es una cuestión que intentaremos ir desentrañando en páginas posteriores.

LÓPEZ GARZÓN (163): «El donatario en virtud de la donación consumada adquiere el pleno dominio de los bienes, sin más restricción que la de no poder disponer de ellos por testamento, en caso de no dejar descendencia (legítima según este autor), en favor de persona distinta del donante. Su posición es así parecida (aunque no idéntica) a la del fiduciario de residuo bajo condición si *sine liberis decesserit*.

«No ofrece duda alguna su facultad para enajenar los bienes donados, a título oneroso, con carácter irrevocable. El artículo 812 prevé expresamente que el donatario venda o permute los bienes, y en ambos casos deja intacta la transmisión de dominio y proyecta el derecho de retorno sobre el precio o cosas obtenidas a cambio. Lo mismo cabe decir de los demás negocios jurídicos onerosos que, indudablemente, están comprendidos en la hipótesis de que los bienes «hubieran sido enajenados».

Las respuestas posibles respecto a la disposición a título gratuito son tres: no se puede disponer de lo donado a título gratuito y si se contraviene esta norma, la disposición será nula (y ello aplicándose incluso a las donaciones realizadas a descendientes de los que son puestos como condición de la efectividad de la reversión, esto es de la mencionada «posteridad del donatario»); se puede disponer a título gratuito y, además, en estos casos queda excluida la reversión; o se puede disponer a título gratuito y se produce una subrogación de valor. Pienso que el quid de la cuestión reside en determinar si el 812 ha querido una subrogación real en sentido estricto o una subrogación de valor y, en su caso, la amplitud de esta última.

Veámoslas una por una. En el primer caso (por el que se inclina, p. ej. ROYO MARTÍNEZ (164), para quien se produce la revocación de la subdona-

---

(163) *Ob cit.*, p. 919.

(164) ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio «mortis causa»*, Sevilla, 1951.

ción por muerte del donatario) no podría hablarse de libertad de disposición *inter vivos* del donatario. Parece que de lo que se trataría sería de evitar un empobrecimiento del patrimonio del donatario en perjuicio del futuro derecho de reversión del donante, e indirectamente se estaría evitando también el perjuicio de los herederos del donatario. Obsérvese que aún cuando la donación se realizara en favor de la «posteridad» del donatario, p. ej., de un nieto del ascendiente, nadie puede asegurar que éste no premuriera a su padre, pudiendo dejarlo sin posteridad y procediendo entonces la reversión del valor de un bien que no había tenido contraprestación al salir del patrimonio del donatario.

Y obsérvese que, aun si se admitiera la subrogación de valor en el caso de la subdonación, el descendiente donatario podría morir sin patrimonio suficiente para cubrir dicho valor. La única y radical solución a esto sería prohibir la disposición a título lucrativo de los bienes donados por el donatario, o imponer la reducción de la donación por inoficiosa igual que se hace para la protección de las legítimas o incluso, declarar la rescisión por lesión del derecho del potencial reversionante. Sin embargo, no parece que nuestro sistema haya establecido en el artículo 812 una tal prohibición de disponer. En este sentido me parece estimable el argumento de PUIG BRUTAU, «pues significaría que la donación del descendiente estaría supeditada a una causa de revocación distinta de las consideradas en los artículos 644 y siguientes del Código Civil. Hay que tener en cuenta que el Código sólo admite la revocación de donaciones por incumplimiento de condiciones cuando éstas han sido impuestas por el donante (art. 647)» (165). De todos modos nos movemos en el campo de la interpretación y de la interpretación de signos poco claros y con PUIG BRUTAU no podemos dejar de afirmar que la cuestión es dudosa.

Veámoslo con un ejemplo: A, padre de B, dona a este una casa. B dona a C, su hijo, la misma casa. C premuere a B y B premuere a A. Si C deja descendencia al morir, ésta heredará la casa, sin que la misma revierta a B ni a A en virtud del 812, pues no se cumplen los presupuestos exigidos por la norma. En este supuesto, aunque el bien se subdone a un descendiente del donatario, puede que finalmente deba tener lugar la reversión y el patrimonio del donatario reversionista (B) habrá acusado un empobrecimiento (en favor de C) sin correlativo enriquecimiento, lo que supondría que a la hora de revertir a A el valor de la donación realizada por éste, si se admite una subrogación de valor, el cónyuge u otros herederos de B sufrirían las consecuencias. Imagínese el caso extremo de

---

(165) *Ob. cit.*, p. 316.

que los bienes que deja B se agoten satisfaciendo el derecho de reversión. Si el patrimonio que dejara B al morir fuera inferior al valor de la donación, también A se vería afectado, en la medida de la diferencia. Con este ejemplo quiero poner de manifiesto los inconvenientes de aceptar la validez de la subdonación y los de admitir, a la vez, la reversión del valor de lo donado, que no desaparecen ni siquiera cuando la subdonación se realiza en favor de la posteridad del donante, posteridad que tiene efectos excluyentes de la reversión. La validez de la subdonación puede perjudicar los intereses del donante, que verá quedar en nada su expectativa de reversión, si el patrimonio del donatario fallecido no alcanza el valor de la misma, a lo que pueden contribuir las subdonaciones realizadas por éste. La subrogación de valor en caso de subdonación, favorece los intereses del donante, aunque no los garantiza totalmente, pues aun así puede que los bienes que deje el donatario a su muerte, no basten a cubrir dicho valor; y además, perjudica los intereses de los herederos del donatario, destacando la injusticia de la suerte que sufrirá el cónyuge viudo.

En el segundo caso parece que estaría tratándose el acto de disposición a título gratuito como un acto de «consumo» del bien donado, de ahí que excluyera la reversión.

Para GARZÓN «la clave para resolver la cuestión estriba en averiguar el alcance que el precepto da a la previsión de que los bienes donados «hubieren sido enajenados: ¿Está comprendida en esta fórmula la transmisión gratuita?». Las enajenaciones pueden ser a título oneroso y gratuito, y el precepto no distingue. Pero esto no quiere decir, como apunta Garzón, que el Código usara el término enajenación en el artículo 812 con el preciso significado técnico-jurídico que en la actualidad se le atribuye. Este autor concluye, tras revisar los distintos preceptos del Código que se refieren a «enajenación» o «enajenar», que el artículo 812, «al prever la enajenación de los bienes, quiso comprender tanto la enajenación onerosa como la gratuita» (166). Concluye este autor que por el solo hecho de morir sin posteridad el descendiente donatario, no quedan sin efecto las donaciones que el mismo otorgara de los bienes recibidos de un ascendiente; y que en tal evento de donar el descendiente los bienes revertibles se esfuma por completo el derecho de recobro del ascendiente, sin posibilidad de

---

(166) *Ob. cit.*, p. 921.

hacerse efectivo sobre el valor de dichos bienes con cargo a la herencia de aquél (167).

MANRESA admite igualmente la subdonación, rechazando en este caso la reversión: «Si el descendiente se desprendió de los bienes por donación, no existirán en su herencia ni habrá reversión de ellos; para admitirla respecto al valor es necesario probar que la ley autoriza la sustitución de los bienes por su valor, y eso no puede probarse, porque ni se trata de una acción del donatario con relación a esos bienes, ni del precio de ellos, puesto que no medió, ni de cambio ni de permuta» (168).

Aun partiendo de esta segunda posición, ello no obstaría a que el donante «suciedera» en las acciones que el donatario tuviera en relación con los bienes. Más específicamente, pienso que el donante se subrogaría en el lugar que ocupaba el donatario en relación con dichas acciones: p. ej., acción para la revocación de la donación.

La última solución respondería a una regla que podríamos formular de la siguiente manera y que encarnaría una de las posibles interpretaciones globales del artículo 812 CC: En el momento en que un ascendiente dona algo a un descendiente nace una expectativa a su favor, que puede transformarse en derecho si se cumple la *conditio iuris* del precepto consistente en premorir el descendiente al ascendiente y, además, sin posteridad. Dicha expectativa podría decirse que recae sobre el valor de lo donado: es un valor patrimonial en abstracto y no un bien o bienes concretos lo que interesa recobrar al donante en última instancia o lo que la ley desea que recobre; o podría decirse que lo que le interesa recobrar directamente es el bien que donó, pero que igual que sucede cuando no es posible el cumplimiento *in natura* de las obligaciones, se procede, a semejanza de lo que ocurre con el cumplimiento por equivalente, a la reversión por equivalente cuando el mismo bien donado no existe en la herencia o en el patrimonio que deja el donante al morir. De manera que si en el momento de transformarse la expectativa en derecho por la apertura de la sucesión del donatario muerto sin posteridad, se encuentra en su patrimonio el mismo bien donado, a dicho bien debe necesariamente aplicarse aquel valor; mientras que si no se en-

---

(167) En cuanto a la segunda conclusión, conforme MANRESA (*Ob. cit.* pp. 628 y 629). En contra, SCAEVOLA (*Ob. cit.*, p. 395) y MEZQUITA (*Ob. cit.*, pp. 82 y ss.).

Ello no quita, según GARZÓN, que el artículo 636 actúa aún en hipótesis del 812, haciendo que la subdonación pueda ser reducida, no a instancia del donante como tal, sino por las personas que designa el artículo 655: el artículo 812 tiene un ámbito cualitativo (de qué bienes no puede disponerse por testamento, aunque sí por donación) y el 636, es cuantitativo (de cuántos bienes se puede disponer por donación).

(168) *Ob. cit.*, pp. 628-629.

cuentra el mismo bien y es determinable otro que se ha subrogado en su lugar, a ése tendrá derecho el ascendiente, siendo discutible lo que ocurre si existe un exceso o un defecto de valor de ese bien respecto al donado; y si tampoco es localizable un bien concreto que se haya subrogado en su lugar en virtud de un fenómeno de subrogación real en sentido estricto, lo que ocurrirá, p. ej. en el supuesto de subdonación, que ahora analizamos, el derecho recaerá sobre la cantidad de dinero, a extraer o realizar a costa de la herencia (y sería discutible si también a costa del patrimonio del heredero que ha aceptado pura y simplemente, partiendo de una reversión sucesoria), que cubriera el valor de lo donado, con preferencia, incluso, al derecho de los legitimarios. Y ello con una excepción: que se donaran bienes consumibles y éstos se hayan consumido. Esto último enlaza con el problema de la donación de dinero o la subrogación real de numerario en lugar de lo donado, de la que trataremos a continuación.

Recapitulemos: Se afirma la libertad de disposición *inter vivos* del donatario, que será total a título oneroso. En cuanto a las consecuencias de la disposición a título gratuito puede responderse que la misma está prohibida, siendo nula la disposición, o que es lícita y excluye la reversión o que, siendo válida, da lugar a una subrogación de valor.

Si admitimos que la subdonación es válida, señala MANRESA (169) que el artículo 812 constituirá una excepción al 636: «El artículo 636 sólo permite disponer por donación de lo que se pueda disponer por testamento. El artículo 812 es una excepción: el descendiente no puede disponer por testamento de los bienes que recibió del ascendiente, y puede donarlos. El ascendiente donante no puede pedir la anulación ni la reducción de esa donación hecha por el descendiente, porque la ley sólo le concede derecho a lo que exista o quede de los bienes en la sucesión, y lo donado ya no existe, no queda, no se conserva». Se trata de una anomalía sólo explicable para este autor por la especialidad del precepto. En contra, Garzón, para quien el artículo 812 tiene un ámbito cualitativo (de qué bienes no puede disponerse por testamento, aunque sí por donación) y éste (el 636), en cambio, es cuantitativo (de cuántos bienes se puede disponer por donación). Por ello, el 636 actuará aun en hipótesis del 812 haciendo que la subdonación pueda ser reducida; pero no a instancia del donante como tal, sino, en general, de las personas que designa el artículo 655 (170).

---

(169) *Ob. cit.*, p. 620.

(170) *Ob. cit.*, p. 922

Si se parte de que existe una subrogación de valor y que la reversión se mantiene mientras queden bienes en el patrimonio del donatario, se producirían consecuencias cuando menos chocantes. Si los bienes dejados al fallecer por el donatario se agotaran con el pago de la reversión los potenciales legitimarios quedarían sin nada, pues los bienes revertibles se descuentan de la herencia del causante, igual que se resta la mitad de gananciales del cónyuge supérstite.

Incluso partiendo de la tesis sucesoria se afirma que los bienes revertibles forman un patrimonio separado respecto al resto de la herencia y que sucesión anómala (reversión) y sucesión ordinaria, funcionan de modo independiente, siendo la reversión preferente a las legítimas, lo que afectaría —según posición mayoritaria— incluso a la legítima del cónyuge viudo.

Durante su vida, el donatario ha ido viendo como cambiaba su patrimonio, salían unos bienes, entraban otros y consumía los que necesitaba o deseaba. Pero según la regla anterior, ha de entenderse que los últimos que consumía eran los revertibles y ello independientemente de su voluntad real. Y entre esos que consume o salen de su patrimonio antes, pueden encontrarse los procedentes de otras donaciones a su favor realizadas por sujetos que no tengan derecho a reversión: hermanos, extraños, etc. Se suele afirmar que el fundamento del 812 se encuentra en la justicia de que no se enriquezcan injustamente otras personas que no sean más dignas de adquirir los bienes que el ascendiente de recobrarlos. Pero, ¿acaso no son igualmente dignos de enriquecerse con lo que deje el ascendiente al morir, que no sea el mismo bien que donó y que conserva (o el que claramente se subrogó en su lugar), sus herederos forzosos o, por ejemplo, otros donantes? ¿En virtud de qué fundamento lo último que quede en el patrimonio del donatario muerto ha de revertir? Con ello se están perjudicando seriamente los intereses de muchos sujetos, incluso los de aquellos que al igual que el ascendiente, pero sin tener esta relación de parentesco, realizaran disposiciones a título gratuito en favor del donatario.

Si se admite la subrogación de valor hasta el punto de considerar que mientras existan bienes en la herencia es posible la reversión del equivalente del valor de los bienes donados, aunque no quede ya nada que heredar a otros sujetos, nos encontraríamos con supuestos o casos difíciles de aceptar. Si los bienes que existen al morir el donatario causante en su patrimonio, no son los mismos bienes donados, ni aquéllos procedentes de una subrogación real pura, ¿por qué hay que interpretar que el legislador ha querido favorecer a los ascendientes donantes sobre otros sujetos, incluso legitimarios, como el propio cónyuge u otros ascendientes? Pues esto es lo

que se consigue si defendemos que de todo el activo patrimonial del donatario causante, lo último que se consume es el valor revertible.

Escribe VALLET (171): «Algunos autores han estimado que, si bien lo subdonado no queda sometido a recobro, si lo está su valor al tiempo de otorgar el descendiente subdonante la donación. No parece, sin embargo, que el texto del precepto autorice la reversión de la cosa subdonada ni de su valor, pues la herencia del donatario no queda incrementada, sino reducida por el valor de lo donado. Ciertamente que, en caso de que el descendiente haya efectuado la subdonación a favor de uno de sus herederos, cabe defender que ha de operarse la reversión del valor mediante la toma de menos del subdonatario heredero. Los argumentos más serios esgrimidos a favor de la afección a la reversión del valor de lo donado se concretan en: que si no se aplicara la subrogación de valor, la subdonación revocaría el derecho de reversión; que el valor de los bienes donados debe computarse para calcular las legítimas de la herencia del descendiente, y de resultar excesiva la donación debería reducirse en beneficio de todos los ascendientes legitimarios, mientras que de darse la reversión, dicho valor sólo beneficiaría al reversionario, lo cual parece más justo; pues, si el valor del precio de la venta queda sujeto a reversión a favor del ascendiente donante con preferencia sobre los herederos del descendiente, parece lógico, por argumento de mayor a menor, que en igual situación, no se excluya el recobro del valor de lo donado».

Por tanto, me inclino por una interpretación restrictiva del 812, según la cual, teniendo el donatario libertad para disponer a título gratuito de los bienes donados, dicha disposición excluye la reversión, recibiendo el mismo tratamiento que los actos de consumo, al no ir acompañado el empobrecimiento del patrimonio del donatario por un correlativo enriquecimiento del mismo, lo que debe excluir la subrogación de valor. Así pues, la libertad de disposición del donatario en este caso se muestra como un límite a la protección de los intereses del donante en virtud del artículo 812 CC y que redundaría en favor de los intereses de los herederos del donatario, entre los que debe recibir especial mención su cónyuge, dada la comunidad de vida que existe entre esposos y la transcendencia económica que la misma debe tener.

No queremos acabar sin dejar planteado un caso curioso, para estimular la imaginación del lector, con cierto sentido del humor y buscando su complicidad: ¿qué ocurrirá si el donatario dona el bien al mismo ascendiente donante?

---

(171) *Panorama...*, cit., p. 944.

E) *El problema del dinero donado o del subrogado en lugar de lo donado*

Se afirma comunmente que si se han donado bienes consumibles y efectivamente se han consumido, la reversión queda excluida. Creo que la problemática del 812 respecto a la donación de dinero hay que resolverla poniéndola en relación con el tema de los actos de consumo y su eficacia excluyente de la reversión. En este sentido podría distinguirse entre actos de consumo de los bienes consumibles en general, y actos de consumo de dinero. A simple vista resulta evidente que no es lo mismo cambiar el dinero por algo, que gastarlo en un viaje, por ejemplo. No tiene que sorprender la afirmación de que hay que diferenciar si la salida del dinero donado o subrogado del patrimonio del donatario va acompañada de la entrada recíproca de otros bienes o si supone un empobrecimiento del patrimonio del deudor sin enriquecimiento correlativo. En el segundo caso pienso que el dinero se ha consumido, mientras que no ha ocurrido así en el primero, produciéndose en éste un supuesto de subrogación. El texto del artículo 812 (igual que el del anteproyecto belga de LAURENT) parece jugar en este sentido: «*Si hubieran sido enajenados, sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera con relación a ellos, y en el precio si se hubieren vendido, o en los bienes con que se hayan sustituido, si los permutó o cambió*». Para que haya subrogación parece que es exigible la entrada de algo (que contablemente suponga activo) en el patrimonio del donatario a cambio o en lugar del bien donado o subrogado (pues puede darse una cadena de subrogaciones) que sale.

Por este mismo motivo, en cuya argumentación abundaré más adelante, cabría plantearse si se produciría subrogación cuando el bien donado se entregara en pago de una deuda por el donatario a un tercero.

Para acabar de plantear correctamente el problema hay que preguntarse, obligatoriamente, si el funcionamiento del 812 será el mismo tratándose de dinero donado directamente o de dinero subrogado en lugar de lo donado. Quiero señalar ya que muchas veces se parte de la solución legal en el segundo caso, para deducir la que se aplicaría en el primero.

La única referencia directa al dinero que contiene el artículo 812, aparece al hablar del supuesto de venta por el donatario de los bienes donados y del precio obtenido a cambio.

Declara el artículo 812 que si los objetos donados se hubiesen *vendido*, sucede el donante en el precio (*pretium succedit loco rei*).

Es importante y obligado llamar la atención sobre el antecedente francés: el precio de la venta revertía sólo si aún era debido. En ese caso el

donatario no ha podido aprovecharse de él, ni se ha confundido en su patrimonio. Se ha dicho también que el cobro del precio debido es una de las dos posibilidades, junto con la resolución de la venta, que tiene el vendedor, resolución que le llevaría a recuperar la cosa, de ahí la regla del artículo 747 francés: más que derecho al precio lo que tendría el donante y a él revertiría serían dos acciones alternativas: exigir el precio o resolver la venta, con la recuperación consiguiente de la cosa vendida (o de su equivalente en caso de que surgiera un tercer adquirente protegido por la publicidad registral o posesoria) (172).

En el 812, que difiere sensiblemente en este punto del Código francés, se quiere una subrogación, al menos real, aún cuando ya se hubiere cobrado. Decimos al menos real: ¿será algo más: subrogación de valor?

La doctrina incluye el precio de la expropiación forzosa, la dación en pago de uno de los bienes donados y el censo reservativo constituido como contraprestación de bienes donados y el precio de las cosas fungibles enajenadas. Personalmente estimo dudoso el supuesto de la dación en pago: ¿habrá qué verlo como más aproximado al caso de consumirse o desaparecer el bien donado, o habrá que considerar que ha existido un enriquecimiento o un no empobrecimiento correlativo a la salida del bien donado del patrimonio del donatario, que impone la reversión? En ese caso, lo que revienta, ¿es una cantidad de dinero, o un derecho de crédito?

Un sector de la doctrina afirma que no se trata de una pura *subrogación real*, que excluiría la subrogación en el caso de que el precio ya cobrado perdiese su propia individualidad (lo que podría evitarse, p. ej., mediante un depósito bancario), sino una *subrogación cuantitativa*, en la cual el precio queda convertido en una cantidad o suma de dinero independiente de las monedas o billetes con que haya sido satisfecho, *por lo cual ya no puede resultar afectada por su ulterior destino o consumo*, según estima en su supuesto el artículo 978, 3 CC. Si el dinero no era lo donado, sino que procedía de la subrogación real en lugar del bien donado, fruto de la enajenación de éste, según esta interpretación, bastante extendida, del precepto, habrá reversión, y ello pase lo que pase después con ese dinero, se consuma o no, porque se ha producido más que una pura subrogación real una subrogación cuantitativa, aunque parece que la reversión sólo actuará si existe activo en el patrimonio del causante a su fallecimiento.

---

(172) Sin embargo, obsérvese que la posibilidad de resolución sólo existiría si el precio todavía fuere debido por haber incumplido el comprador su obligación y no si se tratara de precio aplazado y todavía no hubiese vencido el plazo.

En realidad, el «precio» al que se refiere el artículo se puede entender como valor consumible obtenido a cambio de la venta de la cosa donada, o como valor abstracto concretado en la cuantía del precio de venta y que encarnaría una deuda de valor futura a efectos de la reversión, sin importar si la cantidad obtenida de la venta se consumiera o no. En el primer caso cabría hablar de una subrogación real, en el segundo, de una subrogación de valor o cuantitativa. Lo que está claro es que la venta del bien donado, que hace ingresar un dinero en el patrimonio del donatario, no excluye la reversión.

Retengamos en la memoria esta idea y pasemos a ver qué ocurre con la donación de dinero. Las respuestas que ha dado la doctrina son de lo más diversas. GARZÓN (173), preguntándose si está comprendida en el 812 la donación dineraria, las sintetiza como sigue:

«MEZQUITA adopta la postura más favorable al ascendiente. Estima revertible el dinero donado, cualquiera que sea el destino que le diera el donatario, y hasta en el caso extremo de que no haya metálico en la herencia, siempre que en ella existan otros bienes, valubles en dinero, con cargo a los cuales pueda cumplirse el retorno.

SCAEVOLA cree que no está sujeto a reversión el dinero, salvo si al fallecer el donatario existieren en su sucesión las mismas monedas donadas, y correspondiendo en tal caso la carga de la prueba a quien afirme dicha identidad. Funda su opinión en la creencia de que el artículo 812 se refiere únicamente a cosas que, usándolas el donatario, puedan permanecer en sustancia en su poder; lo cual no sucede con el dinero, porque al aplicarlo según su uso huye fatalmente de su dueño.

SÁNCHEZ ROMÁN, con parecida argumentación, entiende que procede la reversión si existen en la herencia del donatario las mismas monedas, valores o títulos, o al menos, si se encuentran consignadas en depósito o cuenta corriente, por reputarse servida aquella identidad por las acciones a la devolución de igual suma.

MANRESA defiende, en principio, la reversibilidad del dinero donado, fundándose, esencialmente: en que el artículo 812 no distingue clases de bienes; en que el dinero es, legalmente «cosa», «objeto» y «bien», que son los términos usados por dicho precepto; en que el metálico está sujeto a reversión en caso de proceder del precio de las cosas donadas; y en la común opinión de la doctrina francesa en torno al artículo 747 de su Código. Ahora bien, cuando llega el momento de sentar conclusiones prácticas, viene a sostener una posición equivalente a la de los dos autores últimamente citados, pues en el caso de que exista metálico en la sucesión del descendiente, pero ignorándose si es o no el mismo de la donación, cree

---

(173) *Ob cit*, p. 911.

como solución más legal (aunque menos justa) entender que no procede la reversión de una suma igual a la donada. Y ello porque la interpretación del precepto debe ser restrictiva, dada su índole excepcional.»

VALLET (174) resume las posiciones de la doctrina de modo más general. Señala cómo muchos autores niegan la reversión de las cosas fungibles subrogadas por su equivalente en especie y calidad, aunque lo hubiere en la herencia, y la del metálico, excepto si se probare cumplidamente que en la herencia se conservaran las mismas monedas, basándose ese criterio restrictivo en la expresión del artículo «los mismos bienes donados» y en que el texto del artículo 812 sólo admite restrictivamente la reversión de una suma de dinero en el caso de subrogación de la cosa vendida por su precio. Otros han extendido esta posibilidad a los casos de conservarse el metálico en depósito bancario, cuenta corriente e incluso préstamo. Y aún otros la admiten en todo caso —salvando que se trate de cosas consumibles ya consumidas—, aplicándola al equivalente de la misma especie y calidad o de igual cantidad dineraria, si lo hubiere en la herencia. El argumento en este caso se basa en que al admitirse la reversión del precio de la venta de las cosas donadas sin exigir en ese caso requisito alguno de especificación, colocación ni inversión, resulta patente que la finalidad de la institución no es lograr el regreso de ciertos bienes, sino el del valor que represente la donación hecha.

GARZÓN, por su parte, opina que «el metálico donado por el ascendiente no está en ningún caso sujeto a reversión» (175). Veamos los argumentos:

El artículo 812 contempla una primera hipótesis: que «*los mismos objetos donados existan en la sucesión*». Referida la hipótesis al dinero, opina nuestro autor que puede interpretarse de dos maneras: entendiendo que el objeto —dinero— existe en la sucesión sólo si se conservan en poder del donatario, al tiempo de su muerte, las mismas monedas o billetes de Banco que le fueron donados (o añadiría yo, que el numerario esté individualizado, p. ej., mediante un depósito en el Banco u otra inversión), o bien estimar que la exigencia legal queda cumplida siempre que haya numerario en la herencia del descendiente.

Estima absurda la primera interpretación: no es exagerado afirmar que esa conservación específica de las mismas monedas o billetes sólo tendrá lugar, normalmente, si al donatario le sobreviene la muerte el mismo día de

---

(174) *Panorama ...*, cit., p. 941.

(175) *Ob. cit.*, p. 912.

consumarse la donación. Pero además, sería arbitrario sentar un régimen jurídico tan diverso (procedencia o improcedencia del retorno) en conexión con una circunstancia tan anodina y fácil de forzar; bastará con que el donatario se apresure a cambiar por otros los billetes recibidos para liberarse de la reversión.

Podríamos añadir el siguiente razonamiento: si no se exige la misma conservación específica de otros bienes, sino que se admite la subrogación, ¿por qué no va a ocurrir lo mismo con el dinero? El problema podría ser, en todo caso, de prueba. Quizá por su consumibilidad.

En cuanto a la segunda interpretación, le merece un juicio más favorable. «Porque lo donado en realidad no fueron uno o varios billetes de Banco de determinada serie y numeración, sino la suma de dinero que representan; los billetes y las monedas (salvo en numismática) no tienen entidad propia como objeto de derecho, sino únicamente valor representativo. Ahora bien (y esta es la conclusión que merece un análisis detenido), de aceptarse que el numerario, como objeto de la donación, puede subsistir en la herencia del descendiente en la forma indicada, y ser, por tanto, materia de retorno, habrá que concluir también que *el ascendiente tiene un derecho preferente sobre el metálico que quede en dicha herencia, hasta el montante de la donación, aunque se sepa con absoluta certeza que la cantidad donada la consumió el donatario y que la dejada a su muerte tiene otro origen*. Y esto sería dar al precepto una amplitud que repugna a su letra y, sobre todo, a su espíritu.»

El artículo 812 prevé una segunda hipótesis: que los objetos donados «hubieren sido enajenados». LÓPEZ GARZÓN (176) estima que se trata de una hipótesis aún más absurda aplicada al dinero. El término empleado «enajenados» es inaplicable al dinero. El precepto debiera haber hablado de «objetos o suma donados» y partido de la hipótesis de que hubieran sido «enajenados aquéllos o invertida ésta».

El argumento de que el dinero es revertible por vía de subrogación (precio de venta), por lo que también debe serlo si es lo directamente donado, es sin duda el que más impresiona a GARZÓN. Pero añade que la analogía es más aparente que real: hay razones más poderosas para imponer la reversión del dinero subrogado que la del dinero donado. Este autor se refiere a la nula significación afectiva del dinero frente a otro tipo de cosas. No vemos que sea un argumento muy consistente. Concluye que el distinto tratamiento del dinero según sea el objeto inmediato de la donación (dinero mismo u otro objeto que se vende y en su lugar se subroga el dinero obtenido a cambio) encuentra su explicación, «enormemente sensata» en las raíces psicológicas del artículo 812 CC: «Los preceptos que, como el ar-

título 812, rinden un tributo a los móviles de los actos humanos, suelen abundar en paradojas: como la vida misma». No parecen unas raíces muy fuertes.

En realidad parece que GARZÓN esté apuntando a la voluntad del ascendiente donante como fundamento de la exclusión de la reversión en el supuesto de la donación de dinero. No sería necesario para ello acudir al hecho de que el donante pueda sentir un mayor afecto o ligazón hacia bienes de otro tipo que hacia el dinero, que sólo representa un valor. Bastaría con constatar que al ser el dinero un bien eminentemente consumible, es lógico pensar que, al donarlo, el ascendiente haya previsto que podría fácilmente consumirse, supuesto en el que, en principio, no debería funcionar la reversión. Pero podría objetarse que lo que el ascendiente quiso fue donar una suma, un valor, a recuperar si el donatario fallecía sin posteridad, fueran cuales fueran los avatares a que se viera sometido el tráfico de dicha suma. Por otra parte, el argumento de GARZÓN cuando intenta apuntar a una presunta voluntad del causante basada en la poca o nula ligazón del dinero a sus sentimientos frente a la de bienes específicos que sentimentalmente desee recuperar en lugar de perder en favor de otra familia, puede volverse en su contra, pues, según esto la subrogación no tendría sentido en ningún caso.

No creo, con todo, que la solución vaya por ese camino. En realidad, el funcionamiento de la reversión en el supuesto de donaciones dinerarias debe resolverse, más que atendiendo a la presunta voluntad del donante, atendiendo a la voluntad de la ley, y en concreto a los criterios de solución de los conflictos de intereses que se plantean en el complejo caso del 812, que la ley haya podido manejar. Lo que quiero decir, que se podría expresar de modo contable, es lo siguiente. Se trata de que el donante se empobrece para enriquecer al donatario. Pero es justo que recupere él antes de enriquecer a un tercero. De ahí se deriva que, admitiendo que los actos de disposición del donatario son válidos, la reversión procederá siempre y sólo cuando el donatario conserve ese enriquecimiento. Habrá subrogación si al salir el bien de su patrimonio, entra correlativamente otro. Pero no, si no existe esa contraprestación enriquecedora. Pues de otro modo se estarían lesionando intereses de terceros sujetos que no es ilógico pensar que la ley haya querido que prevalezcan. Aplicadas estas ideas al dinero, vemos que ocurre con él un fenómeno paralelo al que se plantea como consecuencia de la subdonación del bien donado.

En el supuesto de la subdonación prevalece la libre disponibilidad del donatario sobre los intereses del donante. Si aún en ese caso habláramos de subrogación, estaríamos haciendo prevalecer los intereses del donante sobre los herederos del donatario, salvo que afirmemos que la subdonación no es válida. Pero nada en la norma del 812 parece apuntar en esa dirección. Y

el 747 juega en contra. Son muchos los intereses en conflicto, y, ante un precepto, poco claro hay que buscar la solución más equitativa para todos ellos. En la donación de dinero ocurre otro tanto. Si la suma donada sale del patrimonio del donatario sin contraprestación a cambio y afirmamos que aun así el ascendiente donante tiene derecho a la reversión del valor de lo donado estaremos perjudicando gravemente los intereses de los herederos del donatario. La ley ha protegido los *intereses de los terceros adquirentes* de los bienes donados manteniendo su adquisición, a título oneroso o gratuito. Y ha protegido los *intereses del ascendiente donante* haciendo funcionar un mecanismo subrogatorio. Y, finalmente, hay que entender que ha protegido los *intereses de los herederos del donatario*, admitiendo la subrogación sólo en el caso de que la salida del bien o valor del patrimonio del donatario vaya acompañada de una correspondiente entrada de un bien o valor equivalente, o produciéndose la subrogación sólo en la medida del valor que entra.

Pienso, pues, que hay que poner el énfasis no tanto en la voluntad del donante, cuanto en la voluntad de la ley, de proteger los intereses de éste, y que no es descabellado defender que debe ceder ante la libertad de disposición del donatario. El tema está muy relacionado, como acabamos de ver, con el de si la donación excluye la reversión. La respuesta afirmativa implica que la libertad de disposición del donatario (177) se antepone y prefiere al interés del donante en recobrar el bien. En este sentido, aquella libertad es un límite a la protección legal de dicho interés.

La solución que acabo de exponer me parece que es la que resuelve de modo más equitativo el conflicto de los distintos intereses en juego, lo que al fin y al cabo, constituye el objeto del Derecho. No se desprende claramente de una interpretación literal del artículo 812, pero ello tampoco es necesario, cuando su razón viene avalada por criterios sólidos.

Obsérvese la diferencia con la institución de las reservas, en las que existe obligación de conservar los bienes sujetos a reserva o al menos su valor, hasta el punto de imponer la ley la obligación de asegurar con hipoteca «la devolución del precio que hubiese recibido por los bienes muebles enajenados o la entrega del valor que tenían al tiempo de la enajenación, si ésta se hubiese hecho a título gratuito, así como el valor de los bienes inmuebles válidamente enajenados (art. 978, 3 y 4 CC, en sede de reserva clásica). El obligado a reservar tiene la libertad de disposición muy limitada y, en última instancia debe siempre el valor del bien

---

(177) Sí constituiría un límite a dicha libertad el abuso de derecho: ej.: destrucción bien para evitar reversión en favor ascendiente.

reservable. Por el contrario, en la institución de la reversión, la libertad de disposición del donatario y la posibilidad para éste de consumir los bienes, que son de su plena propiedad, impone un tratamiento diferente.

Dicha solución sería aplicable tanto al dinero donado como al obtenido a cambio de la venta del bien donado. ¿Acaso es admisible una solución distinta si el dinero se donó directamente o si es fruto de una subrogación por enajenación del bien donado? ¿Por qué en un caso va a afectarle el hecho de que se consuma y en otro no? Es absurdo que el dinero directamente donado se pueda consumir y el entrado por subrogación no (178). La cuestión no puede resolverse mediante una interpretación excesivamente literalista del artículo 812 CC. Recordemos de nuevo el antecedente inmediato del 812 español: el 747 del *Code* en el que tiene sentido la distinción que establece respecto al dinero procedente de la venta de los bienes donados aún no cobrado y sólo en este caso. La distinción se desvirtúa en nuestro Código al hablar éste del precio de la venta sin mayor precisión. Se ha querido mantener en lo posible la dicción literal del 747, dando lugar a gran confusión a la hora de interpretarlo. Y, ¿por qué si se donaron bienes consumibles y se consumen no hay reversión, mientras que si estos bienes se cambian por dinero, pase lo que pase con este hay reversión? Se trata de incoherencias.

Sin embargo, con ello no resolvemos toda la problemática del supuesto. El problema que resta es fundamentalmente de prueba. Piénsese en la dificultad que supone determinar si un dinero concreto o un valor con un origen concreto ha sido consumido o «invertido», si ha salido sin más del activo patrimonial del donatario, o a cambio ha entrado en el mismo un contravalor o bienes concretos.

De este tipo de dificultades siempre ha sido consciente la doctrina. Escribía ALONSO MARTÍNEZ (179): «El principio de que los bienes donados vuelvan al donante, si se encuentran en especie de la herencia yacente, y el donatario ha muerto *abintestato* y sin descendencia, es, a mis ojos, invulnerable. Comprendo que la crítica se cebe en el último párrafo del artículo 798 (del anteproyecto de LAURENT), que extiende la reversión al precio de los bienes enajenados o a los adquiridos con su importe o por permuta de los mismos, y no ciertamente porque esta solución en teoría no sea

---

(178) Aunque quizá habría que plantearse la distinción entre el entrado por subrogación de un bien consumible y el entrado por subrogación de un bien no consumible...

(179) *Ob. cit.*, pp. 258-259

justa, toda vez que los valores adquiridos a cambio de los donados o con el precio de los mismos no existirían en la herencia yacente sin la donación, sino por las graves complicaciones y dificultades a que en la práctica es tan ocasionada la aplicación de este principio, si se trata de la reversión de una suma metálica. Yo, por esto, me limitaría al caso de que los bienes donados subsistieren en especie en poder del hijo o descendiente al tiempo de su fallecimiento, o cuando más, lo extendería a los bienes permutados».

La cuestión, pues, enlaza directamente con el tema de la carga de la prueba en relación con el alcance de la subrogación. Para GARZÓN (180), que entiende que no habrá retorno del precio ni de ningún subrogado si consta que el donatario-vendedor consumió aquél, o si han perecido las cosas que adquirió con el mismo, son los herederos del donatario los que deben probar que el precio de las cosas donadas lo consumió su causante y que el numerario que existe en la sucesión tiene otro origen, para excluir la reversión. Opino que se trata de una solución razonable.

Quizá el problema sea en última instancia de identificabilidad del dinero como el mismo que se donó, lo que excluiría que se hubiera consumido, pues consumido no procede la reversión. Y quizá por la problemática, a veces, insoluble de la identificabilidad, hay autores que llegan a sostener que el dinero donado no es revertible (181).

Si se donaron bienes consumibles y se consumen antes de fallecer el donatario, no se producirá reversión (BONET: «Pueden ser objeto de reversión todas las cosas donadas, sea cualquiera su naturaleza, con tal que existan en la sucesión. Por eso no tiene lugar el retorno cuando se trata de bienes fungibles que hayan sido consumidos») (182).

Si se donó dinero (que en principio es el bien consumible por excelencia), puede ocurrir que se consuma o que no. ¿Cómo decidir que el dinero no consumido es el que se donó y no otro que formara parte del patrimonio personal del donatario, pues hasta su fallecimiento los bienes donados (en este caso dinero) no funcionan como patrimonio separado? ¿Es que hay que entender que el dinero que va gastando el donatario es primero aquél que

---

(180) *Ob. cit.*, p. 931.

(181) Es lo que ocurre con el mismo GARZÓN, que estima, como ya hemos visto, que «el metálico donado por el ascendiente no está en ningún caso sujeto a reversión», por lo que no es lo mismo que el dinero proceda de la donación (queda excluida la reversión) que de una subrogación por venta de lo donado. Sólo en el último caso admite la reversión, siempre y cuando el dinero no se haya consumido.

(182) BONET, *Ob. cit.*, p. 638. Aunque podríamos complicarlo más si el bien consumible se enajenó a cambio de otro que no se consume. A mi modo de ver, lo que excluye la reversión no es que el bien donado sea consumible, sino que se consuma.

no procede de la donación? ¿En virtud de qué regla o principio? Esto perjudicaría a los sujetos que no tienen derecho a la reversión pero que sí lo tendrían a los mismos bienes de considerarse no revertibles. Aparte del problema de que el donatario haya sido favorecido con otras donaciones que también entren dentro del ámbito del artículo 812 CC.

Es importante el dato de si quedan bienes aparte de los donados en la herencia y también el de si estos bienes se hayan suficientemente individualizados, de modo que puedan distinguirse de los donados o subrogados en lugar de aquéllos. En última instancia puede mantenerse la solución dada por GARZÓN, aunque él la aplica sólo al precio obtenido de la venta, pues estima que cuando se dona dinero la reversión queda excluida (en base a razones que ya hemos analizado), solución que consiste en afirmar que en última instancia la carga de la prueba recae sobre los herederos del donatario. Así, en este momento, la balanza se inclinaría en favor del ascendiente con derecho a reversión.

Admitido que la donación de dinero o la subrogación del precio por la venta de lo donado, da lugar a reversión sólo si tal valor no ha sido consumido, en el sentido expuesto, y que, en última instancia, recae sobre los herederos del donatario-causante la prueba de que sí lo ha sido, si se determina en un caso concreto que sí procede la reversión, ¿habrá que entender que se ha producido una subrogación de valor en todo caso, o será posible admitir, al menos en algún supuesto, que «res succedit in loco pretium?, de modo que se entienda producida específicamente una subrogación real? VALLET (183) opina que debería admitirse excepcionalmente en los siguientes casos: si, a falta de dinero en la herencia, se acredita que el precio de las cosas donadas al descendiente y vendidas por éste, hubiere sido reinvertido en bienes conservados en el caudal; y si, en el acto de la compra, fue prevista expresamente la subrogación. Personalmente opino que si se acredita que el precio de la venta de las cosas donadas e incluso el dinero directamente donado se invirtió en cosas concretas que se conservan en el patrimonio dejado por el donatario a su muerte, a éstas deberá afectar la reversión (184).

---

(183) *Panorama...*, cit., p. 943.

(184) MANRESA (*Ob cit.*, pp. 622-623): «En este caso hay compra y no venta y no es admisible la sustitución. Invertido el metálico que constituyó la donación o formó parte de ella, en la compra de otros bienes, éstos, aunque existan en la sucesión, no revierten al donante. Puede exceptuarse el caso en que el dinero se donare precisamente para que con él se adquiriesen fincas u otros objetos. Parece anómalo que se admita el caso de venta y no el de compra; pero el precepto es claro, y debe obedecer a evitar, en lo posible, dificultades y cuestiones en la práctica, determinar si el metálico invertido procedía o no de la donación» «Es más bien examinado el artículo hasta puede dudarse de que en la suma metálica donada suceda en caso alguno el ascendiente

#### F) *Subrogación real en los casos de permuta o cambio*

Se refiere el 812 al caso en que el donatario *permutó o cambió* los objetos donados (*Res succedit in loco rei*). Comprende la permuta y otras subrogaciones objetivas que técnicamente no pueden calificarse de permutas, según entiende VALLET (185): reparcelaciones urbanísticas, concentración parcelaria, conversión de obligaciones en acciones, refundición de acciones, transformación de participaciones en acciones, o viceversa, por cambio de naturaleza de la sociedad, canjes de acciones por fusión o absorción de sociedades, e incluso divisiones en régimen de propiedad horizontal de cosas en copropiedad indivisas, divisiones materiales de fincas indivisas, disoluciones de comunidad, aportaciones y liquidaciones de sociedad.

Se ha dicho también que el exceso de valor del bien recibido en permuta o cambio corresponderá a los herederos del descendiente. Se podría sostener la solución contraria en virtud de la defensa de una subrogación real en sentido estricto. ¿Y si se trata de defecto de valor? ¿Opera en este margen como una donación? Por coherencia con las ideas expuestas hay que decir que el defecto de valor debería ser soportado por el ascendiente donante, que no tendría derecho a la reversión de la diferencia a costa del patrimonio del donatario.

Las cuestiones anteriores guardarían relación con el tema de las diferencias de valor debidas a accesiones o mejoras del bien donado al que ya nos hemos referido.

#### 4. EFECTOS DE LA REVERSIÓN

##### A) *Adquisición por el ascendiente de los bienes donados o de lo subrogado en su lugar*

Ya hemos estudiado este tema en el capítulo anterior, referente a la incardinación sistemática del artículo 812 CC, a donde remitimos al lector.

---

donante». Sin embargo, en la página 636 se contradice: «No se establece expresamente en el artículo 812 la sustitución de los bienes por su valor, ni la del metálico por los bienes adquiridos con él; de lo cual pudiera deducirse que no procede la reversión en caso de compra, donación, constitución de derechos reales (salvo en forma de venta), etc., aunque existan en la sucesión otros bienes o metálico sobrante. Sin embargo, permite la sustitución de unos bienes por otros y la del precio por los objetos vendidos, y nos parece justo y conforme a su espíritu que el donante suceda en los bienes con dinero de la donación, así como tiene derecho a suceder en el precio de los objetos vendidos, en la sucesión, o en las cosas compradas o préstamos hechos con ese precio».

(185) *Ob ult cit*, p. 943.

## B) *Preferencia frente a otras personas*

Se habla de preferencia frente a otras personas (en Francia frente a «toda» otra persona). Sin embargo no es lo mismo que esta preferencia actúe frente al cónyuge del donatario que frente a cualquier otra persona, por ejemplo otros ascendientes. Hay que analizar el problema de si los bienes sujetos a reversión se tienen en cuenta a la hora de computar las legítimas y, en particular, la legítima del cónyuge viudo.

Para LACRUZ (186), la expresión «con exclusión de otras personas» alude a los herederos voluntarios y a los legitimarios mencionados en los artículos 809 y 810 CC, pero no al cónyuge viudo, quien puede pretender el usufructo de la mitad del caudal computable íntegro, sin la deducción de lo que su cónyuge (el donatario) recibió por donación de sus mayores. De lo contrario, el esposo supérstite, al concurrir con ascendientes, acaso percibiría menos que concurriendo con los hijos, contra la evidente intención del legislador. Piénsese, p. ej., en el caso extremo de que el bien donado sea el único que componga la herencia. De haber descendientes, quedaría excluida la reversión, y el cónyuge tendría derecho, al menos, al usufructo de la tercera parte del bien. Pero si no hubiera descendencia y el bien no se computara para calcular la legítima del cónyuge, éste no tendría derecho a nada.

Es decir, que aunque según el artículo 812 la sucesión del ascendiente donante en los bienes donados ocurre «con exclusión de otras personas», esta frase, copia del *Code* francés (en el último momento, ya que no figuraba en el anteproyecto) y referida en aquél a la sucesión intestada, no sirve para excluir a los bienes en cuestión del cómputo de la legítima del cónyuge sobreviviente, que se calculará sobre la total fortuna del esposo difunto. En cambio, la legítima ordinaria de los ascendientes será de la mitad del caudal restante una vez deducidos los bienes que cada ascendiente recupera.

La solución de LACRUZ, aislada en la doctrina, tiene bastante sentido si consideramos la reversión como un fenómeno sucesorio. En primer lugar tendríamos un artículo del Código Civil, el 812, de difícil incardinación en los principios de nuestro sistema sucesorio, y que hablaría de la sucesión de los ascendientes en determinados bienes «con exclusión de otras personas», frase que se copió del *Code* en el último momento, pues no figuraba en el Anteproyecto, y que en aquél se refería a la sucesión intestada. En segundo lugar deberíamos atender al Sistema sucesorio que rige en nuestro Derecho y a los principios que lo informan, a modo de líneas maestras entre las que se van encajando como en un puzzle —al menos eso es lo deseable— las distintas instituciones y normas de Derecho sucesorio. En dicho

---

(186) *Elementos..*, p. 471.

Sistema se persigue, entre otras cosas, que la legítima del cónyuge superviviente sea de mayor entidad cuando éste concurre con ascendientes que cuando concurre con descendientes. ¿Cómo conciliar o encajar el 812 con el o en el Sistema, y en concreto con la regla anterior? Cabrían, según pienso, dos posibles interpretaciones: Entender que nos hallamos ante dos normas contradictorias o de las que se desprenden soluciones inconciliables, lo cual nos llevaría por uno de estos dos caminos: resolver el conflicto en favor de la menor alteración posible del sistema y de la interpretación restrictiva del artículo 812 CC, es decir, en favor de los principios que informan la legítima del cónyuge viudo, o por el contrario, resolverlo en favor de una supuesta norma especial, que constituiría la excepción a la regla, y que sería el artículo 812. Personalmente —dentro de una tesis sucesoria— me decantaría en favor de la primera de estas soluciones. O bien, en segundo lugar cabría entender que se trata de dos normas que se pueden conciliar. Pero si esto fuera así, yo no veo como sería posible.

En la doctrina francesa se ha discutido esta misma cuestión. Como datos positivos a tener en cuenta se manejan los números 6 y 8 del artículo 767 Code. El párrafo 8 establece que el cónyuge sobreviviente no puede por su usufructo, perjudicar los derechos de retorno. Pero hay que tener en cuenta que se refiere a la masa de ejercicio y no a la masa de cálculo, la cual, según el número 6 del mismo precepto, comprende todos los bienes existentes al fallecimiento del *de cuius*. COLIN y CAPITANT añaden a éste un argumento que parece inclinaría la balanza a favor de la inclusión de los bienes retornables en la masa sobre la que se calculará la legítima del cónyuge viudo: «queriendo la ley que el cónyuge, merced a su usufructo, pueda continuar, sobre poco más o menos, en el mismo plan de vida que llevaba anteriormente, y habiendo el cónyuge, durante el matrimonio, disfrutado de los bienes sometidos al retorno legal, parece racional que estos últimos se incluyan en la masa sobre la cual se va a hacer el cálculo de usufructo» (187).

Sin embargo, estos autores acaban decantándose, precisamente, por la solución contraria: los bienes del esposo muerto sin posteridad, y sobre los cuales se ejercita el derecho de retorno del donante no están comprendidos en la masa sobre la cual se calcula el usufructo del cónyuge sobreviviente del *de cuius*. Solución que hacen derivar de la idea de que los bienes donados forman una sucesión distinta de la sucesión ordinaria.

---

(187) *Ob cit*, p. 102.

Pero que la cuestión no es clara lo demuestra la misma jurisprudencia francesa, oscilante en Apelación, en cuya instancia distintos tribunales mantenían criterios diferentes. COLIN y CAPITANT citan como ejemplo: Nancy, 20 julio 1895, D.P. 97.2. 162, S. 95.2.293; Pothier, 15 mayo 1899, D.P. 1901.2.205, S. 99.2.160. Frente a los diversos criterios de los Tribunales de Apelación, el Tribunal de casación francés se ha pronunciado en el sentido de la exclusión de los bienes sometidos a derecho de retorno (Civ. 22 julio 1923, con conc. del proc. gen., Baudoin, D.P. 1904.1.33, nota de M. Planiol, S. 1905.I.167, nota de M. Wahl), lo que según COLIN y CAPITANT «sólo puede justificarse teniendo en cuenta que estos bienes constituyen un patrimonio especial enteramente distinto de la sucesión ordinaria, aquélla sobre la cual se ejercita el usufructo del cónyuge sobreviviente» (188).

Ya hemos hecho referencia en otros lugares a ciertas prácticas notariales tendentes a subsanar este perjuicio para el cónyuge.

La generalidad de la doctrina, partiendo de la tesis sucesoria, afirma que los bienes sujetos a reversión no se computan para el cálculo de la legítima, ni se imputan a ésta, pues funcionan como un patrimonio separado del resto de la herencia, de modo que es como si existieran dos sucesiones independientes, regidas por reglas distintas (189).

Si, por el contrario, se parte como hacemos, de negar el carácter sucesorio de la reversión, ¿cuál es la solución?

---

(188) *Idem*.

(189) En contra, MANRESA (*Ob. cit.*, p. 630), que aun partiendo de una reversión sucesoria, entiende que los bienes sujetos a reversión se tienen en cuenta para computar la parte de libre disposición y la legítima. Con cargo a la parte de libre disposición, dice, se satisfará el derecho de reversión. Si el valor de los bienes donados excede el importe de la parte libre, se reducirá la legítima.

En cambio, está de acuerdo con la mayoría en que los bienes que revierten al ascendiente donante no han de ser imputados a la legítima de éste (*Idem*, pp. 632-633): «en él se reúnen dos derechos, de los que uno le corresponde por su proximidad de parentesco, y el otro, por proceder de él los bienes y haberlos donado; y si por éste sucede en las cosas que donó, por el otro sucede en la mitad o en la parte de mitad de los bienes que le corresponda como heredero forzoso. No hay razón para limitar uno de estos dos derechos por recaer en una sólo persona.

Por lo mismo, el donante puede renunciar a la legítima y aceptar la reversión o viceversa».

Junto a MANRESA, ostenta una posición minoritaria en orden a la consideración de los bienes reversibles en la computación de la legítima, GARZÓN (*Ob. cit.*, pp. 934 y ss.). Para GARZÓN los bienes revertibles deben computarse para determinar las legítimas, porque integran la herencia del causante y ello aunque reconoce que, desde el punto de vista práctico, la computación puede atacar gravemente la libertad de disposición *mortis causa* del donatario, hasta llegar a excluirla.

En principio, si la reversión se opera *ex donatione*, los bienes de que se trata no quedan incluidos en la sucesión del donatario causante, no se integran en su herencia. Habría que proceder a una liquidación previa de modo similar a lo que ocurre con el patrimonio ganancial. Los bienes o valor revertible son un sustraendo que debe hacerse jugar con carácter previo a la determinación de la herencia. En este sentido, no cabe computar las legítimas sobre estos bienes, ni tampoco imputar el bien revertido a la legítima del ascendiente donante (190).

El único modo de proteger, en la medida de lo posible, la legítima del cónyuge viudo o de otros ascendientes consiste pues en realizar una interpretación restrictiva del 812, en concreto en lo que toca al tema de la subrogación de valor, tal y como hemos querido mostrar en páginas anteriores.

### C) *Afección al pago de las deudas del donatario*

Es este uno de los temas al que reiteradamente se alude como diferencia importante entre la concepción negocial (adquisición *ex donatione*) y sucesoria (adquisición *ex successione*) de la reversión legal, tanto en nuestro país como en otros (191).

Se afirma por los partidarios de la tesis sucesoria que como derecho sucesorio, el del ascendiente reversionante se encuentra subordinado al de los acreedores del causante, pero que no lo estaría si no se le configurara como tal sucesión, pues en este último caso, los bienes sujetos a reversión no se integrarían en la herencia del donatario-causante.

La última afirmación es cierta: efectivamente, los bienes que revierten no forman parte de la herencia del donatario-causante, como ya hemos visto, sino que los adquiere automáticamente el ascendiente donante *ex donatione*. Sin embargo, es falsa la conclusión de que, en consecuencia, los bienes no estarán sujetos al pago de las deudas del donatario.

---

(190) Reversión y legítimas: cómputo e imputación. La distinción entre ambas cuestiones queda bien reflejada en las palabras de PÉREZ ARDA, que se refiere a dos preguntas formuladas alrededor del artículo 812 CC: «¿se computará como parte de la legítima del ascendiente lo que reciba en consecuencia de lo dispuesto en el artículo 812 del Código Civil? Esas donaciones ¿formarán parte de la herencia del descendiente muerto sin posteridad, a los efectos de determinar la cuota legitimaria y usufructuaria del cónyuge viudo?» (*Ob. cit.*, p. 127). Como, señala este mismo autor, es inútil buscar la solución directa de las cuestiones en el artículo 812, en el que no se dedica ni una palabra a delinear el concepto en que reciben los ascendientes tales donaciones, ni a fijar la posición jurídica de éstos en tal momento (*Idem*, p. 122). Según este autor, la respuesta será bien afirmativa, bien negativa, en ambos casos, lo que es discutible.

(191) Es el caso de Francia.

Dicha conclusión parte de un prejuicio erróneo: a saber, la idea de que si la reversión se produce *ex donazione*, eso significa que la donación se resuelve con efectos *ex tunc*, de modo que es como si el donatario jamás hubiera sido titular de los bienes. Ya hemos visto que esto no es así. Mientras vive, el donatario es propietario de los bienes y puede disponer libremente de los mismos, incluso consumirlos, lo que excluiría la reversión. Los bienes forman parte de su patrimonio y como tal se encuentran sujetos al artículo 1.911 CC, de modo que del cumplimiento de las obligaciones que contraiga el donatario durante su vida responden estos bienes en la misma medida que cualesquiera otros que integren su patrimonio. Fallecido el donatario esta responsabilidad no se esfuma. Por tanto, los acreedores, cuyos créditos se originaron en vida del causante, pueden agredir los bienes potenciales objetos de la reversión para obtener la satisfacción de sus intereses. La reversión no borra la propiedad del donante mientras vivía, sus actos dispositivos se mantienen y, por tanto, los bienes revertibles siguen garantizando aquellas deudas.

No es que el donante responda con dichos bienes del pago de las deudas del donatario, sino que tales bienes están afectos preferentemente al pago de tales deudas y sólo residualmente pueden revertir. Por ello, los derechos de los acreedores son preferentes a la reversión y pueden llegar a excluirla.

Así, podríamos hacer nuestras las palabras de VALLET (192), para quien «según el espíritu de la norma es preferido el donante a los herederos del donatario, pero sin que por ello quede limitada la solvencia patrimonial de éste; para lo cual es preciso que no se limiten los derechos de sus acreedores. Por eso, la amenaza de la reversión, para no producir efecto perjudicial para el descendiente donatario, debe subordinarse al respeto, no sólo de los adquirentes de bienes donados al descendiente que éste hubiere enajenado, sino también de los acreedores de éste. Puesto que la reversión legal del artículo 812 no tiene alcance ni valor alguno contra la eficacia de los actos realizados y las obligaciones contraídas por el descendiente donatario durante su vida, ya que podía enajenarlos por cualquier título *inter vivos* y quedarán afectos a sus obligaciones, por consiguiente, la consumación de dicha reversión no puede perjudicar ni siquiera a los acreedores del descendiente donatario».

Añade VALLET (193) que «el ascendiente reversionario no se halla personalmente obligado al pago de las deudas del descendiente, sufre sólo la

---

(192) *Comentarios*, EDESA, pp. 145-146.

(193) *Idem*, p. 146.

afección *ob rem* y *cum viribus* a su pago, sin perjuicio de su derecho a repercutir contra los herederos del descendiente por las deudas de éste —incluso hipotecarias— que, en virtud de esa afección, satisfaga el reversionario». Con ello se suma a la general opinión de que los bienes o valor reversible debe ser el último en soportar las deudas del donatario (194).

Desde nuestra posición se podría decir que primero responde la herencia y, sólo si esta no basta, se podrán agredir los bienes destinados a la reversión. Ello iría en concordancia con la idea según la cual, el valor sujeto a reversión es el último que se consume o debe consumirse. Es la idea según la cual mientras quede activo en la herencia, la reversión puede producirse. Sin embargo, esta conclusión, que parte de una interpretación extraordinariamente amplia de la subrogación de valor en el artículo 812, me parece al menos discutible, en base a la libre disponibilidad del causante, si éste manifestó que su voluntad era que dichos bienes no sólo pudieran ser agredidos por el acreedor o acreedores, sino que en última instancia la deuda debía ser a su cargo. Aún podríamos provocar más al lector preguntándonos si acaso no debería presumirse tal voluntad cuando el donatario hubiera hipotecado el bien donado o el subrogado en su lugar en garantía del pago de alguna deuda. Y finalmente, señalando que acaso el espíritu del 812 no esté de acuerdo con la extraordinaria extensión dada a la subrogación de valor como presupuesto de aquella tesis, pues lo que se está diciendo es no más ni menos, que mientras quede activo en el patrimonio del donatario, deberá satisfacerse el derecho de reversión, aunque con ello se agote tal activo.

No deben escandalizar afirmaciones como las anteriores. Incluso en el ámbito de la tesis sucesoria se ha dejado oír alguna voz discordante en contra de la idea de que los bienes reversibles son los últimos que deben soportar las deudas del donatario. Así, MANRESA (195), para quien si la parte de libre disposición no basta, habrá que pagar a los acreedores a costa de la legítima y de

---

(194) Efectivamente, desde la construcción sucesoria se ha señalado que los bienes sujetos a reversión sólo están afectos al pago de las deudas después de la parte de libre disposición de la herencia y de la legítima

VALLET: «Las deudas deberán hacerse efectivas, en primer lugar, en los bienes no sujetos a reversión, pero subsidiariamente con los afectos a ella en cuanto aquéllos no basten» (*Ob. ult. cit.*, p. 146).

MEZQUITA: «Para mantener la lógica del sistema, si las deudas son preferentes al recobro y éste lo es a las legítimas, no existe otra solución que aplicar por entero al pago de aquéllas, después de la parte libre, la porción legitimaria, y sólo después de agotada ésta sufrirá la afección de las deudas la masa de los bienes o valores sujetos al recobro» (*Ob. cit.*, p. 108).

(195) *Ob. cit.*, p. 634.

los bienes sujetos a reversión: «Hacer recaer toda la pérdida sobre el ascendiente donante sería tan injusto como imponerla, solamente, al otro legitimario. La proporción en que se hallen el importe de la legítima con el importe o valor de los bienes donados existentes en la sucesión, es lo que debe servir de base para reducir ambas asignaciones».

El problema guarda, asimismo relación, con otro apuntado supra. El disponer de los bienes donados para pagar sus deudas el donatario, ¿da lugar a una subrogación de valor o debe tratarse el supuesto como si el bien o valor donado hubiera sido consumido, en cuyo caso se excluye la reversión? El mismo interrogante podría formularse en el caso de que el bien donado hubiera sido embargado para hacer frente al cumplimiento forzoso de las obligaciones del donatario. Obsérvese que a la salida del bien del patrimonio del donatario no corresponde una recíproca entrada de activo, aunque sí una disminución del pasivo de dicho sujeto. La disminución del pasivo implica enriquecimiento para el donatario; pero, ¿es este tipo de enriquecimiento suficiente para operar una subrogación *ex* artículo 812?

La doctrina no se pronuncia directamente sobre el tema, aunque suele incluir la dación en pago del bien donado dentro del supuesto en que el bien se vende y en su lugar se subroga el precio obtenido a cambio. Manresa, en sentido contrario, escribe que «en caso de venta judicial o administrativa por deudas a particulares o a la Hacienda, como deudor principal, como fiador, etc., sólo tiene el donante derecho al exceso del precio sobre el descubierto, si lo hubiere; pues ni puede existir más precio, ni los bienes mismos» (196).

Posiblemente sea la segunda solución la más acorde con el espíritu del 812.

#### D) *Reversión y bienes gananciales*

He aquí un tema al que en ningún momento se ha prestado atención, o, mejor, dos temas que la doctrina ha olvidado poner en relación a pesar de su interés práctico (197). Yo creo que merece la pena hacerlo. Y por ello voy a realizar algunas consideraciones al respecto.

La comunidad de vida de los cónyuges, que alcanza significativamente al campo de lo económico, sobre todo si el matrimonio se rige por la

---

(196) *Ob. cit.*, p. 635.

(197) Sólo he visto una referencia al hablar de las donaciones realizadas por un ascendiente a un descendiente por razón de matrimonio con el carácter de gananciales, para apuntar que en este caso es dudosa la reversión.

sociedad de gananciales, provoca que los patrimonios privativos de los esposos y el ganancial se interrelacionen, entrelazándose en juegos que, en ocasiones, pueden plantear problemas a la hora de la liquidación y que, en concreto, pueden plantearlos cuando surge un tercero con un derecho sobre alguno de estos patrimonios, pero no sobre el resto, lo que exige una previa y clara determinación.

Hemos visto en páginas anteriores cómo puede ocurrir que el funcionamiento de la reversión *ex* artículo 812 perjudique a los herederos del donatario. Junto a esto, pueden intuirse también otros problemas en relación con el cónyuge del donatario, no en cuanto legitimario, a lo que ya nos hemos referido, sino en cuanto socio en una sociedad de gananciales. En este sentido, pueden surgir conflictos de intereses entre el donante reversionario y el cónyuge del donatario, lo que exige esclarecer los criterios de solución de dichos conflictos.

Determinar cuándo puede aparecer tal colisión de intereses, sin ánimo exhaustivo, y cómo debería dársele solución, es lo que ahora me propongo.

En primer lugar, un artículo del Código Civil, el artículo 1.353 CC, se refiere al supuesto de la donación conjunta a ambos cónyuges, constante la sociedad, estableciendo su carácter ganancial, salvo que el testador dispusiese otra cosa: *«Los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la sociedad, se entenderán gananciales, siempre que la liberalidad fuere aceptada por ambos y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario»*.

Este supuesto, sin embargo, ya ha sido estudiado al hablar de la donación de ascendiente a descendiente como presupuesto de la reversión, lugar al que ahora me remito.

La conexión entre la sociedad de gananciales y la reversión legal de donaciones, no se agota, ni mucho menos con este precepto.

Sabemos que una cosa es el carácter privativo o ganancial que tenga cada uno de los bienes de los cónyuges y otra distinta que dicho bien se haya adquirido mediante contraprestación privativa o ganancial. Un bien privativo puede haber sido adquirido con dinero ganancial o a cambio de bienes gananciales y viceversa. Ello genera una serie de relaciones obligatorias entre los distintos patrimonios, de modo que, en ocasiones uno de los patrimonios debe ser reembolsado de determinados gastos o pagos por el otro.

Entiéndase que cuando hablamos de que un patrimonio reembolse a otro o de relaciones obligatorias entre los patrimonios, es simplemente por comodidad, utilizando una forma de expresión sin rigor técnico, y no significa que atribuyamos personalidad jurídica a dichos patrimonios.

Pues bien, la situación descrita puede generar conflictos de intereses entre el ascendiente donante con derecho a reversión y el cónyuge del donatario premuerto. O pueden surgir simplemente problemas a la hora de determinar cual debe ser el contenido del derecho de reversión en determinados casos.

He optado para desarrollar la cuestión a través de un procedimiento casuístico, sin ánimo exhaustivo, al que seguirá algún intento de generalización.

1. Adquisiciones onerosas de bienes mediante contraprestación en parte privativa y en parte ganancial.

a) Artículo 1.354 CC: «*Los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas*».

El artículo 1.354 lo que hace —dice MARTÍNEZ SANCHIZ— es dividir el bien en dos partes afectas cada cual a un régimen jurídico diferente, sin que por ello exista una comunidad al no haber titularidades concurrentes (198). Obsérvese que el patrimonio ganancial puede considerarse como un patrimonio autónomo sometido a un régimen jurídico especial que se manifiesta con toda su fuerza en el momento de la liquidación. No es este lugar para entrar en el tema de la discutida naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales. Sin embargo, comparto con el autor citado la idea de que los bienes gananciales constituyen un conjunto, una universalidad, lo que implica una unidad de destino, pero no necesariamente una cotitularidad en sentido clásico. «Del artículo 1.344 sólo cabe derivar que la sociedad de gananciales es, constante matrimonio, un instrumento de comunicación, ya que a su través los bienes gananciales serán atribuidos por mitad al tiempo de la disolución» (199).

Nos interesa en estos momentos lo que ocurre si, según el esquema del artículo 1.354 CC, la parte de precio o contraprestación privativa se refiere a un bien donado, o a lo subrogado en su lugar, de aquéllos que entran en el ámbito del 812.

En el momento de la liquidación, si el bien es indivisible surgirá una comunidad en la que serán comuneros: el donante en virtud del derecho de reversión en la proporción en que el dinero o el bien donado o su subrogado hubiese contribuido a la adquisición del bien; el cónyuge del donatario en la parte que le corresponda en virtud de la liquidación de gananciales —y que puede ser la totalidad de la porción ganancial o nada—, pues una parte

---

(198) MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A.: «Casos dudosos de bienes privativos y gananciales», *AAMN*, 1983, pp. 371-372.

(199) *Idem*, p. 361.

del bien era ganancial; y los herederos del donatario en la parte que se atribuya a éste al liquidar los gananciales —que podría llegar a ser toda o quedarse en nada—, por el mismo motivo anterior.

Si el bien fuera divisible podría el donante recibir una parte del mismo de valor proporcional a la medida en que el bien donado o su subrogado hubiera participado en la adquisición.

Por supuesto, las soluciones anteriores exigirían la certeza de que había sido el dinero donado o el procedente de la venta de lo donado el empleado en la adquisición del bien de que se trata, y no otro dinero privativo del donatario, lo que es sumamente difícil, pues al ingresar una cantidad de dinero en su patrimonio, normalmente no conserva su individualidad (salvo ciertos casos, como por ejemplo que se realice un depósito bancario, etc.), de modo que sólo la voluntad del donatario podría indicarnos si era a costa del valor donado o de otro que quería adquirir el bien ganancial. Criterio éste de difícil precisión y que daría lugar a gran inseguridad.

VALLET señala, como ya hemos visto en otro lugar, que la subrogación del dinero por las cosas compradas (*res succedit loco pretium*) no parece admisible en general, aunque se admite en los siguientes casos: si, a falta de dinero en la herencia, se acredita que el precio de las cosas donadas al descendiente y vendidas por éste, hubiere sido reinvertido en bienes conservados en el caudal; y si, en el acto de la compra, fue prevista expresamente la subrogación.

La solución variaría según la tesis de que se parta en cuanto al juego de la subrogación en el 812, pues si se estima que la donación de dinero o la subrogación de dinero en lugar de lo donado, por su venta, da siempre lugar a una subrogación de valor y no real, el reversionante no tendría ningún derecho real sobre el bien, sino que debería obtener una cantidad de dinero a costa del patrimonio del donatario, que no tendría por qué realizarse sobre dicho bien. De la reversión de tal valor no respondería un bien concreto, sino el total patrimonio del donatario (art. 1.911 CC), después de liquidar los gananciales y pagar a los acreedores del mismo.

b) Artículo 1.356 CC: «*Los bienes adquiridos por uno de los cónyuges, constante la sociedad, por precio aplazado, tendrán naturaleza ganancial si el primer desembolso tuviera tal carácter, aunque los plazos restantes se satisfagan con dinero privativo. Si el primer desembolso tuviere carácter privativo, el bien será de esta naturaleza*».

Artículo 1.358 CC: «*Cuando conforme a este Código los bienes sean privativos o gananciales, con independencia de la procedencia del caudal con que la adquisición se realice, habrá de reembolsarse el valor satisfecho*

*a costa, respectivamente, del caudal común o del propio, mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación».*

El supuesto está relacionado con el anterior en el sentido de que se trata de la adquisición de un bien mediante contraprestación en parte privativa y en parte ganancial.

La naturaleza del primer desembolso determina la del bien adquirido a plazos: si el primer desembolso es privativo, el bien será privativo. Si el primer desembolso es ganancial, el bien será ganancial. Junto a ello nacen unos derechos de reembolso en favor del patrimonio que ha costeado parcialmente la adquisición sin que el bien se integre en el mismo. Se trata de evitar injustos enriquecimientos en favor del patrimonio que absorbe el bien.

Vamos a comenzar refiriéndonos a aquel supuesto en que se paga el primer plazo con dinero ganancial y el resto con dinero procedente, directamente o por subrogación, de una donación que entre en el ámbito del 812.

En este caso, según el artículo 1.356, el bien es ganancial. Pero, por aplicación del artículo 1.358, el donatario tendría un derecho de crédito frente al patrimonio ganancial para reembolsarse el valor de lo satisfecho con sus bienes privativos. El donante, a la hora de efectuarse la reversión, ¿tendría derecho sobre dicho bien ganancial o tan sólo funcionaría la reversión de una cantidad de dinero en virtud de una reversión de valor, o del derecho de crédito frente al patrimonio ganancial? La respuesta deriva de la relación de datos más complejos de los que a simple vista aparecen.

Lo primero que habría que llevar a cabo es la liquidación de gananciales. Siendo el bien de que tratamos ganancial podría ocurrir: que fuera adjudicado por entero al donatario, a su herencia; que fuera adjudicado por entero al cónyuge del donatario; o que fuera adjudicado por partes. En el caso de que el bien fuera adjudicado por entero al cónyuge del donatario, no podría revertir dicho bien, ni siquiera parcialmente. ¿En qué se concretaría entonces la reversión? El donatario tenía un derecho de reembolso frente al patrimonio ganancial que, al liquidar éste, habrá debido serle abonado. El ascendiente tendrá derecho a la reversión de una cantidad de dinero, cantidad que debe coincidir en su valor con la recibida por el donatario como consecuencia del ejercicio de aquel derecho de reembolso. Y ello porque tal derecho se subrogó en lugar de lo donado y la cantidad en que se tradujo ocupó finalmente su lugar. En realidad, al tratarse de un derecho de crédito frente al patrimonio ganancial, más que tal derecho de crédito propiamente dicho, se trata de una relación de ajuste contable interno entre un patrimonio privativo y otro común. De otro modo, podríamos estar afirmando que, al menos en parte, el donatario es acreedor de sí mismo. De ahí también que lo que revierta no sea este derecho de reembolso sino un valor traducible en dinero.

Pero, ¿y si el bien ganancial ha sido adjudicado en todo o en parte al donatario? Ya conocemos la teoría basada en la literalidad del artículo 812, según la cual procede la reversión del mismo bien donado si la cosa donada se enajenó y volvió después al donatario por cualquier título, idea que ha sido llevada hasta el punto de afirmar que si los objetos donados y vendidos vuelven por cualquier título al patrimonio del donatario, la reversión afectará a los mismos bienes y no al precio que por su venta se obtuvo. En su momento nos mostramos contrarios a esta tesis. El supuesto, que en apariencia parece encajar en la situación descrita, responde, sin embargo, a un esquema completamente diferente. Obsérvese que el dinero donado sale del patrimonio privativo del donatario, subrogándose en el lugar que ocupaba un «derecho de crédito» frente al ganancial. Pero lo que se adquiere con ese dinero es un bien ganancial y el mismo donatario, junto con su cónyuge, es titular del entero patrimonio ganancial. Finalmente, con la liquidación de gananciales, resulta que se le adjudica todo o parte del bien. Partamos, por simplificar, de que se le adjudica todo. Recuérdese que el dinero procedente de la donación sólo ha constituido una parte de la contraprestación entregada a cambio del bien de que se trata. ¿Se entiende que una parte de dicho bien se ha subrogado en lugar del dinero donado? Téngase en cuenta que el hecho de que el bien ganancial sea adjudicado al donatario no significa que éste además no se reembolse del valor con que contribuyó a la adquisición del bien. Pues la adjudicación derivada de la liquidación de gananciales responde a una serie de operaciones contables, de modo que en total él habrá obtenido la mitad de los gananciales y su cónyuge la otra mitad, y si no se le reembolsara en virtud del 1.358 se habría producido un enriquecimiento injusto del cónyuge del donatario. Pienso que debería revertir la parte del bien, divisa o indivisa, proporcional a la participación del dinero donado en su adquisición sólo si es claro que ese bien concreto fue el adquirido parcialmente con el dinero donado o con el subrogado en lugar de lo donado. De otro modo, mientras los herederos del donatario no demostraran que el dinero donado había sido consumido, se produciría una subrogación de valor.

A ello parece conducir el espíritu del artículo 812 que persigue la recuperación en primer lugar de lo donado; si esto no es posible, por haber salido del patrimonio del donatario, de lo que específicamente entró en dicho patrimonio a cambio de lo donado; y sólo si no se puede determinar un bien concreto subrogado pero está demostrado que a la salida del bien o valor donado acompañó la correlativa entrada de un activo patrimonial, se produciría una subrogación de valor.

El artículo 1.356 contempla un segundo supuesto, en el que se incluiría el caso de que se pague el primer plazo con dinero procedente de donación de las que abarca el 812 y el resto con dinero ganancial. El bien es priva-

tivo. Existirá un derecho de crédito de la sociedad de gananciales frente al donatario y no frente al donante. Imagínese que es el único bien que queda en la herencia y que, desvalorizado, no basta para cubrir la reversión y, además, el derecho de crédito del otro cónyuge por su parte de gananciales. Pienso que debería prevalecer el derecho de crédito del cónyuge sobre el derecho de reversión, pues el pago a los acreedores es preferente a tal derecho, y ello partiendo tanto de una tesis sucesoria como convencional de la reversión. Afirmación esta última que puede chocar a más de uno y que argumentamos en su momento. El donante tendrá derecho a la reversión del bien adquirido reintegrando a la herencia del donatario el valor que se satisfizo con bienes gananciales o bien, a su elección, revertirá el valor —computado en el momento de fallecer el donatario— de la parte del bien que proporcionalmente corresponda a la cuantía en que contribuyó el dinero donado y que puede no coincidir con la cantidad de dinero donada.

2. Atribución voluntaria de ganancialidad. Artículo 1.355 CC: «*Podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga.*

*Si la adquisición se hiciere en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes».*

Piénsese, p. ej., en la venta del bien donado a uno de los descendientes por su padre o su permuta. O la posterior adquisición de un bien con el precio obtenido en dicha venta. Los cónyuges, de común acuerdo, pueden atribuir la condición de gananciales a los bienes así adquiridos (200). La libertad de los cónyuges para atribuir el carácter ganancial a un bien no está limitada por el potencial derecho de reversión del ascendiente donante, sino que entra dentro de la libertad de disposición del donatario, dando lugar a un fenómeno de subrogación.

En base al artículo 1.323 CC podría entenderse que los cónyuges pueden atribuir la condición de ganancial a cualquier bien privativo, adquirido a título oneroso o gratuito. Podríamos encontrarlos con una causa *donandi, solvendi*, etc.

Si los cónyuges atribuyen la condición de ganancial a un bien subrogado en lugar de lo donado, adquirido a cambio de lo donado, o a cambio del precio obtenido por la venta de lo donado, como la contraprestación del

---

(200) Y no sólo en el momento de la adquisición, sino en cualquier momento, aunque al respecto no hay acuerdo en la doctrina.

bien que se acuerda ganancial ha sido privativa (procedente de la donación o de lo subrogado en lugar de lo donado), en principio según el artículo 1.358 CC, nace un crédito de compensación o reembolso en favor del cónyuge donatario. En este supuesto, si tal cónyuge fallece sin posteridad, cumpliéndose los requisitos del 812, ¿sobre qué operará la reversión? De nuevo podría aquí pensarse que la solución depende de si tal bien, como consecuencia de la liquidación de gananciales, se adjudica finalmente al donatario o no. Sólo en el primer caso podría sostenerse que es el mismo bien el que debe revertir, aunque la conclusión es opinable. Por el contrario, si el bien se adjudica al otro cónyuge, puede entenderse que se habrá producido una subrogación de valor, y que dicho valor deberá revertir al donante a costa del patrimonio del donatario.

Si el bien se adquirió con el dinero donado o a cambio de lo donado y aun así los cónyuges le atribuyen el carácter de ganancial, esto puede responder al ánimo de liberalidad del donatario que realiza una atribución a título gratuito al otro cónyuge (la mitad del bien, pues los gananciales son comunes), o puede obedecer a razones distintas: p. ej., *causa solvendi o causa credendi*. Sea como sea, entra el acto dentro de la libertad de disposición del donatario. Si finalmente el bien no le es adjudicado, se habrá producido una subrogación de valor o no. La *causa solvendi o donandi*, etc. de la atribución de carácter ganancial influye de modo determinante en el derecho de reversión. Así, si la atribución de ganancialidad constituyó una donación, lo cual no se presume, quedará excluida la reversión en la mitad del valor del bien. Si se trató de una causa solvendi el tratamiento será el mismo que el de una dación en pago, respecto, nuevamente a la mitad del valor del bien que se hace ganancial.

3. Mejoras introducidas en bienes privativos. Artículo 1.359: «*Las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes gananciales y en los privativos, tendrán el carácter correspondiente a los bienes que afecten, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho.*»

No obstante, si la mejora hecha en bienes privativos fuese debida a la inversión de fondos comunes o a la actividad de cualquiera de los cónyuges, la sociedad será acreedora del aumento de valor que los bienes tengan como consecuencia de la mejora, al tiempo de la disolución de la sociedad o de la enajenación del bien mejorado».

Artículo 1.360 CC: «*Las mismas reglas del artículo anterior se aplicarán a los incrementos patrimoniales incorporados a una explotación, establecimiento mercantil u otro género de empresa.*»

Si el bien donado es mejorado a costa del patrimonio privativo del cónyuge del donatario, éste tendrá una acción de reembolso por el valor satisfecho. Pero, el incremento de valor del bien, muerto el donatario sin

posteridad, ¿corresponderá al ascendiente donante en virtud del derecho de reversión, o, por el contrario, formará parte de la herencia del donatario debiendo repercutir en beneficio de los herederos del mismo? A esta cuestión ya nos hemos referido en otro lugar.

Si el bien donado es mejorado a costa del patrimonio ganancial o por la actividad de cualquiera de los cónyuges, la sociedad de gananciales será acreedora de la plusvalía, contra el patrimonio del donatario. Pero dicha plusvalía, ¿beneficiará, revertirá al donante?. De nuevo nos remitimos al lugar en que han sido tratadas estas cuestiones.

4. Presunción de ganancialidad. Artículo 1.361 CC: «*Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer*».

Diferente alcance en relación con el 812 según se estime que éste contiene una subrogación de valor o no. En el primer caso bastaría con probar que se hizo una donación por ese valor para enervar el 1361. En el segundo caso habría que probar que se donó un bien determinado o que el que existe en el patrimonio del sujeto es el resultado de una subrogación o de una cadena de ellas. En ocasiones ya sabemos que la subrogación de valor opera sólo si no consigue demostrarse que se ha producido una específica subrogación real y siempre que los herederos del donatario no demuestren que el bien o valor donado fue consumido por éste.

El artículo 1.361, favorecerá, por otra parte, el menor valor del patrimonio del donatario en beneficio del cónyuge viudo y en perjuicio del ascendiente con derecho a reversión, desde el momento en que si no se prueba lo contrario, de los bienes que deje al morir sólo le corresponderá la mitad, pues se presumen gananciales, con presunción *iuris tantum*.

5. Confesión de privaticidad. Artículo 1.324 CC: «*Para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos, será bastante la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges*».

La confesión no afectará al ascendiente reversionante, aunque éste, en principio, no es acreedor, sino que adquiere automáticamente, pero es tercero a los efectos de este artículo.

Vistos los anteriores supuestos cabría formular en este momento algunas consideraciones de carácter ganancial atinentes a la relación entre sociedad de gananciales y reversión legal de donaciones y a la solución del conflicto entre los distintos intereses en juego. En primer lugar hay que proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales, hay que pagar al cónyuge para ver lo que queda en el patrimonio del donatario y sobre eso que queda actuará, en su caso, la reversión. Los derechos de crédito del cónyuge en virtud de las reglas vistas, serán preferentes, pues la reversión *ex* artícu-

lo 812 sólo opera después de pagar a los acreedores y determinar el patrimonio propio del donatario y sólo del donatario. Más compleja es la cuestión de los derechos de crédito del donatario frente a su cónyuge o a efectos internos de su patrimonio privativo frente al ganancial. En cuanto al objeto de la reversión, funcionan las reglas generales expuestas en páginas anteriores: si se consigue demostrar que el bien donado o subrogado en lugar de lo donado o que el dinero donado o el subrogado en lugar de lo donado ha salido del patrimonio del donatario a cambio de la entrada de un bien concreto, o de la mitad de un bien concreto, o de una cuota cualquiera en un bien concreto, habrá que entender que se ha producido una subrogación real y a ese bien concreto afectará la reversión. En otro caso, ante problemas de identificabilidad, habrá que entender que ha tenido lugar una subrogación de valor, salvo que los herederos del donatario demuestren que el bien o valor donado o subrogado en su lugar fue consumido por el donatario, en el sentido de que salió del patrimonio del donatario sin entrada correspondiente de activo, lo que excluiría la reversión. Ciertamente, el tema de la carga de la prueba cobra una importancia extraordinaria, sobre todo en un tema en que la prueba es difícil, jugando la articulación de dicha carga en beneficio del reversionante, pues favorece la subrogación de valor, ante la dificultad, en muchas ocasiones, de demostrar que el bien o valor se consumió. Así, cuando se dice que el valor revertible es lo último que se consume en el patrimonio del donatario, debería entenderse que esto es así salvo prueba en contrario, aunque muchas veces se trate de una prueba diabólica.

MARÍA DOLORES MAS BADÍA  
Profesora Titular de Derecho civil

De nuevo con la colaboración  
entre Notarías y los Registros  
de la Propiedad: Breves comentarios  
al Real Decreto 2537/1994,  
de 29 de diciembre,  
sobre colaboración entre las Notarías  
y los Registros de la Propiedad  
para la seguridad del tráfico jurídico  
inmobiliario

*SUMARIO:* I. INTRODUCCION.—II. ANALISIS DEL ARTICULO 175 DEL REGLAMENTO NOTARIAL.—III. EL ARTICULO 249 DEL REGLAMENTO NOTARIAL.—IV. LAS MODIFICACIONES EN EL REGLAMENTO HIPOTECARIO: A) EL ARTICULO 354.A) DEL RH; B) EL ARTICULO 418 DEL RH. LOS ARTICULOS 418.A) Y 418.C).—V. EL ANEXO TERCERO DEL REGLAMENTO NOTARIAL, ARTICULOS 5 Y 15.—VI. LA DISPOSICION ADICIONAL UNICA, LA TRANSITORIA, LAS DEROGATORIAS Y LAS FINALES.—VII. CONCLUSION.

## I. INTRODUCCION

Un nuevo Real Decreto, el 2537/1994, de 29 de diciembre, por el que se modifican determinados artículos de los Reglamentos Notarial e Hipotecario sobre colaboración entre las Notarías y los Registros de la Propiedad para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, ha sido publicado en el *BOE* el 24 de enero de 1995 y con entrada en vigor el 1 de marzo de 1995.

En congruencia con el título de este pequeño trabajo, hablamos de estudiar de nuevo una norma que ya regulaba esta colaboración en el Real Decreto 1558/1992, de 18 de diciembre, y en su desarrollo en la Orden del Ministerio de Justicia de 2 de agosto de 1993. En su momento ya tuvimos ocasión de comentar aquellas normas, en toda su extensión y los problemas que éstas planteaban cara al quehacer de nuestros despachos profesionales (1).

El presente Real Decreto consta de ocho artículos, una Disposición Adicional única, una Disposición Transitoria única, tres Disposiciones Derogatorias y dos Disposiciones Finales. En las mismas se da una nueva redacción a los artículos 175 y 249 del Reglamento Notarial, se introduce el artículo 345.a) en el Reglamento Hipotecario; se da nueva redacción al artículo 418 del Reglamento Hipotecario, añadiendo un párrafo segundo al artículo 418.a) del mismo, y se da una nueva redacción al apartado I del artículo 418.c) del Reglamento Hipotecario.

Por otro lado se añade un inciso al artículo 5 del anexo tercero del Reglamento Notarial, y se añade también un párrafo segundo al artículo 15 del anexo tercero del mismo cuerpo legal, estableciéndose una entrada en vigor para el 1 de marzo de 1995 y derogándose expresamente el Real Decreto 1558/1992, de 18 de diciembre, y la Orden del Ministerio de Justicia de 2 de agosto de 1993.

Por último, indicar la publicación de la corrección de errores del Real Decreto en el *BOE* de 22 de febrero, es una cuestión trascendental, y de la que luego tendremos ocasión de analizar, como es la del apartado 2 del artículo 249 del RN, relativo a la remisión de algunos datos de las escrituras, al Registro de la Propiedad, a los efectos de que el registrador practique el asiento de presentación. En el texto publicado aparecía que el notario remitirá, mientras que en la corrección de errores se intercala el párrafo de, por su propia voluntad o necesariamente cuando así lo solicite el interesado. No entramos, aquí en el procedimiento que se ha utilizado para llegar a esa transformación de la frase, aunque de todos modos, bienvenido sea, ya que si esto no se hubiese modificado hubiese planteado graves problemas; también en esta corrección de errores se hacen algunos cambios, pero ya son simplemente más de estilo.

En esta primera introducción se ha de indicar que algunas de las cuestiones y puntos que en su momento tuvimos ocasión de tratar con el anterior Real Decreto, son válidas y siguen teniendo actualidad en los problemas que

---

(1) Vid. nuestro trabajo: «Breve estudio del Real Decreto 1558/1992, de 18 de diciembre, sobre colaboración entre las Notarías y los Registros de la Propiedad para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario», en *Boletín de información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, junio 1993, núm 150, págs. 1455 y sigs.

se presentan a diario, si bien es cierto que algunas han quedado aclaradas, o simplemente matizadas, e incluso otras arregladas como es el supuesto de la posibilidad de enviar los datos de la escritura, aunque el Registro de la Propiedad se encuentre en la misma población donde se ha autorizado la misma.

Los planteamientos generales que hicimos en su momento, referentes a la filosofía del cuarto Congreso Notarial celebrado en Madrid en abril de 1991, en la que se ponía de manifiesto la necesidad de reducir al mínimo los posibles fraudes en las transmisiones inmobiliarias, siguen siendo válidos en nuestro comentario; así como la conclusión final a la que llegábamos de la necesidad de establecer un cierre registral, o mejor aún, una reserva de rango, por ser éste el mecanismo más adecuado para cerrar todo el ciclo, desde el otorgamiento de la escritura hasta la fase definitiva de inscripción en el Registro de la Propiedad, consiguiendo con ello una total seguridad para la persona del adquirente o del que constituye un derecho real sobre el bien inmueble (2).

A pesar de todos los argumentos favorables dados en este sentido por el Congreso Notarial, incluso por autores que han tratado el tema como MARTÍNEZ PIÑEIRO, o MEZQUITA DEL CACHO, el nuevo Real Decreto no se atreve a entrar de lleno para atacar el problema de raíz, y por lo tanto dar la solución adecuada del cierre registral o de la reserva de rango, reserva que nos parece más adecuada al cierre registral.

De nuevo el intento de nuestro trabajo va a ser el reflexionar sobre la oportunidad o no de la reforma, así como analizar si los mecanismos buscados han sido los más adecuados para el fin perseguido, y en definitiva afrontar la reforma con la inmediatez a las que nos tiene acostumbrado desde época reciente el legislador. También será inevitable hacer continuas referencias al primer Real Decreto del año 1992, y a la Orden de 1993 que han sido las primeras normas reguladoras de la colaboración entre Notarías y Registros de la Propiedad para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario.

En el preámbulo de la norma se hace referencia a estas normas ya derogadas, así como también a la experiencia sacada por una Comisión paritaria de notarios y registradores, que se han traducido en conclusiones precisas y meditadas.

Este propio preámbulo determina como declaración de principios lo siguiente: «... en la norma se han conjugado por una parte la necesidad de obtener con celeridad información del Registro de la Propiedad, y la de incorporar al mismo con igual prontitud la actuación notarial, y por otra la

---

(2) Vid. mi trabajo, *ob. cit.*, págs. 1457 a 1460.

necesidad de conceder al registrador el tiempo mínimo indispensable para que pueda obtener y ofrecer una información exacta y del máximo rigor del contenido de los asientos registrales».

Lo importante en todo caso será analizar si hemos dado un paso adelante para solucionar verdaderamente los problemas, o si más bien estamos dando vueltas en torno a una misma espiral, sin llegar a la solución adecuada y correcta. Sin adelantarme en un juicio previo, podemos indicar que en nuestra opinión se ha querido dar un paso más hacia adelante, pero sin aún conseguir el fin apetecido.

## II. ANALISIS DEL ARTICULO 175 DEL REGLAMENTO NOTARIAL

Como hemos indicado el Real Decreto da una nueva redacción al artículo 175 del Reglamento Notarial, que como bien sabemos sufrió un cambio o giro copernicano del primitivo, a través del Real Decreto de 1992.

La filosofía del artículo 175, en su nueva redacción, tiene el mismo esquema y la misma intencionalidad que el ya derogado, con algunas modificaciones que ahora veremos, y con algunas omisiones que creemos eran esenciales y que estaban mejor contempladas en el anterior.

El artículo 175 establece lo siguiente: «1.º El notario, antes de autorizar el otorgamiento de una escritura de adquisición de bienes inmuebles o de constitución de un derecho real sobre ellos, deberá solicitar del Registro de la Propiedad que corresponda la información adecuada mediante un escrito con su sello, que podrá remitirse por cualquier procedimiento, incluso telefax. El otorgamiento de la escritura deberá realizarse dentro de los diez días naturales siguientes a la recepción por el notario de la información registral». El cambio fundamental es el de mayor plazo que se concede en cuanto a la vigencia de la información del Registro, ya que antes era de cuatro días hábiles, y ahora se da un plazo de los diez días naturales siguientes a la recepción por el notario de la información registral.

Nos parece positiva la ampliación de este plazo, ya que la experiencia dio muchas veces la necesidad de volver a pedir información registral, por diversos motivos, pero uno de ellos es por la no comparecencia de los otorgantes en el día que se tenía calculado para la firma de la escritura.

Nos parece también positivo que el plazo empiece a contarse en el día siguiente a la recepción por el notario de la información registral; con ello entendemos que será ese día de la recepción el que sirva de punto de referencia, con independencia que la fecha expedida por el Registro en la información registral, sea por ejemplo, un día anterior; con ello también se evitan interpretaciones, que dejaban duda sobre el cómputo y sobre todo con las fechas.

Queda aún el plantearse si el notario, como ya hicimos en su momento, puede acudir a otra forma de acceder a la información registral, no en cuanto al medio que utilice, es decir, por medio de telefax o por otro medio, que eso ya lo establece el propio artículo 175, sino también si el notario podrá cumplir con el Real Decreto a través de la manifestación del libro; de la dicción literal parece que el notario debe tener esa información, que curiosamente no llama nota simple informativa sino que continuamente habla de información registral, y en algún caso utiliza la palabra nota, sin más calificativos, únicamente a través de la vía de la que suministre el propio registrador a través de la nota que éste le remita, y no por otro medio de publicidad formal, establecido en el RH.

En este sentido conviene analizar las características de esta nota, en definitiva de la información, y como consecuencia de ello el valor que se establece para la misma. Recordemos el artículo 332 del Reglamento Hipotecario, y la instrucción del Centro Directivo de 5 de febrero de 1987, que permitió que la nota simple informativa pudiera expedirse excepcionalmente mediante fotocopia. Quizá, no sea ahora el momento de analizar la esencia y naturaleza de lo que el Reglamento Hipotecario entiende por nota simple, aunque de una lectura del 332 se desprende que ésta no ofrece garantía.

La pregunta es: ¿Ha dado un paso más el legislador en este Real Decreto para que esta información del Registro, a través de la nota que expide tenga un mayor valor u ofrezca una mayor garantía que la regulada en el artículo 332 del Reglamento Hipotecario? Para dar respuesta a esta pregunta, la redacción que se da al artículo 354 del Reglamento Hipotecario en su letra *a*) en su número dos, se establece: «la información que el registrador formalizará bajo su responsabilidad en una nota en la que se transcribirá la descripción de la finca (...) deberá comprender no sólo los datos del folio (...) sino también las solicitudes de información respecto de la misma finca recibidas de otros notarios...»

De esta primera lectura aparece la frase que el registrador formalizará bajo su responsabilidad en una nota. No se hace mención a que sea una nota simple, sino se habla de nota a secas; podría pensarse que las notas simples antes expedidas, tanto la del Real Decreto como las expedidas a los particulares, no se daban bajo la responsabilidad del registrador, pero en cambio con esta reforma se quiere exigir un mayor grado de compromiso en cuanto a la expedición. Aunque aparentemente esto pueda deducirse, yo no lo veo tan claro, ya que el legislador debería haber indicado que esta nota tendrá garantía; otro tema será el de si esa garantía lo es sólo frente al peticionario o frente a terceros; puesto que si lo es también frente a terceros la conexión, o mejor dicho la identificación con la certificación registral es casi total, ya que ésta ofrece esa garantía frente al peticionario y frente a todos, de la

exactitud del contenido de la misma en relación o conexión con los libros del Registro.

En nuestra opinión se ha dejado todo en el aire, difuminándose la auténtica garantía o valor que creemos debería de tener esta nota, ya que lo que sí sabemos es que los artículos 332, 333 y 334 del RH desarrollan la manifestación de los libros del Registro, contenida con carácter general en el artículo 222 de la LH, y que según esos artículos citados, consideraran como una variedad de la manifestación de los libros, a las notas simples informativas, indicándose que éstas no expiden sin garantía. No se expresa con claridad si esta nota tiene esa doble garantía antes indicada, sino simplemente se habla de la responsabilidad del registrador, aunque creo que esta responsabilidad debería existir siempre, ya que todo documento que sale del Registro lo debe ser bajo la responsabilidad del registrador, aunque existan, por así decirlo, varios grados de responsabilidad en consonancia con el valor y eficacia que ese documento pueda tener, o mejor dicho, pueda ser oponible frente a terceros, o simplemente frente a algunos.

En este sentido, el Real Decreto no deja claro el tema, aunque particularmente pensamos que lo debería haber hecho, dando a esta nota de la información registral un valor claramente superior en el aspecto de la garantía que ofrece esa información, en definitiva, a la dicción que se establece en el artículo 225 de la LH, en relación con las certificaciones registrales, que establece: «La libertad o gravamen de los bienes inmuebles o derechos reales sólo podrá acreditarse en perjuicio de tercero por certificación del Registro».

Algo parecido es lo que a mí me hubiese gustado leer en la reforma, referido a la información registral solicitada por los notarios para la colaboración entre las Notarías y los Registros de la Propiedad, y eso no lo veo claramente.

Una cosa es la responsabilidad, y otra los efectos o garantías que ofrece un determinado documento, bien interpartes, o bien frente a terceros. Lo que sí es cierto es que no se trata sólo de una nota simple informativa, además de su denominación, que ya no es el de nota simple, por el juego que ofrece, por la información continuada, aunque en los anteriores textos, tanto en el Real Decreto como en la Orden, ya se dotaba de esa información continuada, ahora mucho más clara y perfeccionada.

En definitiva, que no se deben echar las campanas al vuelo por la frase: bajo su responsabilidad, si con ello no se delimitan claramente otros factores, ya que podemos encontrarnos en las futuras notas expedidas, la frase: bajo la responsabilidad del registrador y sin garantía. Un argumento, de interpretación literal del nuevo texto, es que no se habla de nota simple informativa, sino, como ya hemos repetido, de nota a secas, en el nuevo

artículo 354.a).2 del RH, y por ello ya no se puede encajar la misma en el artículo 332 del RH, que no daba garantía, sino que estamos ante otra nueva forma de publicidad formal del Registro, en un escalón intermedio, pero que en nuestra opinión no llega al de la certificación, aunque por la importancia de la reforma y su finalidad debería haberse establecido con una claridad meridiana que evitara especulaciones y dar vueltas para algo que tiene que ser obvio, si queremos ser congruentes, en lo que se denomina seguridad del tráfico jurídico inmobiliario.

El informe que realizó la Junta de Decanos, sobre el texto que le presentaron en su día, establecía en este tema lo siguiente: «... y que se dota a la información registral de mayor eficacia que la mera nota simple informativa remitida en la actualidad, al disponer que la información la formalizará el registrador en una nota bajo su responsabilidad. Este sistema confiere seguridad a la información, sin necesidad de someterse a los mecanismos formales y a los efectos registrales de la certificación...»

El número dos del artículo 175 exige de la obligación de solicitar la información en los siguientes casos: cuando se trate de actos de liberalidad, cuando el transmitente del bien o constituyente del derecho sea una entidad de derecho público, cualesquiera que fuera su ámbito y naturaleza, y *cuando el adquirente del bien o beneficiario del derecho se declare satisfecho por la información resultante del título, de las afirmaciones del transmitente, y por lo pactado entre ellos, siempre que, además, haga constar la urgencia de la formalización del acto en la escritura que autorice y todo ello sin perjuicio de que el notario podrá denegar su actuación si no considera suficientemente justificada la urgencia alegada o si alberga dudas sobre la exactitud de la información que posee el adquirente.*

Comparando este texto con el anterior, en un primer momento puede parecer similar, pero ofrece algunas diferencias dignas de mención. En lo relativo a los actos de liberalidad, o cuando el transmitente del bien o constituyente del derecho sea una entidad de derecho público, la similitud es grande. Creemos que se ha perfeccionado el texto, ya que se habla por una parte de adquisición de bienes, transmitente, constitución de un derecho real o constituyente; términos estos que tienen una fineza jurídica, y una concreción técnica más específica que el anterior texto, que hablaba de transmisión o gravamen.

Incluso, parece oportuno la referencia que se hace a la Entidad de Derecho Público que sea constituyente del Derecho, cuando antes solamente se hablaba de que fuera disponente. También parece lógica la referencia genérica a que la entidad sea de Derecho Público, sin necesidad de especificar como hacía el texto anterior si es el Estado, o una Comunidad Autónoma, etc., ya que con la frase Entidad de Derecho Público quedan

cubiertas todas las modalidades y posibilidades de personas jurídicas públicas, disponentes o constituyentes de un derecho real (3).

El apartado *c)* de este artículo, en su número dos, es el que en nuestra opinión ha variado. Según la redacción actual, tampoco estará el notario obligado a pedir información registral cuando el adquirente del bien o beneficiario del derecho se declare satisfecho por la información resultante del título, de las afirmaciones del transmitente y por lo pactado entre ellos, siempre que, además, haga constar la urgencia de la formalización del acto en la escritura que autorice, y todo ello sin perjuicio de que el notario podrá denegar su actuación si no considera suficientemente justificada la urgencia alegada, o si alberga dudas sobre la exactitud de la información que posee el adquirente.

En relación con el texto anterior sabemos que el antiguo artículo 175 establecía la excepción, cuando el adquirente declarara su voluntad de prescindir de la información registral, por su conocimiento de la situación jurídica del inmueble; en conexión con ello, la Orden ya derogada, a la que hemos hecho referencia de 2 de agosto de 1993, introdujo un supuesto, que nosotros en su momento ya habíamos criticado, incluso cuando sólo había un proyecto de Orden, y es que también se eximía al notario de obtener la información del registro en los casos: «... que por obstáculos materiales no pueda obtenerse la información registral (...) y además existan razones de urgencia o necesidad por parte del adquirente, pudiendo ser autorizada la escritura».

Esta era la situación anterior con el Real Decreto y con la Orden Ministerial. Ante el nuevo texto del 175 en este apartado III conviene hacer alguna reflexión sobre el control del notario, en definitiva, el aspecto más conflictivo que es el del artículo 175 punto dos, letra *c)*. En el informe sobre el entonces proyecto de Real Decreto realizado por el Consejo General del Notariado de fecha 23 de mayo de 1994, se establecen en este punto una serie de circunstancias que quizá puedan aclarar el tema. El Consejo General estaba, en este informe, haciendo una exposición del texto que había sido remitido por el Ministerio de Justicia.

En ese texto primitivo, el punto *c)*, es decir, cuando el notario no está obligado a solicitar dicha información, entre otros casos decía: «cuando el adquirente, por razones de urgencia de la que se dejará constancia en la escritura, se declara satisfecho por la información resultante del título, de la afirmación del disponente y por lo estipulado al respecto». En consonan-

---

(3) En este sentido, el informe emitido por el Consejo de Estado sobre el Real Decreto determina en este punto de las Entidades de Derecho Público, la conveniencia de no especificar cuáles son, por ser ésta una técnica más depurada. Sugerencia esta que se ha tenido en cuenta a la hora de redactar el texto definitivo.

cia con ese texto, decía el Consejo General que, de esa redacción parece desprenderse que corresponde al notario decidir sobre la procedencia de solicitar la información, no obstante, las razones de urgencia alegadas por el adquirente.

«... Esta situación —continuaba diciendo el informe— puede dar lugar, de hecho, a una denegación de funciones no prevista concretamente por la norma, que parece entrar en colisión con el artículo 145 del Reglamento Notarial (...)» —continuaba estableciéndose que— por otra parte conviene adoptar algún tipo de precaución en lo relativo a la renuncia del adquirente, al objeto de impedir que este tipo de renunciaciones sean inducidas por los operadores del tráfico inmobiliario en masa y se generalice.

Para ello el Consejo General intenta armonizar esos dos principios de no denegación de funciones por parte del notario, y a su vez, que la norma no sea excepcionada en una generalidad de casos, y en ese sentido indica que cabría establecer que en el caso de renuncia del adquirente a la información registral, el notario pueda denegar su actuación si la urgencia alegada no es, a su juicio, motivo suficiente, o si alberga dudas sobre la exactitud de las informaciones de los otorgantes en cuanto a la titularidad o cargas del inmueble.

Por último indicaba el Consejo General en relación con la constancia expresa de las razones de urgencia en la escritura, que ello no fuese necesario, ya que, en ocasiones, pueden ser difíciles de concretar, y parece suficiente con que en la escritura se haga constatar la urgencia de la formalización.

De todo lo anterior vemos que en el texto definitivo, efectivamente, el informe del Consejo General ha tenido eco sobre todo en los dos puntos en los que ellos insistían, tanto el de la no denegación de funciones como el de la no aplicación general de una excepción, e incluso creemos también que por el texto definitivo la constancia de la urgencia alegada por el adquirente, ya que el anterior texto parece que se inducía por las razones de urgencia, hay que establecerlas de manera específica o expresa, mientras que con el texto actual no parece éste el sentido.

Ahora bien, con independencia de ello, tanto este apartado *c)*, como el anterior apartado correlativo del artículo 175 ya derogado, no deben o pueden servir de vía de escape para utilizar el principio general de exigir la información registral; por ello es muy difícil, si se abre una puerta, intentar que no se pueda abrir más, ya que creemos, una vez abierta, las ovejas se escapan del redil. De ahí que el texto permite que aunque el adquirente se declare satisfecho de la información, el notario podrá denegar su actuación si no considera suficientemente justificada la urgencia, o si alberga dudas sobre la exactitud de la información. En mi opinión esto, aunque parezca decir mucho, no dice nada, ya que se trata de juicios de

valor, de presunciones, el concepto de urgencia para el notario, que puede ser distinto que para el compareciente que lo alega, o incluso cuáles son las dudas que debe albergar el notario sobre la exactitud de la información que posee el adquirente.

Por ello creemos que aún se cierra más el círculo para la no petición de información registral por el notario, ya que, conforme se encuentra redactado, veo arriesgado y peligroso no pedir esa información registral. En nuestro anterior trabajo sobre este mismo tema ya indicábamos que nos gustara más o menos el procedimiento escogido para garantizar la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, deberíamos los notarios cumplir su espíritu, y que la renuncia debería ser la excepción de la regla general, que era la de la solicitud.

A la vista del nuevo texto, me reafirmo con más fuerza en aquella opinión que sostuve. Un indicador claro de esto es la idea que tiene la Junta de Decanos, y que viene plasmada en la circular que ha elaborado sobre este tema de la colaboración, entre otros argumentos que allí se desprenden está el de la remisión mensual que deberemos hacer los notarios sobre las informaciones que no se han solicitado y las causas de esa no solicitud por supuestos cuando se trate de escrituras que se encuentren en los términos del artículo 175 del RH.

Con independencia de todo lo anterior, creo que el nuevo artículo 175 del Reglamento Notarial se olvida de puntos que antes regulaba acertadamente y que se podían dar en la práctica como los referentes, entre otros aspectos, a que el notario, después de hacer constar el medio utilizado para la información registral y su fecha, debería hacer constar el resultado de la misma información, sin perjuicio de las manifestaciones del transmitente o constituyente sobre la titularidad y cargas que se harían constar en su caso a continuación. Esta posibilidad no aparece reflejada en el actual artículo 175, pero creo que se trata más bien de un olvido o falta de precisión en la redacción, pues debe reflejarse de alguna manera, o bien incorporando esa nota del Registro, o bien reseñando su contenido para que quede alguna constancia.

Está claro que la manifestación del transmitente también habrá que consignarla; no olvidemos que existen muchos supuestos de discordancia entre la realidad jurídica registral y la extrarregistral (a modo de ejemplo, en la práctica puede ocurrir que una hipoteca conste en el Registro en garantía de un préstamo, estando ya en realidad satisfecho y pagado el mismo, y por lo tanto desde el punto de vista jurídico extinguida la obligación principal del préstamo, también lo está la accesoria de garantía hipotecaria; pero aún no se ha otorgado la escritura de cancelación de hipoteca, o incluso otorgada, no se ha presentado en el Registro de la Propiedad). Por este y otros motivos es esencial la consignación de esas

manifestaciones, tanto para la responsabilidad del transmitente como para cubrir en documento la realidad de lo que allí ha acontecido o acaecido.

Otro punto esencial que no aparece regulado en el nuevo artículo 175, pero que en cambio sí estaba previsto en el anterior, es el referente a los supuestos en que constara que de la información registral el inmueble no está inmatriculado, o no se haya inscrito el título acreditativo de la titularidad del disponente al tiempo del otorgamiento; en estos casos, decía el antiguo 175, se harán constar las cargas y gravámenes por lo que resulte de las manifestaciones del transmitente y por lo que aparezca en los títulos que se le exhiban al notario.

Este olvido me parece de poca técnica jurídica. ¿Qué pasa con las fincas no inmatriculadas? Está claro que habrá de basarse en los títulos, en las manifestaciones, lo mismo cuando no esté inscrito el título previo, aunque en este caso ya dijimos en su momento que con una interpretación finalista del 175 habría que pedir, no obstante, la información registral, ya que la finca está inscrita y podría haber cargas anteriores a la entrada del título previo en el Registro, que interesaban al adquirente o al constituyente del derecho. En mi opinión estas lagunas del nuevo artículo 175 deben ser salvadas por los notarios, en el mismo sentido que antes hacíamos, y con las mismas reflexiones y comentarios al analizar el ya derogado artículo 175.

Por último, tampoco aparece la advertencia del notario que se hacía constar expresamente en el sentido de que prevalecerá sobre toda esa información registral o sobre las manifestaciones, la situación registral existente con anterioridad a la presentación en el Registro de la copia de la escritura. Creo que ese principio sigue existiendo, lo quiera reconocer o no el nuevo artículo 175, y debe ser obligación del notario el hacerlo constar y advertir expresamente a los comparecientes; y ello es así porque hasta que no se produzca el cierre del Registro o la otra alternativa, que es la reserva de prioridad de rango, no podemos mantener esa certeza de inmutabilidad del Registro, y que el constituyente o adquirente del derecho no pueda sorprenderse en algunas circunstancias, si bien es cierto que cada vez en las sucesivas reformas se van poniendo pequeños pasos para intentar acortar o disminuir los problemas que plantean los espacios de tiempo desde la petición de la nota, el otorgamiento de la escritura y la inscripción en el Registro de la Propiedad.

El número tres del artículo 175 determina la forma en que deberá solicitarse la información registral por el notario, indicando: «la solicitud de información, que podrá referirse a una o varias fincas, contendrá, además del nombre del notario, su domicilio y número de telefax, la descripción de la finca o fincas con sus datos registrales y situación conocida de cargas, o bien, solamente reseña identificadora en la que se haga constar su natu-

raleza, término municipal de su situación, extensión, linderos, con expresión, según los casos del sitio o lugar en que se hallare, si es rústica, nombre de la localidad, calle, plaza o barrio, el número, si lo tuviere, y el piso o local si es urbana, y si fuesen conocidos los datos registrales de ellas y los del titular registral o al menos los del transmitente». Es interesante que al menos se fijen los criterios mínimos por los cuales establecer el contenido de la solicitud de información, con independencia de que se aprueben o no modelos, circunstancia esta que ha sido ya deshechada, porque en anteriores ocasiones no fue muy provechoso en el sentido de que nunca se sacaron efectivamente esos modelos. En este sentido, la circular de la Junta de Decanos, ya aludida, ha sacado provisionalmente ese modelo, que se ajusta literalmente a los requisitos que establece el Real Decreto.

En el texto primitivo se hablaba de que esa comunicación debería ir firmada por el propio notario, y ya la Junta de Decanos en el informe de referencia indicaba que: «el requisito de la firma resulta un tanto excesivo. No aparece recogido en la regulación actual, y ello no ha ocasionado problema alguno». Es positivo el que la información pueda referirse en la misma solicitud a una o varias fincas, por supuesto siempre y cuando sean para el otorgamiento de una misma escritura; no aclara de manera específica si pudieran ser también las fincas de una o varias personas, que por determinadas circunstancias la transmisión o constitución del derecho debieran hacerse en la misma escritura. En este sentido ya MARTÍNEZ PIÑEIRO, en su momento, pretendió la posibilidad de que se pudieran solicitar la información de varias fincas, aunque pertenecieran a distintas personas (4).

También es acertado el que con el nuevo texto la información pueda ser solicitada por el notario sin expresión de plazo, y esto es lo novedoso para un día determinado dentro de los quince naturales siguientes al de la petición; ello hay que ponerlo en relación con el nuevo artículo 354.a), número 6, que establece: «si el notario solicita expresamente la información para un día determinado, el registrador la enviará el día señalado con referencia a los que resulte del cierre del diario el día inmediatamente anterior». Muchas veces en los despachos notariales se plantean escrituras que por razones de espacio o de tiempo en los comparecientes se perfilan a un día o con un plazo determinado dentro de unos límites temporales. Con esta posibilidad se pueden solucionar algunos casos y evitar la petición, muchas veces continuadas, de informaciones registrales por estar ya caducadas.

---

(4) EDUARDO MARTÍNEZ PIÑEIRO, «Colaboración entre las Notarías y los Registros de la Propiedad (Orden de 2 de agosto de 1993)», en el *Boletín de información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 152, agosto 1993, pág. 2064.

### III. EL ARTICULO 249 DEL REGLAMENTO NOTARIAL

El segundo artículo del Reglamento Notarial que sufre modificación es el artículo 249. El número uno de este artículo, referente al libramiento de copias, la responsabilidad del notario, en cuanto al plazo en que las mismas deben quedar a disposición del adquirente, sigue manteniendo el mismo texto que el anterior y por ello no vamos a hacer ninguna referencia específica. No cabe la menor duda que el tema central de este artículo ha sido el número dos del mismo, referente a la remisión de determinados datos por el notario al autorizar determinadas escrituras. Decimos que ha sido el tema básico porque hasta el miércoles 22 de febrero no ha aparecido la corrección de errores del Real Decreto en el *BOE*.

La historia empieza porque en el día de la publicación del Real Decreto, el martes 24 de enero de 1996, establecía el apartado dos ya citado: «El notario remitirá el mismo día del otorgamiento por telefax o por cualquier otro medio al Registro de la Propiedad competente, comunicación suscrita y sellada de haber autorizado escritura susceptible de ser inscrita, que dará lugar al correspondiente asiento de presentación...»

Este texto era distinto al que se había venido manejando por todos los Organismos implicados, entre ellos, como no, por la propia Junta de Decanos, donde el texto utilizado era que el notario por su propia voluntad o necesariamente cuando así lo solicite el interesado, como única vía para remitir los datos que exigía el asiento de presentación.

La razón de por qué el texto que se publicó en el *BOE* de 24 de enero fuera de esa manera, no la tengo muy clara, aunque puede haber una explicación que deduzco de la documentación que he manejado. En el informe preceptivo que realiza el Consejo de Estado se hacen algunas matizaciones al texto que se remite al propio Consejo de Estado, indicando el informe de este Organismo lo siguiente: «... unida a la conveniencia de alguna precisión, como es el caso de la expresión o inciso por su propia voluntad o necesariamente si así lo solicita el interesado, pues ambos extremos de la alternativa cubren, que se advierta, la totalidad de las hipótesis, careciendo de otra virtualidad que hacer más farragosa la lectura y alejar sujeto y verbo difuminando la obligación de comunicación inmediata...» Como vemos ésta puede ser una interpretación del propio informe del Consejo de Estado, aunque como comentario particular indicaremos que es mucho presumir, lo que quiere que se presuma por el Consejo de Estado, en el que desapareciendo unas frases fundamentales se presume que esas frases se dan por supuestas y sabidas.

Efectivamente, en la corrección de errores se dice que debe ser el notario, por su propia voluntad o necesariamente cuando así lo solicite el interesado, quien remitirá. Y es que además no creo que pudiera ser de otra

manera, aunque el Real Decreto no hubiese sido corregido, no ya sólo por los principios hipotecarios, por el propio sistema jurídico inmobiliario, por la propia teoría del título y el modo, por la no inscripción obligatoria, y sí por el principio de inscripción voluntaria, sino sobre todo por el sentido común, que a veces, aunque parezca mentira, hay que utilizarlo en Derecho.

El informe que realiza la Junta de Decanos cuando manejó el texto, que en este punto es similar al ya corregido y definitivo establecía, como comentario a ese apartado, que le parecía bastante positiva la posibilidad de remisión, no sólo cuando el interesado así lo solicitara, sino también por la propia voluntad del notario, justificando este razonamiento indicando que: «... ya que a menudo es el notario quien por su experiencia y formación puede valorar más adecuadamente la utilización de los instrumentos tuitivos que ofrece la norma a los adquirentes de bienes inmuebles».

A pesar de este razonamiento no encuentro muchos argumentos sólidos para poder prever el porqué el notario, a su propia iniciativa puede realizar esta presentación del documento, sin que así lo solicite el interesado. Solicitud de presentación que debe quedar a la voluntad del interesado en todo caso, y que por tanto es potestativa para el adquirente o el constituyente del derecho.

No olvidemos que puede haber muchas causas por las que el adquirente del derecho no quiera que exista ese conocimiento por parte de los terceros. Otra cosa será que el interesado lo solicite así expresamente, circunstancia esta que deberá ir reflejada en la escritura. También se podría plantear el hacer constar en la escritura el hecho de que el interesado no solicita esa remisión. En particular, no soy muy partidario de esta postura, ya que si no se realiza la remisión es porque no se ha solicitado; lo demás creo, es seguir atiborrando las escrituras de cláusulas que están convirtiendo a la escritura en un mastodonte.

Por todo ello creo, y esto puede resultar demasiado severo, que si el notario toma la iniciativa, por su voluntad, de presentar los datos para el asiento en el diario, estaría vulnerando, en nuestra opinión, indirectamente, el secreto de protocolo notarial, ya que estaría dando a conocer públicamente por vía del Registro, aunque fuese provisional y limitadamente, un acto que no ha sido solicitado por las personas interesadas. Acto que puede ser conocido en cualquier circunstancia en que se solicite. No obstante, y a los efectos de aminorar un poco este comentario que pueda resultar excesivamente duro, en algunos casos, y con mucha precaución, pudiera darse el caso de que el notario conociese, por ejemplo, la situación del transmitente, y por razones de seguridad, para el adquirente, tomase él mismo la iniciativa, no pudiendo advertir al adquirente directamente de la situación para no revelar ningún secreto, pero en cambio tomando esta medida excepcional.

Esta presentación por telefax o por cualquier otro medio está en conexión con el artículo 418, que en un párrafo de su número cuatro indica: «... El asiento de presentación que se extienda caducará si en el plazo de los diez días hábiles siguientes no se presenta en el Registro copia auténtica de la escritura que lo motivó...» En cuanto al tema referente, a la presentación por otro medio diferente al telefax, luego lo comentaremos, al referirnos al artículo 418 del RH.

Indica el texto que la remisión se hará el mismo día del otorgamiento, quizá para la rapidez que se prevé en cuanto a la presentación, aunque en nuestra opinión debería haberse permitido el mismo día del otorgamiento o el siguiente hábil.

También la Junta de Decanos planteó la posibilidad de que fuese conveniente permitir la presentación por medio de telefax de la copia íntegra de la escritura, siempre que la remisión se efectuara dentro de los cinco días que se establecen para su expedición, pues indicaba la propia Junta que no se aprecia la razón de exigir la puesta a disposición de la copia en el breve plazo de cinco días, y no permitir, en cambio, su presentación al Registro, dentro de este plazo, de la manera más rápida posible. Esta opinión o comentario de la Junta no ha sido tenida en cuenta en el texto definitivo y publicado, tal como fue planteada. Creemos que esa comunicación podría ser la misma copia simple, o la autorizada, con el hecho de su expedición en el mismo día del otorgamiento; el texto indica que la comunicación estará suscrita y sellada y contendrá una serie de datos donde constarán testimoniados en relación.

Es de notar que se dice que la comunicación se hará de cualquier escritura autorizada susceptible de ser inscrita, con ello no solamente se reduce a aquéllas en las que hay obligación de pedir información registral, sino a todas, estén dentro de la órbita del Real Decreto o fuera, esté o no el notario, obligado a solicitar la información del artículo 175. En cuanto a los datos que el notario deberá enviar, son: la fecha de la escritura matriz y su número de protocolo, la identidad de los otorgantes y el concepto en que intervienen, el derecho a que se refiera el título que se pretenda inscribir, en definitiva, el derecho que se constituya reconozca, transmita, modifique o extinga por dicho título. En este sentido, indicar que me parecía más correcta la redacción del antiguo 249, en el sentido de que pedía el que se constatará la denominación del negocio documentado, circunstancia esta que siempre es más clara.

Otro dato es el de la reseña identificadora del inmueble, haciendo constar su naturaleza y el término municipal de su situación, con expresión, según los casos, del sitio o lugar en que se hallare, si es rústica, nombre de la localidad, calle, plaza o barrio, el número, si lo tuviere, y el piso o local, si es urbana, y salvo en los supuestos de inmatriculación, los datos registrales.

Es positivo que ahora se permita esa comunicación, aunque el Registro esté en la misma población donde se ha autorizado la escritura; como siempre habrá que adaptar el despacho a estas nuevas exigencias, cuando así lo solicite el interesado.

Es de resaltar como punto positivo que para conocer si se ha recibido o no por el registrador esa comunicación, o en su caso la recepción y el visto bueno del mismo, el nuevo artículo 249 indica que el notario hará constar en la escritura matriz o en la copia, si ya estuviese expedida ésta, la confirmación de la recepción y la decisión de practicar o no el asiento de presentación, que el registrador deberá enviar el mismo día o en el siguiente hábil.

Este párrafo ha sido también modificado en la ya citada corrección de errores, ya que el texto publicado el 24 de enero creaba una gran confusión interpretativa, ya que hablaba de su decisión de practicar o no, en vez de la decisión; aunque con una interpretación sistemática se entendía que la decisión de practicar o no el asiento es potestativa del registrador y no del notario que ya haya remitido la comunicación correspondiente.

Como última circunstancia el artículo 249 establece que el notario hará constar en la escritura matriz o en la copia, si ya estuviese expedida ésta, la confirmación de la recepción y la decisión de practicar o no el asiento de presentación que el registrador deberá enviar el mismo día o en el siguiente hábil. Con ello se consigue una constancia documental de esa remisión realizada por el notario; pensamos que aunque el texto indique que se hará constar en la escritura matriz o en la copia, si ésta ya estuviese expedida, no debe ser la opción alternativa, sino, que si ya se ha expedido la copia habrá que hacerlo constar en los dos sitios, ya que con ello se deja cerrado el círculo, para el futuro, cuando se expidan otras copias, quedando constancia en el protocolo. No lo establece el artículo, pero quizá fuese conveniente que el notario pusiese también una nota en la matriz de la emisión para dar constancia de que se ha cumplido con la comunicación de los datos por parte del mismo, ya que pudiera ocurrir que no se recibiera la recepción del Registro. En todo caso, pensamos, siempre es prioritaria la expedición de la copia ante cualquier dilación en la comunicación registral.

#### IV. LAS MODIFICACIONES EN EL REGLAMENTO HIPOTECARIO

##### A) EL ARTÍCULO 354.A) DEL RH

En relación con las modificaciones en el Reglamento Hipotecario, como es lógico, éstas tienen relación con todo el procedimiento de las solicitudes de información que realizan los notarios, y en este sentido se introduce el

nuevo artículo 354.a) del Reglamento Hipotecario. El artículo 354 del RH, ya existente, hace referencia a las certificaciones especiales, en concreto a la certificación con información continuada que fue una novedad establecida en la reforma del Reglamento de 21 de diciembre de 1983.

El aspecto que nos interesa es este nuevo artículo, que tiene a su vez ocho subapartados. En un primer momento hay que establecer que estas solicitudes de información que exige el artículo 175 en cuanto a descripción, titularidad, cargas, gravámenes y limitaciones pueden ser pedidas por los notarios, bien por medio del telefax, o como indica el número ocho, por cualquier otro medio, pero siempre deben ser solicitadas por el propio notario. Esto significa en su caso, que únicamente este tipo de información va a poder ser pedida por el notario como información cualificada para el otorgamiento de las escrituras.

Si el registrador comprueba que la finca está situada en otra demarcación, lo deberá comunicar inmediatamente al notario, consecuencia lógica del principio de demarcación territorial hipotecaria para el acceso de las fincas a cada registro.

Uno de los puntos que ya hemos intentado analizar es que el nuevo Real Decreto establece que la información será formalizada por el registrador bajo su responsabilidad en una nota, en la que se transcribirá la descripción de la finca, si sus datos variasen del de la solicitud, relacionándose su titular, y sintéticamente los datos esenciales de las cargas vivas que le afecten, comprendiendo no sólo los datos del folio registral de la finca solicitada y el contenido de los asientos de presentación concernientes a ella y que se han practicado en el libro diario antes de la revisión, sino también las solicitudes de información respecto de la misma finca recibidas de otros notarios pendientes de contestación o remitidas en los diez días naturales anteriores.

En un primer momento ya hemos analizado el concepto de la formalización bajo la responsabilidad del registrador, y los efectos que esta frase pueda querer decir en cuanto a la garantía que ofrece esta información, a la que el propio Real Decreto no denomina nota simple, sino únicamente como nota.

Ciertamente, un aspecto también relevante es esta información continuada durante todo el plazo de vigencia, que en definitiva recoge y perfecciona la regulación de la Orden de 2 de agosto de 1993, y que puede dar al notario que ha solicitado la información una mayor concreción y conocimiento de los movimientos que se quieren efectuar sobre esta finca, en definitiva, otras transmisiones, y así poner alerta al adquirente que comparece en la Notaría.

Lo relativo a la responsabilidad no está, como ya indicamos en nuestra opinión, perfectamente perfilada ésta en cuanto a la garantía, bien interpar-

tes, o bien, frente a terceros, como ofrece toda certificación registral. Lo que sí puede parecer más congruente es que en la expedición de la información el registrador deberá indicar que lo es bajo su responsabilidad, conforme indica el número dos del artículo 354.a).

Otro punto que disipa algunas dudas es la relación sintética de las cargas vivas, con ello el registrador debe efectuar un filtro importante; con ello se evitan la remisión constante de cargas antiguas, de cargas que ya no están vivas.

Parece evidente, con esta reforma, que esa información que el registrador debe formalizar no podrá ser con el simple envío de las fotocopias de las inscripciones, ya que en ningún caso se trata de una nota simple informativa, donde sí se permitió en su momento. Si no existe ninguna diferencia entre los datos proporcionados en la solicitud y los que consten en el Registro, se hará constar únicamente esta circunstancia al dorso o a continuación del documento de solicitud, como indica el número tres de este artículo comentado.

El plazo que tiene el registrador para remitir la información se indica que es el más breve posible y siempre dentro de los tres días hábiles siguientes al de la recepción de la solicitud, salvo que por el número de fincas que se pide información, o por la complejidad del historial registral, no sea posible cumplir ese plazo, el registrador deberá comunicar al notario el mismo día en que reciba la solicitud, la fecha en que va a remitir la información que deberá estar comprendida dentro de los cinco días hábiles siguientes a la recepción de aquélla.

Como podemos observar en una primera lectura, el plazo para los casos normales se amplía de dos días hábiles a tres, dos días hábiles que establecía el artículo 4.º de la Orden Ministerial.

No se sabe muy bien el fundamento de esta ampliación, ya que el plazo de los dos días parecía adecuado, y en este sentido la Junta de Decanos, en su informe, establece que esperar tres días es demasiado, contando que con el día de la solicitud, en definitiva, se va a convertir en cuatro, y que ello puede derivar en un incremento de la renuncia al sistema, debido a que determinadas entidades no quieran esperar ese plazo. Además, hay que tener en cuenta que si no se pudiera despachar por cualquier circunstancia, el propio Real Decreto amplía el plazo a cinco días, por lo que la regla general podría ser el de dos días.

El punto quinto de este artículo establece otra nueva obligación para el registrador, es decir, que dentro de los nueve días naturales siguientes al de remisión de la información, deberá comunicar también al notario en el mismo día en que se haya producido, la circunstancia de haberse presentado en el diario otros títulos que afecten o modifiquen la información inicial. Idéntica obligación incumbe al registrador respecto de las solicitudes pos-

teriores de información registral relativas a la misma finca y que procedentes de otros notarios, reciba en el plazo indicado.

En relación con este punto hay que tener en cuenta lo que establece la Disposición Transitoria única, que al final volveremos a mencionar, en el sentido que esa obligación por parte del registrador de comunicar al notario los posibles cambios que se hayan producido sobre la información registral enviada al notario y que según el artículo que comentamos en su punto quinto deberá hacerse en el mismo día en que ocurran durante un año, se permite en esta Disposición Transitoria que durante el plazo de un año, contado a partir de la entrada en vigor del Real Decreto, se pueda realizar la comunicación correspondiente dentro de las veinticuatro horas siguientes de haberse producido la variación. Posteriormente, comentaremos brevemente el posible motivo de este nuevo plazo.

Como vemos esta información continuada está en relación con la que establece el número 2, lo que ocurre es que la del número dos es con respecto a la información solicitada de otros notarios en los diez días naturales anteriores, y en este caso lo es en las informaciones solicitadas o remitidas con posterioridad por otros notarios, además de la comunicación de las alteraciones que se hayan producido en el diario, por otros títulos que afecten o modifiquen la información general. En el caso de que la finca no esté inmatriculada, el registrador hará constar esta circunstancia, sin perjuicio de que haya documentos relativos a la finca pendientes de calificación y despacho como indica el número 7. Y también, como ya indicamos, cuando el notario ha solicitado la información para un día concreto, el registrador la debe enviar ese día señalado con referencia a lo que resulte del cierre de diario el día inmediatamente anterior.

## B) EL ARTÍCULO 418 DEL RH. LOS ARTÍCULOS 418.A) Y 418.C)

Otro de los artículos del Reglamento Hipotecario modificados es el del artículo 418. Ya tuvimos nosotros ocasión de indicar la reforma hipotecaria llevada a cabo por el Real Decreto 430/1990, de 30 de marzo, que introducía en el Reglamento Hipotecario una nueva forma de presentación de los documentos, así como las diferentes formas de presentación de los documentos en el Registro, bien físicamente, bien por correo, o bien por medio del telefax (5).

El artículo 418, al que se da nueva redacción, establecía antes de la

---

(5) En este sentido, vid. mi trabajo, *Breve estudio del Real Decreto de 18 de diciembre de 1992*, ob. cit., págs. 1466, 1468 y 1469.

reforma la presentación de los títulos remitidos por correo, estableciéndose como hora de entrada en el Registro la de su determinación de despacho.

El nuevo artículo 418 sienta un principio general indicando que los títulos y documentos a que se refiere el artículo 416 del Reglamento Hipotecario, cualquiera que haya sido su modo de ingresar en el Registro, se asentarán en el diario por su orden de recepción, si la presentación se produce dentro del horario establecido reglamentariamente.

En los documentos presentados por telefax en relación a lo dispuesto en el artículo 249 se asentarán, efectivamente, de acuerdo con la regla general, es decir, por su orden de presentación, con la excepción de las que se reciban fuera de horas de oficina (antes de la corrección de errores se decía horas de despacho y esto era una incongruencia), que se asentarán el día hábil siguiente inmediatamente después de la apertura del diario, y simultáneamente con las que se presenten físicamente a esa misma hora en la forma que prevé el artículo 422 de este Reglamento. El artículo 422 configura la forma de esa presentación, si se presentan por dos o más personas, si no se establece el orden, si se trata de títulos que resulten contradictorios, etc. En este caso el artículo 422 intenta solventar estos problemas. De un pequeño análisis de este punto cuarto del artículo 418 hay que indicar, como establece el informe de la Junta de Decanos, que se da un desfase entre la comunicación y la presentación cuando se trate de remisión fuera del horario de apertura del diario, explicándose esto por la lógica limitación de los medios técnicos que no permiten generalizar un sistema absoluto de presentación e información en tiempo real.

En el informe de la Junta de Decanos se hace hincapié en un punto relativo a: «... debería aclararse si los documentos presentados por telefax fuera de horario se entienden todos ellos presentados simultáneamente al día hábil siguiente, como sucede respecto de los que se presenten físicamente a la hora de apertura del diario, o bien, se consideran presentados por su orden de recepción conforme a la regla general del artículo 418.1; solución esta última que parece más coherente con el sistema, dado que de la hora de recepción queda constancia en el telefax, tanto para el receptor como para el remitente».

De todo este apartado número cuarto del 418 también se deduce un cambio en la orientación a lo que establecía la antigua regulación con relación a la presentación por fax de las copias remitidas por el notario, que se acogían al artículo 418.c).1 cuando eran remitidas por un registro de origen, y que se extendería el asiento de presentación solicitado al final del día, inmediatamente antes de la diligencia de cierre. Con ello se establecía una doble categoría de documentos, o mejor dicho, de orden de acceso al diario de presentación. Con la nueva redacción sabemos que a las comunicaciones de los notarios se les aplica el principio general de asentarlos en

el diario por su orden de presentación. Este punto va a tener alguna conflictividad en cuanto a la realización práctica por parte de los registros, obligando, ciertamente, a llevar un control muy especial de estas comunicaciones notariales sobre todo en conexión con la presentación de los documentos físicamente, ya que se puede estar recibiendo por fax una comunicación, y también existir personas esperando en una cola del Registro para provocar también la presentación del documento; punto conflictivo, por supuesto, en relación a los títulos contradictorios, que aunque solventa el artículo 422 del Reglamento Hipotecario, lo está haciendo pensando fundamentalmente en la presentación de carácter físico.

Como indicamos anteriormente, el artículo 249.2 determina que la comunicación notarial se realice por telefax o por cualquier otro medio. ¿Cuál puede ser ese otro medio distinto del telefax?

La Junta de Decanos, en el informe ya citado, como así en la circular ya referida, establece: «... 4.—Está prevista la transmisión por telefax o por cualquier otro medio. Parece deducirse del preámbulo del Real Decreto que esta expresión hace referencia a otros procedimientos telemáticos existentes o que pudieran desarrollarse en el futuro, que permitan también la conexión entre las Notarías y los Registros».

El asiento de presentación que se extiende va a caducar, si en el plazo de diez días hábiles siguientes no se presenta en el Registro copia auténtica de la escritura que lo motivó y esta presentación se hará constar por nota al margen del primer asiento y a partir de la fecha de esta nota correrán los plazos de calificación y despacho; como complemento, si el registrador, al recibir la comunicación comprueba que la finca está situada en otra demarcación, lo pondrá en conocimiento del notario inmediatamente por medio del telefax, y por igual medio el mismo día o el siguiente hábil confirmará la recepción y comunicará su decisión o no de practicar el asiento, todo ello en consonancia con el último párrafo del artículo 249, al que ya tuvimos ocasión de remitirnos y de analizar.

También la reforma del 418 en su punto tercero indica que en los títulos recibidos por correo se considera presentante al remitente del documento, practicándose el asiento en el momento en que se procede a la apertura del correo recibido en el día. Observamos una modificación sustancial en este tipo de presentación de los documentos por correo, ya que el antiguo artículo 418 establecía que los registradores no estarán obligados a extender asiento de presentación de los títulos que reciban por correo, salvo cuando se trate de documentos remitidos por autoridades judiciales o administrativas. Con la nueva reforma este criterio de discrecionalidad desaparece.

Otra novedad importante, y que quizá ya debería haberse hecho antes con la reforma operada por el anterior Real Decreto de 1992, es la posibilidad que tienen los órganos judiciales de enviar también por telefax al

Registro de la Propiedad las resoluciones que puedan causar asiento, el día de su firma o en el siguiente hábil, y en el mismo plazo también las autoridades administrativas, aplicándoles el mismo régimen de asientos que hemos estudiado para el apartado cuatro, referente a las comunicaciones notariales. Este ha sido un logro importante. Aunque el régimen es similar al de la comunicación notarial, observamos que al notario se le exige remitir el mismo día del otorgamiento mientras que los órganos judiciales lo podrán hacer el mismo día o el siguiente hábil. Otra diferencia es que las comunicaciones notariales pueden remitirse por telefax o por cualquier otro medio, y las judiciales o administrativas sólo por telefax.

En consonancia con la reforma del 418 se añade un nuevo párrafo al artículo 418.a), indicando que en las poblaciones donde exista más de un Registro se establecerán entre los existentes un turno semanal para el cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo anterior.

Está haciendo referencia a los casos en que por razones de urgente necesidad, cualquiera de los otorgantes podrá solicitar del Registro del distrito en que se haya otorgado el documento, que se remitan al Registro competente por medio de telecopia los datos necesarios para la práctica en éste del correspondiente asiento de presentación.

También se da una nueva redacción al apartado 1 del artículo 418.c) del Reglamento Hipotecario en el sentido de que el registrador que reciba la comunicación del Registro de origen, previa calificación de su competencia y confirmación de la recepción, extenderá el asiento de presentación solicitado conforme a la regla general.

Ello está en congruencia con la reforma del artículo 418, en relación a todos los documentos presentados en el Registro, ya que el antiguo 418.c), al que nos sujetábamos los notarios en las comunicaciones notariales, era el que se extendería el asiento de presentación al final del día antes del cierre, y ahora lo será por el orden de recepción.

## V. EL ANEXO TERCERO DEL REGLAMENTO NOTARIAL, ARTICULOS 5 Y 15

El artículo séptimo y octavo referente al anexo tercero del Reglamento Notarial, relativo a los documentos otorgados ante los Organismos consulares españoles, no se les aplica ni el 175, ni el 249, apartado 2, añadiéndose un párrafo segundo al artículo 15 del anexo tercero del Reglamento Notarial, en el que se establece cómo designar las cargas o gravámenes, que resultarán de la declaración del transmitente y de lo que aparezca en los títulos o documentos que se exhiban al agente diplomático consular o remitiéndose a los libros del Registro si están conforme las partes.

En su momento, cuando ya se modificó este anexo en relación con el párrafo segundo del artículo 15, ya hicimos su crítica correspondiente, entre otras, la del porqué esta excepción a los documentos otorgados en el extranjero, debido a que los avances de la técnica podrían solventar esos escollos, así como también que una vez utilizado este procedimiento distinto, que recuerda al antiguo 175 del Reglamento Notarial antes de la reforma operada por el Real Decreto de 1992, no se incluya la advertencia de indicar al adquirente la conveniencia de consultar directamente el Registro para saber el estado de las cargas.

## VI. LA DISPOSICION ADICIONAL UNICA, LA TRANSITORIA, LAS DEROGATORIAS Y LAS FINALES

La Disposición Adicional única establece un plazo de un año para la informatización del diario en los Registros de la Propiedad, en consonancia con la Disposición Transitoria única que establece que durante ese mismo período de un año la información continuada que regula el artículo 354.a) del Reglamento Hipotecario pueda remitirse, no en el mismo día en que se produzca la variación registral, sino en el plazo más amplio de las veinticuatro horas siguientes. Ello parece razonable, debido a que hasta que exista un procedimiento de informatización del diario, va a resultar complicado el poder realizarlo en el mismo día.

La Disposición Derogatoria primera deroga el artículo 418.e) del Reglamento Hipotecario, que hacía referencia a las comunicaciones remitidas por los notarios y la caducidad de estos asientos, ya que este artículo se ha refundido en el 418 nuevo. Por supuesto se derogan el Real Decreto de 18 de diciembre de 1992, sobre colaboración de Notarías y Registros, así como la Orden de 2 de agosto de 1993.

Por último, la Disposición Final primera autoriza al Ministerio de Justicia e Interior para establecer las disposiciones necesarias del desarrollo y ejecución de este Real Decreto, así como para determinar los modelos normalizados de solicitud y expedición de telecopias sobre información registral.

Esperemos que no ocurra como en anteriores ocasiones en donde estos modelos que todos esperábamos con ansia quedaron durmiendo el sueño de los justos. Una circular de la Junta de Decanos, sobre la aplicación del Real Decreto, ha remitido a la espera de la publicación de los modelos oficiales, unos relativos a la solicitud de información registral, a la remisión de los datos para la práctica del asiento de presentación, así como un parte estadístico, que tendrán que enviar los notarios, acerca de las escrituras autorizadas, especificando aquéllas en las que no haya habido información re-

gistrar, indicando las causas, bien por imposibilidad de obtenerla, por renuncia del interesado, por tratarse de negocio a título gratuito, o por ser el transmitente una Entidad pública. Como podemos observar, esto confirma nuestro criterio, que ya expusimos líneas arriba, de que el Real Decreto quiere que los casos de renuncia del interesado sean la excepción y no la regla para que esa cláusula no sirva de vía de escape, como a veces ha podido ocurrir. Este mismo criterio mantuvimos al comentar el anterior Real Decreto, considerando que la renuncia debería ser en todo caso, la excepción y no la regla, con independencia, de que gustara más o menos el mecanismo utilizado para conseguir la seguridad en el tráfico jurídico inmobiliario.

## VII. CONCLUSION

Siempre es difícil sacar conclusiones a priori de un nuevo texto, aunque éste no es tan nuevo, ya que el precedente apuntaba las mismas ideas, ahora más matizadas y perfeccionadas en algunos extremos. Nuestra opinión es similar a la que hicimos en su momento cuando estudiamos el anterior Real Decreto, y es la necesidad de lanzarse de lleno a la más auténtica solución que es la de conseguir el cierre registral para unos, o la reserva de rango para otros, posición esta última con la que nos sentimos más identificados. No obstante, esto es lo que tenemos, y debemos aplicarlo lo mejor posible.

Terminaré con la opinión al respecto del informe de la Junta de Decanos, tantas veces reseñado, a lo que entonces era proyecto. «... la valoración que ha efectuado el Consejo General del Notariado sobre el proyecto es totalmente positiva, en tanto que supone un paso importante hacia el objetivo de la conexión inmediata y permanente con los Registros de la Propiedad que gracias a los avances tecnológicos de las comunicaciones permitirá conocer en tiempo real las modificaciones registrales de las fincas inscritas, así como remitir los documentos inscribibles para su inmediata constancia en los libros del Registro... posibilita reducir al máximo los márgenes de fraude inmobiliario, ya de por sí escasos en la actualidad, así como agilizar la información registral que los contratantes precisan en el momento decisivo de prestar el consentimiento negocial y de intercambiar entre sí las prestaciones objeto del contrato».

FRANCISCO JAVIER GARCÍA MAS  
Notario. Profesor Asociado de Derecho Civil  
en la Facultad de Málaga

# Comentarios a la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias (Ley 19/1995, de 4 de julio)

**SUMARIO:** I. PRINCIPALES ORIENTACIONES: A) TÉCNICO-AGRARISTAS. B) PROBLEMAS DE COMPETENCIA. C) ESTRUCTURA Y DEFINICIONES DE LA LEY. II. MODIFICACIONES JURIDICAS: A) DEFENSA DE LAS UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO: a) *Antecedentes*. b) *Régimen actual*. c) *Fijación de la unidad mínima de cultivo*. d) *Reflejo registral* e) *Excepciones*. B) RETRACTO DE COLINDANTES: a) *Supuestos de aplicación*. b) *Preferencia entre retrayentes*. c) *Plazo de ejercicio*. C) ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: a) *El profesional de la agricultura*. b) *Duración del contrato*. D) TRANSMISIÓN DE EXPLOTACIONES: a) *Inter vivos*. b) *Mortis causa*. E) BENEFICIOS FISCALES. III. CONCLUSION Y RECUERDO.

## I. PRINCIPALES ORIENTACIONES

### A) TÉCNICO-AGRARISTAS

Las opiniones en el mundo rural no son siempre favorables al modo en que se ha verificado la integración de nuestra agricultura en el entramado de la Unión Europea. Pero el caso es que estamos en ella y no hay más remedio que adaptarse a sus directrices, por mucho que nos cueste.

Esta es la motivación de la Ley en su aspecto técnico, según nos dice en su preámbulo. Finalizado el período de transición, dice, cabe concluir que la agricultura española se ha ido incorporando a un mercado mucho más amplio y libre. Lo que no está tan claro es que esa incorporación se haya hecho con la normalidad que se dice, ni que las explotaciones agrarias hayan sabido adaptarse sin dificultad a una política agraria más compleja y exigente.

Antes de esta Ley ya hubo dos intentos normativos que no llegaron a dar los frutos apetecidos. Fueron la Ley de Explotaciones Familiares Agrarias de 14 de abril de 1962, que ni siquiera llegó a nacer, y el Estatuto de

la Explotación Familiar Agraria y de los Agricultores Jóvenes, de tan poca aplicación que ahora se deroga.

Por ello, de nuevo esta Ley se propone corregir los desequilibrios y las deficiencias estructurales de nuestras explotaciones trayendo a colación un nuevo concepto que se piensa eficaz, que es el de explotación prioritaria, a la que se pretende potenciar mediante beneficios fiscales, ayudas económicas y otras medidas de fomento.

Aunque se prefiere la explotación asociativa por su mayor potencial y organización, no se olvida que la explotación familiar es la más numerosa y extendida en España y por eso se concede la calificación de prioritaria tanto a unas como a otras, con tal que reúnan los requisitos de producción y viabilidad que después veremos. Tales requisitos se configuran empleando una terminología técnica y no siempre comprensible, y por ello la Ley da nada menos que doce definiciones previas de conceptos que luego se manejan a lo largo del texto legal.

Dada la importancia central que la nueva Ley concede a la explotación prioritaria, es importante delimitar su concepto a los efectos de la aplicación de las medidas preferenciales que se le otorgan.

Para que una explotación sea considerada como prioritaria se exigen como requisitos económicos, primero que posibilite al menos la ocupación de una unidad de trabajo agrario y además que se obtenga una determinada renta de referencia que se fija en relación a los salarios brutos no agrarios en España, tal como se señala en los artículos 4 y 5 de la Ley. Estos topes mínimos de renta tienen una dulcificación en la Disposición transitoria, hasta el 31 de diciembre de 1998.

Además, en la explotación familiar, el titular debe ser agricultor profesional, con un nivel de capacitación agraria suficiente, tener entre dieciocho y sesenta y cinco años de edad, estar afiliado al régimen correspondiente de la Seguridad Social y residir en la comarca donde radique la explotación, salvo fuerza mayor o necesidad. En caso de matrimonio, la titularidad puede recaer en ambos cónyuges; en las comunidades hereditarias, uno al menos de los comuneros debe reunir las condiciones dichas.

Las explotaciones asociativas, para obtener la cualidad de prioritarias, habrán de adoptar las formas señaladas en el artículo 6, o sea cooperativas, sociedades agrarias de transformación y sociedades civiles, laborales o mercantiles, estas últimas con objeto exclusivo del ejercicio de la actividad agraria. Además de los requisitos dichos de orden económico en cuanto a ocupación y renta, los entes asociativos deberán tener las alternativas señaladas en el artículo 5 de la Ley, o sea, que se conformen como cooperativas de explotación comunitaria de la tierra o de trabajo asociado de la actividad agraria en todos los casos y las sociedades o asociaciones si sus socios reúnen las condiciones especiales que se determinan.

Dada la complejidad de los requisitos técnicos, económicos y jurídicos que se exigen, la calificación no es sencilla. Por ello, el artículo 15 de la Ley atribuye esa calificación al órgano competente de la Comunidad Autónoma respectiva, el cual expedirá la certificación correspondiente. Aunque dicho artículo parece referir la certificación sólo a los efectos de obtener los beneficios fiscales, nos parece que puede y debe extenderse a todos los supuestos en que se conceden derechos especiales a estas explotaciones.

Con esta idea de proteger y fomentar el nuevo concepto de la explotación prioritaria se pretenden conseguir los objetivos de la PAC, la política agraria comunitaria, que están definidos en el artículo 39 del Tratado de Roma y que se resumen en aumentar la productividad de la agricultura mediante el desarrollo de la técnica, asegurar el nivel de vida de la población agrícola y estabilizar los mercados, garantizando los aprovisionamientos y los precios razonables a los agricultores.

Para ello, esta Ley programa en su artículo primero una serie de medidas, entre las cuales nos interesan las siguientes:

- Estimular la formación de explotaciones agrarias de dimensiones suficientes para asegurar su viabilidad y que constituyan la base permanente de la economía familiar de sus titulares.
- Definir, como hemos visto, las explotaciones que se consideran prioritarias a los efectos de concederles los apoyos y beneficios de la Ley.
- Fomentar el asociacionismo agrario como medio para conseguir explotaciones viables y estables.
- Procurar la formación de explotaciones con dimensión suficiente, impidiendo además el fraccionamiento excesivo de las fincas rústicas.
- Incrementar la movilidad del mercado de tierras, tanto en propiedad como en arrendamiento.
- Y facilitar el crédito a los titulares de explotaciones que pretendan modernizarlas.

Estas medidas, que tienen una inicial exposición y justificación tintadas de fuerte dosis de técnica agraria, se han de traducir en una regulación agraria que hemos de ver.

## B) PROBLEMAS DE COMPETENCIA

La cuestión competencial fue uno de los primeros objetos de estudio al prepararse esta Ley. En efecto, la agricultura es materia atribuida por la

Constitución a las Comunidades Autónomas y todas ellas la han recibido como propia en sus respectivos Estatutos.

Sin embargo, la posibilidad de regular de modo uniforme y general para todo el territorio nacional la modernización de las explotaciones agrarias quedaba clara desde el momento en que la Constitución atribuye al Estado la regulación tendente a desarrollar el sector económico en lo referente a sentar las bases para esta actividad general, según puede verse en los artículos 30, 130, 131 y 149-1-13.

En la Exposición de Motivos se justifica la intervención estatal, genéricamente porque le corresponde esa regulación básica para planificar la economía y en especial la de los diversos puntos concretos que se tocan. Así ocurre con los arrendamientos, las transmisiones de las explotaciones constituidas por el IRYDA y organismos que le suceden, la indivisibilidad de las unidades mínimas de cultivo y los retractos, materias incluidas en el ámbito de la legislación civil, que corresponde al Estado según el artículo 149-1-8 de la Constitución. Lo mismo ocurre con los beneficios fiscales, de competencia exclusiva del Estado de acuerdo con la regla 14 del mismo precepto.

Siguiendo las recomendaciones del Tribunal Constitucional, la nueva Ley se preocupa de delimitar con claridad el grado de aplicación de las distintas normas. La Disposición Adicional 2.<sup>a</sup> señala que están entre las normas de aplicación plena, y se aplican en todo el territorio, precisamente las que más directamente nos interesan, que son los artículos 24, 25 y 26, que se refieren a la indivisibilidad de fincas bajo la unidad mínima de cultivo, con sus excepciones y su constancia registral; el artículo 27, sobre el retracto de colindantes y el artículo 28, sobre duración de los arrendamientos rústicos; es también de aplicación plena la Disposición final 2.<sup>a</sup> que modifica la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario en sus artículos 28, 32 y 35 sobre transmisión *inter vivos* y *mortis causa* de sus explotaciones.

El carácter puramente civil de estas normas justifica la extensión de su vigencia general, aunque con la salvedad, que se hace, de dejar prevalentes las posibles normas forales o especiales existentes.

También son de aplicación plena los artículos 8 a 15 de la Ley y su artículo 20, que se refieren a los beneficios fiscales en favor de las explotaciones prioritarias, por la razón de que los tributos corresponden al Estado; si se cede alguno a las Comunidades Autónomas es en sus rendimientos, pero no en la regulación de la figura tributaria. No obstante se deja a salvo lo dispuesto en el concierto con los territorios históricos vascongados y el Convenio de Navarra.

Lo importante a nuestros efectos es que las disposiciones que más directamente nos interesan o sean las de materia civil en cuanto pueden recaer

sobre actos jurídicos inscribibles y los beneficios tributarios aplicables a las oficinas liquidadoras, tienen aplicación plena y general en todas las provincias españolas.

### C) ESTRUCTURA Y DEFINICIONES DE LA LEY

a) La *estructura* de la Ley viene dada por su finalidad económica, exponiendo primero los propósitos de acercar los tipos tradicionales de explotación agraria en España a los dibujados por las directivas europeas, para pasar después al articulado de diversas medidas que se proponen con la idea de conseguirlo.

La Ley consta de un título preliminar donde se especifican sus objetivos, antes resumidos, y se establece un conjunto de definiciones básicas para la aplicación de estas normas.

El título I trata de las explotaciones agrarias prioritarias que es la figura central, bajo sus formas de familiares y asociativas, señalando su trato preferente en los supuestos que se relacionan en el artículo 7.º; se recogen del Estatuto de 1981, que ahora se deroga, algunas disposiciones en favor de los agricultores jóvenes para propiciar su acceso a la titularidad de explotaciones prioritarias.

El título II tiene gran importancia y lo estudiaremos más ampliamente, en cuanto viene a modificar de modo sustancial el régimen de las unidades mínimas de cultivo que se declaran indivisibles bajo sanción de nulidad y se introduce un retracto de colindantes en favor de las explotaciones prioritarias.

El título III introduce medidas para activar el mercado de tierras mediante la modificación de la Ley de Arrendamientos Rústicos en cuanto a la duración de su contrato especial; se complementa con la Disposición final 1.ª que modifica el artículo 15 de la Ley especial locataria.

Siguen seis Disposiciones Adicionales, con algunos beneficios fiscales y una Disposición transitoria, flexibilizando los requisitos para alcanzar la calificación de prioritarias algunas explotaciones hasta 1998.

La Disposición derogatoria única lo hace con el Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Agricultores Jóvenes de 24 de diciembre de 1981, y con las disposiciones sobre unidades mínimas de cultivo que contenía la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario. Teniendo en cuenta que entre las disposiciones del Estatuto derogado estaban las normas sobre transmisión de las explotaciones familiares, en la Disposición final 2.ª de la nueva Ley se da otra redacción a los artículos 28, 32 y 35 de dicha Ley de Reforma y Desarrollo Agrario.

b) *Definiciones de la Ley.*—Lo normal es que las leyes dispongan y no

definan. Pero esta Ley no sigue esta pauta, quizá porque los conceptos que en ella se manejan tienen más bien un tinte económico y social y era conveniente incluir definiciones para la mejor comprensión de la materia que se regula.

Aparte del concepto central de explotación prioritaria que ya hemos visto, que se acaba remitiendo a los órganos competentes, el artículo 2.º de la Ley contiene una lista de doce definiciones. Recogemos las más salientes:

1. *Actividad agraria.*—Frente al simplista criterio excluyente de la Ley del Suelo, que considera rústico lo no urbano o urbanizable, la nueva Ley delimita de modo positivo la actividad agraria como el conjunto de trabajos que se requiere para la obtención de productos agrícolas, ganaderos y forestales. Sin embargo; la delimitación no es tan sencilla como parece; en la actualidad es frecuente relacionar estas actividades con la alimentación y así se puede ver en la denominación oficial del Ministerio competente; por otra parte, las actividades de conservación de la naturaleza piden su atención preferente dentro de esta esfera. Pero la Ley no quiere entrar en honduras y dice que, a sus efectos, esta es la definición de actividad agraria a que debemos atenemos.

2. *Explotación agraria.*—2.a.) Concepto.—Es, según esta Ley, el conjunto de bienes y derechos organizados empresarialmente por su titular en el ejercicio de la actividad agraria, primordialmente con fines de mercado y que constituye en sí misma una unidad técnico-económica.

Es una definición en la que se recogen y tratan de armonizar todas las distintas teorías sobre la naturaleza de la empresa agraria. Se habla del titular como centro de actuación de la actividad agraria, se engloba el conjunto de bienes y derechos, se reconoce a la organización empresarial su papel relevante y se le atribuye un carácter unitario en contra de los que propugnaron la solución atomística.

La verdad es que, desde el punto de vista estrictamente jurídico, no es fácil encontrar una regulación aplicable por igual al conjunto de los distintos bienes y derechos que integran la empresa. Por ello quizá, esta Ley deja a salvo la cuestión en el último inciso del número 2 del artículo 2, diciendo que si bien la explotación constituye una unidad, esto es sólo en el sentido técnico-económico.

Otra nota saliente de la definición es que se atribuya a la explotación una actividad con finalidades primordialmente de mercado, en vez de la simple protección al núcleo familiar, que venía primando en las regulaciones anteriores. Es lógica la variación en cuanto que se trata de despegarse de la antigua agricultura de simple subsistencia para pasar a una agricultura de mercado y en libre competencia con la de otros países.

Por eso se propugna la mejora de las explotaciones y se pone como meta deseable la llamada explotación prioritaria a la que se quiere promocionar.

2.b.) Elementos personales.—El elemento personal de la explotación viene centrado en su titular, al que se define en la Ley como la persona física o jurídica que ejerce la actividad agraria organizando los bienes y derechos integrantes de la explotación con criterios empresariales y asumiendo los riesgos y responsabilidades que puedan derivarse de la gestión de la explotación, sean éstos de carácter civil, social o fiscal.

La definición recoge, desde el prisma personal, los mismos aspectos que se incluyeron en el concepto de explotación: hay una organización empresarial de elementos que giran alrededor del titular y éste asume por tanto todas las consecuencias positivas y adversas de su gestión.

Ya sabemos que el titular puede ser una persona jurídica o física. La persona física se encarna en el concepto tradicional de agricultor y éste recibe una cuidadosa atención en la Ley.

En primer lugar, la Disposición final 1.<sup>a</sup> modifica el artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, remitiendo al artículo 2.<sup>o</sup> de la nueva Ley para definir al profesional de la agricultura y se distinguen varios tipos de agricultor: el profesional que se dedica prácticamente a la explotación en actividades directas o indirectas; el que lo es a título principal que es el que obtiene al menos la mitad de su renta de la actividad agraria, pero tiene otras actividades a la vez; el agricultor joven, que no alcanza los cuarenta años de edad; el pequeño agricultor cuya explotación no supera doce unidades de dimensión europea y el agricultor a tiempo parcial, que se ocupa principalmente de otras actividades, pero dedica a la agricultura entre la quinta parte y la mitad de su trabajo.

Por otra parte, puede corresponder la titularidad de una explotación agraria cualquiera de las formas asociativas enumeradas en el artículo 15 reformado de la Ley de Arrendamientos Rústicos y el artículo 6 de esta Ley, a los que nos remitimos para no repetir.

En diversos preceptos de la Ley se recogen en detalle las consecuencias de esta plural y variada clasificación y especialmente en el artículo 7 en lo que atañe a las situaciones de preferencia concedida a las explotaciones prioritarias.

2.c) Elementos reales.—Son, según recoge el artículo 2-3 de esta Ley, los bienes inmuebles de naturaleza rústica y cualesquiera otros que son objeto de aprovechamiento agrario permanente; la vivienda con dependencias agrarias; las construcciones o instalaciones agrarias, incluso de naturaleza industrial y los ganados, máquinas y aperos integrados en la explotación y afectos a la misma, cuyo aprovechamiento y utilización correspondan a su titular en régimen de propiedad, arrendamiento, derechos de uso y disfrute e incluso por mera tolerancia de su dueño. Asimismo constituyen

elementos de la explotación todos los derechos y obligaciones que puedan corresponder a su titular y se hallen afectos a la explotación.

Como se ve, una gran amalgama de elementos, cada uno con su régimen jurídico diferente, según se trate de bienes inmuebles, muebles, derechos y hasta obligaciones, con el único cordón de enlace de su integración o afección a la explotación bajo la mano del titular. Es lo que los italianos llaman hacienda y nosotros explotación o empresa agraria, pero sin una regulación unitaria que alcance a todas sus posibles manifestaciones o situaciones jurídicas.

En nuestra legislación registral encontramos que el artículo 8-2.º de la Ley Hipotecaria permite inscribir como una sola finca toda explotación agrícola, con o sin casa de labor, que forme una unidad orgánica, aunque esté constituida por predios no colindantes; y los números 2.º y 3.º del artículo 44 del Reglamento desarrollan esta posibilidad contemplando, por un lado, las varias piezas de terreno con unidad orgánica de explotación y unidas a un edificio principal y, por otro, aquellas explotaciones que aun sin casa de labor y formando también una unidad orgánica, tengan un nombre propio que sirva para diferenciarlas, pero se exige que esa organización no sea la puramente individual.

En el último inciso de este artículo 44-3.º se permite también la inscripción de las explotaciones familiares agrarias, que se añadió por el Estatuto ahora derogado. Creemos que este apartado reglamentario sigue vigente, toda vez que en la nueva Ley se sigue recogiendo este concepto de explotación familiar, de total y permanente vigencia tanto en las leyes como en la realidad campesina.

De lo que no cabe duda es de que no hay en nuestro Derecho esa norma que abarque globalmente el tráfico de los elementos de la explotación como un todo. Se pueden inscribir como una sola finca y en consecuencia enajenar y gravar conjuntamente los predios que integran una explotación; pero los muebles en general, aperos, ganados, créditos, derechos y obligaciones tienen una naturaleza diferente y se rigen por reglas distintas.

La configuración de la explotación agraria como empresa unitaria podrá aceptarse en el aspecto técnico y económico, pero en el jurídico no parece tan claro, según opinión general de la doctrina.

## II. MODIFICACIONES JURIDICAS

La Ley de Modernización ha introducido importantes modificaciones en la regulación vigente, todas ellas tendentes a facilitar la formación y defensa de la deseada explotación prioritaria. Esto se intenta por varios medios, como evitar el fraccionamiento de las fincas, procurar el aumento de su

extensión y facilitar el mercado de tierras, mediante las normas de carácter civil y fiscal que vamos a ver.

#### A) DEFENSA DE LAS UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO

Es una de las modificaciones más importantes de la nueva Ley en cuanto que corrige el ineficaz sistema contenido en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, sancionando con nulidad el fraccionamiento de fincas por debajo de la unidad mínima.

Con ello se pone de acuerdo con el sistema del artículo 16 de la Ley del Suelo y con varias leyes autonómicas que se habían anticipado en esta solución, como el artículo 52 de la Ley de Madrid de 28 de marzo de 1995 y la Disposición Adicional 3.<sup>a</sup> de la Ley Valenciana de 5 de junio de 1992.

##### a) *Antecedentes*

Para mejor comprensión de la importancia de la nueva medida de nulidad vendrán bien unos trazos de los antecedentes.

La normativa se inició en España con la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo de 15 de julio de 1954, en la cual se las definía como aquellas cuya extensión fuese suficiente para dar un rendimiento satisfactorio utilizando los medios normales de producción. Se prescribía la indivisibilidad de las fincas que no alcanzasen tal extensión, pero como única sanción a la contravención se creaba un derecho de adquisición en favor de los colindantes, que no ha revelado eficacia alguna en la práctica.

Por Decreto de 25 de marzo de 1955, complementado por la Orden Ministerial de 27 de mayo de 1958 se fijaron las extensiones de las unidades mínimas de cultivo en secano y regadío para todos los términos municipales de España.

La Ley de Concentración Parcelaria, en defensa de las fincas de reemplazo obtenidas mediante estas operaciones, estableció para ellas un sistema más eficaz y justificado, dado el coste y lo laborioso de la mejora. En su texto refundido de 8 de noviembre de 1962 dispuso en sus artículos 72 a 76 que se consideraban indivisibles las fincas concentradas con extensión inferior al doble de la señalada como unidad mínima para cada zona concentrada y se dictaba, como consecuencia, la nulidad total y absoluta de los actos o contratos que diesen lugar a fincas inferiores a dicha unidad mínima establecida.

La Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973 refundió en su texto todas las leyes relativas a estructuras agrarias, entre

ellas la de Unidades Mínimas de Cultivo y Concentración Parcelaria. Para esa labor de refundición, se ordenó, en la Disposición Adicional 4.<sup>a</sup> de la Ley de creación del IRYDA de 21 de julio de 1971, que se respetase el contenido sustancial de esas normas que se recogían, sin poderse introducir modificaciones o supresiones de las normas vigentes. Sin embargo, de modo inexplicable, se excedió el mandato en cuanto que en el texto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario no aparecieron, por supresión, los artículos de la Ley de Concentración Parcelaria que dictaban la nulidad de los fraccionamientos ilegales de las fincas concentradas. En cambio se incluyó íntegro el texto de la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo de 1954, no sólo dando una extraña marcha atrás en el tiempo, sino, lo que era peor, volviendo al ineficaz sistema del retracto de colindantes que, para mayor inri y al no distinguir la Ley, se hacía extensivo también a las fincas concentradas.

El sistema que pasó a los artículos 43 a 48 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario que, como decimos, no distinguía entre fincas concentradas y no concentradas y que imponía solamente y por igual la tenue sanción del retracto de colindantes, ha sido objeto de duras críticas y era realmente insostenible. La norma de la nulidad de las fincas concentradas se había mostrado eficaz para su conservación y ya había adquirido carta de naturaleza entre los hombres del campo, con aceptación generalizada.

#### b) *Régimen actual*

La nueva Ley viene a poner fin a los desaguizados que han tenido lugar a lo largo de más de veinte años, introduciendo una acertada medida que, si se aplica debidamente, contribuirá de modo notable a mantener la integridad de las fincas y a potenciar la viabilidad de las explotaciones.

En su artículo 24, que es de aplicación plena a toda España, se establece que la división o segregación de una finca rústica sólo será válida cuando no dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. Hasta aquí, el texto es igual a las anteriores leyes.

Pero el cambio fundamental se contiene en el número 2 de dicho artículo, donde se sienta de modo rotundo y sin lugar a dudas que «serán nulos y no producirán efecto entre las partes ni con relación a tercero, los actos o negocios jurídicos, sean o no de origen voluntario, por cuya virtud se produzca la división de dichas fincas contraviniendo lo dispuesto en el apartado anterior».

La norma es aplicable igualmente en los casos de partición de herencia, según el apartado 3 del artículo, incluso en contra de las disposiciones del testador, aplicándose al efecto las normas establecidas en el Código Civil para la adjudicación de cosas indivisibles si falta la voluntad del testador

o el acuerdo de los herederos. El supuesto, como es sabido, se contempla en los artículos 404 y 1.062 de dicho Cuerpo legal, dándole la solución de adjudicar la cosa sin dividirla a uno de los comuneros que deberá compensar a los demás. No parece necesario aclarar que esta norma del artículo 24 de la nueva Ley deroga cualquier otra disposición más o menos permisiva en esta materia, sea nacional o autonómica. Las Comunidades pueden determinar la extensión de las unidades mínimas como materia de su ámbito; pero por debajo de esa extensión, toda división o segregación será nula de pleno derecho y sin ninguna duda.

c) *Fijación de las unidades mínimas*

El artículo 23 de la Ley entiende por unidad mínima de cultivo la superficie suficiente que debe tener una finca rústica para que las labores fundamentales de su cultivo, utilizando los medios normales y técnicos de producción, pueda llevarse a cabo con un rendimiento satisfactorio, teniendo en cuenta las características socioeconómicas de la agricultura en la comarca o zona.

Las pautas de carácter técnico vienen a ser las mismas que existían en la legislación anterior: superficie suficiente para obtener un rendimiento que se considere satisfactorio, empleo de medios de cultivo adecuados y consideración de los factores peculiares de las comarcas respectivas en el aspecto socioeconómico. Con esas directrices, a veces cambiantes, habrá que determinar en cada caso cuál es la extensión de esas unidades mínimas, que serán distintas para los cultivos de secano y regadío. Y esa misión se encomienda a las Comunidades Autónomas, las cuales concretarán la superficie de las unidades para los distintos municipios, zonas o comarcas de su ámbito territorial (art. 23 de la Ley).

Hasta el momento, sólo algunas de las Comunidades han señalado la extensión de las unidades mínimas de cultivo en su territorio. Son Asturias, por Decreto de 30 de diciembre de 1992; Castilla y León, por Decreto de 16 de agosto del 1984; Cataluña, por Decreto de 12 de abril de 1983, donde fijan por municipios esas unidades en secano y regadío. Madrid lo ha hecho por Decreto de 11 de mayo de 1989, con extensión igual para todos los municipios de su provincia, que es la de 0,75 Ha para regadío, 3 Ha para secano y 30 Ha para montes. Y Cantabria por Ley de 23 de marzo de 1990.

Entendemos que las pautas aplicables para determinar en su caso la divisibilidad de las fincas rústicas serán las siguientes:

1. En primer lugar, para todas las fincas resultantes de la concentración parcelaria, se tendrá en cuenta la unidad mínima de cultivo fijada para

cada zona en el correspondiente Decreto que la declarase de utilidad pública. En los títulos de propiedad expedidos figuran estas extensiones y tanto en ellos como en las inscripciones aparece el dato de su divisibilidad o indivisibilidad de modo patente y claro. Por ello, en las fincas concentradas la pauta es diáfana y sin ninguna dificultad.

2. Para las fincas no concentradas sitas en territorio de las Comunidades Autónomas que han fijado la unidad mínima de cultivo en las disposiciones respectivas, se estará a la extensión determinada en ellas.

3. Para las fincas no concentradas sitas en municipios de Comunidades Autónomas que no hayan concretado hasta ahora la extensión de las unidades mínimas de cultivo, entendemos que rige la Orden Ministerial de 27 de mayo de 1958, antes citada, que consideramos vigente, por la que se determinaron las superficies mínimas para todas las provincias.

No compartimos la opinión de los que creen que esta disposición, por ser complementaria de la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo de 1954 quedó sin valor al ser derogada dicha Ley por la de Reforma y Desarrollo Agrario. La disposición derogatoria de esta última contiene una lista detallada de leyes que desaparecerían por quedar absorbidas en ella; después se explicaba claramente que la derogación se extendía tan sólo a las disposiciones con rango legal referentes a estructuras agrarias; es evidente que la Orden Ministerial no tiene rango de ley, por lo que no fue derogada, cuanto más que seguía siendo complementaria de unas disposiciones incluidas en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario que le han servido de base para subsistir. El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 11 de mayo de 1988, ha declarado la vigencia de esta disposición sin ninguna duda. De no aceptarlo así nos encontraríamos con un vacío que impediría la aplicación de esta última Ley para las fincas no concentradas y sitas en Comunidades sin fijar la unidad.

#### d) *Reflejo registral*

El Decreto de 22 de septiembre de 1955, igualmente complementario de la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo de 1954 y que tampoco ha sido derogado, según creemos, señalaba que los Notarios y Registradores, al autorizar o inscribir documentos en los que se realicen segregaciones o divisiones que den lugar a fincas inferiores a la unidad mínima harían constar en el título y en la inscripción el derecho que asistía a los colindantes para adquirir dichas parcelas.

Como lo dispuesto en este Decreto chocaba abiertamente con la norma de nulidad absoluta que se contenía en la Ley de Concentración Parcelaria, se aclaró por Orden conjunta de los Ministerios de Justicia y Agricultura de

24 de noviembre del mismo año 1955 que aquella disposición no era de aplicación en las fincas concentradas, pues en ellas se daba la nulidad absoluta que protegía estas fincas y no el retracto.

En la práctica lo que realmente se hacía constar siempre era la calificación de divisible o indivisible de las fincas rústicas, tanto en las escrituras como en los asientos. De esa expresión en cada caso dependía la posibilidad o no de dividir las fincas concentradas y sólo se daba un simple aviso del posible retracto para las no concentradas.

Pero la lamentable tabla rasa que vino a originar la equiparación por la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de las fincas concentradas o no, supuso que la sanción legal pasase a ser tan carente de efectos que en la práctica no valía la pena añadir a los títulos o a los asientos una mención que nada significaba y por ello vino a caer en desuso.

Ahora la Ley nueva que comentamos, que iguala también las fincas concentradas y las no concentradas, pero ambas bajo la sanción de nulidad absoluta, hace renacer este aviso expreso que, además de asegurar su efectividad, es una aplicación de la publicidad respecto de terceros.

En el artículo 26-1 se dispone que en toda inscripción de finca rústica en el Registro de la Propiedad se expresará si es de secano o regadío, su extensión superficial y que sólo puede ser susceptible de división o segregación respetando la extensión de la unidad mínima de cultivo.

Creemos que la exigencia legal se cumplirá como antes se hacía, poniendo la expresión divisible o indivisible, sin más, en concordancia con la extensión de la finca bajo el prisma de la unidad mínima correspondiente.

El número 2 del mismo artículo 26 declara que la inexactitud de aquellos datos no puede favorecer a la parte que ocasionó la falsedad, ni enervar los derechos establecidos, aunque deja a salvo la protección que brinda al tercero el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Este último inciso supone situar en los justos términos la publicidad registral, de modo que habrá nulidad en todo caso, pero respetando los derechos de los adquirentes de buena fe. Pero cuando aparezca la calificación de indivisibilidad en la finca, el adquirente queda afectado en cuanto que la causa de nulidad resulta del mismo Registro.

El caso es que se corrige de modo radical lo que disponía antes el artículo 47-2 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, para el cual la inexactitud de los datos no impedía el ejercicio de los derechos, lo que podría hacerse sin necesidad de anular la inscripción. Ahora sí hay nulidad del acto y ello implica la cancelación o rectificación de la inscripción, según el artículo 40 de la Ley Hipotecaria, dejando sólo a salvo los supuestos de protección especial del artículo 34 de la misma Ley.

e) *Excepciones*

Se enumeran en el artículo 25 de la nueva Ley, que modifica sustancialmente el texto que tenía el artículo 44-2 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario. Se suprime en buena hora la segregación que antes se autorizaba para los célebres «huertos familiares», recurso fraudulento del que se había abusado tanto hasta que la Ley del Suelo empezó a poner remedio a estas parcelaciones.

Las excepciones a la regla de la indivisibilidad son ahora las siguientes:

1. Si se trata de cualquier clase de disposición en favor de propietarios de fincas colindantes, siempre que como consecuencia de la división o segregación, tanto la finca que se divide o segrega como la colindante no resulten de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo.

En el precepto modificado de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario se ponía como condición que no resultase un mayor número de predios inferiores a la unidad mínima de cultivo. Ahora se expresa con mayor precisión y la exigencia consiste en que no resulten fincas inferiores en ningún caso.

2. Si la porción segregada se destina de modo efectivo dentro del año siguiente a cualquier tipo de edificación o construcción permanente, a fines industriales o a otros de carácter no agrario.

Hasta aquí coincide con el antiguo precepto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, pero se añade algo más, para poner el supuesto en consonancia con la Ley del Suelo. Así, se condiciona esa segregación a que se haya obtenido la licencia para construir prevista en la legislación urbanística y posteriormente se acredite la finalización de la edificación o construcción en el plazo que se haya establecido en la correspondiente licencia, de conformidad con dicha legislación.

La referencia se concreta en este caso en el artículo 37 de la Ley del Suelo y por ello regirán las normas sobre licencia y certificación facultativa, constando después por nota marginal a la inscripción la terminación de la obra.

Como el artículo 16 de la repetida Ley del Suelo se remite a su vez a la legislación agraria para poder efectuar transmisiones, divisiones o segregaciones sobre suelo no urbanizable, en el último párrafo del artículo 25.b) de la Ley de Modernización se hace la excepción expresa diciendo que en este caso concreto no se vulnera la legislación agraria.

3. Si la segregación es consecuencia del ejercicio del derecho de acceso a la propiedad establecido en la legislación especial de arrendamientos rústicos.

La excepción se refiere a los casos regulados en los artículos 84 a 99 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, cuando los arrendatarios no lo sean del

total de la finca, sino sólo de una parte de ella. Entonces habrá de procederse a la división o segregación que aquí se autoriza de modo excepcional aunque resulte una parcela inferior a la unidad mínima de cultivo. En efecto, en el artículo 93 de la Ley de Arrendamientos Rústicos se concede la posibilidad de ejercitar los derechos de adquisición a los arrendatarios separadamente, referidos a sus respectivas porciones, pero se dice que habrán de respetarse las normas sobre unidades mínimas de cultivo. Parece que con esta excepción expresa del artículo 25.c) de la nueva Ley se viene a autorizar en adelante la fragmentación de la finca arrendada, en este supuesto concreto, aun debajo de los límites mínimos de cultivo establecidos.

4. Si se produce la división o segregación por causa de expropiación forzosa, de conformidad con su legislación específica.

Por supuesto, sólo se expropia la parte necesaria de una finca según los fines que se pretenden y no la finca entera. Como además la extensión expropiada se destina normalmente a obras o instalaciones ajenas al cultivo, la excepción estaría igualmente justificada.

## B) RETRACTO DE COLINDANTES

Quizá resulte extraña la aparición de esta figura en la nueva Ley y no faltará quien se pregunte para qué queremos otro retracto de colindantes cuando ya teníamos uno en el artículo 1.523 del Código Civil. ¿No hubiera sido mejor retocar adecuadamente éste en lugar de dar lugar a una duplicidad con otro precepto diferente sobre la misma materia?

La explicación puede estar en el «respeto» al Código; este es un Cuerpo estable y regula situaciones privadas, mientras que esta Ley tiene un contenido dinámico y económico, con finalidades muy definidas y concretas. En este momento se trata de obtener explotaciones rentables y competitivas con las de otros países de la Unión Europea; al decir en este momento no se puede disimular el carácter coyuntural de la Ley y por eso no parecía aconsejable reformar el retracto del Código.

No se trata ahora de defender o criticar la posible efectividad del retracto del artículo 1.523. Simplemente, decimos que al tratarse de situaciones y finalidades distintas, ha sido mejor diferenciar ambos retractos y dejar a cada uno en su ámbito respectivo.

### a) *Supuestos de aplicación*

El nuevo retracto se concede en favor de los titulares de explotaciones prioritarias cuando se trata de la venta de una finca rústica colindante de superficie inferior al doble de la unidad mínima de cultivo.

Si se compara el artículo 27-1 de la nueva Ley con el artículo 1.523 del Código resaltan algunas diferencias:

En primer lugar, en la Ley nueva se da solamente en favor de titulares de explotaciones prioritarias, mientras que en el Código pueden ejercerlo todos los colindantes sin ninguna limitación.

La extensión es otra diferencia, pues en el Código la finca a retraer ha de ser siempre menor de una hectárea, sin distinguir entre secano o regadío. En la nueva Ley esta finca debe ser menor del doble de la unidad mínima de cultivo que se fije para cada clase, pues si fuese mayor ya sería una finca de resultados aceptables, cayendo fuera de la finalidad de conseguir explotaciones prioritarias.

En cuanto al retrayente, la dicción del artículo 27 de la Ley es clara en exigir que éste ha de ser titular de una explotación prioritaria. Se puede suscitar la cuestión de si basta con la titularidad empresarial, es decir, el ejercicio de la actividad agraria, sin necesidad de ser propietario de la finca colindante; el artículo 2.º-4 de la Ley atribuye la titularidad a la organización con criterios empresariales de los bienes que integran la explotación, cualquiera que sea el título. Pero consideramos exagerada esta interpretación del concepto de titular que a estos efectos da la Ley. La verdad es que en los restantes apartados del mismo artículo 27 que regula el retracto se habla repetidamente de dueños y propietarios colindantes y esa interpretación es más lógica y parece más acorde con la finalidad que persigue la Ley. Hay que concluir, por tanto, que para ejercitar este retracto es preciso ser titular dominical de las fincas colindantes.

Otro requisito diferenciador es que la explotación retrayente ha de ser precisamente prioritaria y ya declarada como tal por el órgano competente autonómico. Aunque el artículo 15 parece sólo referirse a los efectos de beneficios fiscales, creemos que aquí también debe aplicarse, pues no hay otro medio de acreditar que se reúnen los requisitos para ostentar esa condición de prioridad.

Quizá hubiera estado también justificada la concesión del retracto para aquellas explotaciones que no siendo aún prioritarias, pudiesen alcanzar tal condición mediante el ejercicio de este retracto; pero hubiera sido introducir un factor de inseguridad y posiblemente un semillero de pleitos.

Entendemos que sigue vigente y será aplicable en este caso el artículo 227 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario que da lugar a la extinción del retracto de colindantes de la parcela que se incluya en la concentración parcelaria del lugar mientras dure el procedimiento, salvo que la demanda se hubiera interpuesto antes de la inclusión. La suspensión nos parece normal porque si la parcela, en unión de otras, pasa por la concentración a ser una finca de reemplazo nueva, de mayor extensión y hasta situada en posición distinta, seguramente ya no colindante con la

explotación del retrayente, mal podrían darse los supuestos básicos para el retracto.

Y será una cuestión de hecho, apreciable por los tribunales, la aplicación a este nuevo retracto de la excepción señalada en el segundo párrafo del artículo 1.523 del Código Civil. Si las tierras colindantes están separadas por arroyos, acequias, barrancos, caminos y otras servidumbres, no se da el retracto ordinario. En el nuevo no se dice nada; además, si las máquinas o modernos medios de cultivo permiten la explotación de ambas fincas sin dificultades a pesar de esos accidentes, no habrá inconveniente en autorizar el retracto de la nueva ordenación.

Sí consideramos aplicable la norma común a todos los retractos del artículo 1.518 del Código que impone el reembolso del precio de la compra y además los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta, así como los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida. Igualmente será aplicable el procedimiento establecido en los artículos 1.618 a 1.630 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para ejercitar el derecho de retracto en general.

#### b) *Preferencias entre retrayentes*

Pueden presentarse cuestiones de preferencia entre los varios colindantes que pretendan este nuevo retracto y cabe también la concurrencia con los de otros retractos legales existentes.

1. En cuanto al primer caso, el número 2 del artículo 27 señala que será preferido el dueño de la finca que con esta adquisición iguale o supere la extensión de la unidad mínima de cultivo y, de entre ellos, si hay varios que la superen, tendrá preferencia el dueño de la finca de menor extensión. En el número 3 se aclara que cuando ninguna de las fincas colindantes candidatas al retracto iguale o supere la unidad mínima de cultivo como consecuencia de la adquisición, será preferido el dueño de la finca de mayor extensión.

El criterio de preferencia es, por tanto, favorable a la finca menor si con el retracto se alcanza la unidad mínima de cultivo y en favor de la finca mayor en caso contrario. Se trata de conseguir la mayor productividad y eso motiva la aparente disparidad.

Como es sabido, el criterio del Código Civil es mucho más simple al dar preferencia siempre al colindante de menor cabida y en caso de igualdad al que lo haya solicitado antes.

2. La nueva Ley no trata para nada la cuestión de la prelación en el caso que puede presentarse si se intenta el retracto que en ella se configura y el de las demás posibles figuras de retracto existentes en el Código o en otras leyes.

Sería demasiado simplista decir que puesto que esta Ley es la posterior, su retracto se antepone a todos los existentes, considerando el derecho regulado en ella como preferente a los demás. Los preceptos correspondientes del Código y de la Ley de Arrendamientos Rústicos conservan su vigencia y creemos que habrá que acudir también a ellos para tratar de armonizar estas disposiciones y construir un sistema válido de prelación.

Por supuesto, en cada caso habrán de decidir los Tribunales, pero eso no nos exime de esbozar la opinión que nos parece más razonable:

- En primer lugar, consideramos que el retracto de comuneros es preferente al de colindantes; así se establece, sin ninguna distinción, en el artículo 1.524 del Código Civil. Por ello creemos que esta preferencia es también aplicable a este retracto especial en cuanto resulta más perturbadora la situación de comunidad y debe facilitarse su supresión antes de conceder entrada a los extraños.
- Cuando se pretendan a la vez retractos de colindantes por la vía del artículo 1.523 del Código y de la nueva Ley, entendemos que este último será el preferente cuando, como es normal, el retrayente tenga la condición de titular de una explotación prioritaria. Esta preferencia no tiene duda en el supuesto de optar a las superficies agrarias realizadas por las Administraciones Públicas, según el artículo 7-1.a) de la nueva Ley; en los demás casos, la situación de preferencia está latente no sólo en dicho precepto sino en todo el sentido general de la Ley.
- En cuanto a la concurrencia con el retracto arrendaticio, la solución no parece tan clara. El artículo 94 de la Ley de Arrendamientos Rústicos dice que los derechos de adquisición del arrendatario serán preferentes a cualquier otro, salvo el retracto de colindantes establecido en el artículo 1.523 del Código Civil que prevalecerá cuando no excedan de una hectárea tanto la finca objeto del retracto como la colindante que lo fundamente. Parece que se da preferencia al arrendatario siempre, salvo cuando se produzca una situación de minifundismo extremo que aconseje acudir antes a evitarlo. La norma está lo suficientemente clara en el sentido de que debe darse preferencia a que el arrendatario acceda a una propiedad que no tiene frente a un extraño que ya es propietario y sólo quiere aumentar su superficie.

La Ley nueva no dice nada sobre el particular y por eso nos inclinamos igualmente a considerar preferente al arrendatario de acuerdo con la norma clara del artículo 94 de la Ley de Arrendamientos Rústicos; la excepción que hay en ella es muy concreta y sólo aplicable respecto de fincas retrayentes menores de una hectárea,

que evidentemente no es el supuesto de la explotación prioritaria de la nueva Ley, por lo que aquí no sería aplicable.

- Por último, habrá que conjugar estas gradaciones con la posibilidad de concurrencia con otros retractos especiales como los gentilicios regulados en las leyes forales de Navarra y Vizcaya. Es sabido que las disposiciones de aplicación plena, como lo es el artículo 27 de la Ley de Modernización, lo son sin perjuicio de la existencia de normas civiles forales o especiales, según la Disposición Adicional 2.ª de dicha Ley, y por ello habrán de tenerse en cuenta las normas de prelación reguladas para estos retractos familiares dichos.

### c) *Plazos de ejercicio*

El artículo 1.524, en cuanto al retracto del Código Civil es oscuro y ha dado lugar a dispares opiniones. Esos nueve días desde la inscripción en el Registro o, en su defecto, desde el conocimiento que haya tenido el retrayente de la venta han dado lugar a pleitos, originando fallos judiciales no siempre acordes; el plazo es brevísimo si había inscripción e inseguro si no la había, por la dificultad de fijar la fecha del conocimiento de los retrayentes.

La nueva Ley señala en el artículo 27-4 que el plazo para ejercitar el retracto que regula será de un año a contar desde la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Esa inscripción registral se refiere, naturalmente, a la de la venta de la finca en cuestión y entendemos que la fecha computable será la del asiento de presentación del título correspondiente, de acuerdo con el artículo 24 de la Ley Hipotecaria, pues a todos los efectos legales se considerará como tal la fecha del asiento de presentación que deberá constar en la inscripción misma.

Pero si antes del año de la inscripción se notifica la venta y sus condiciones a los propietarios de las fincas colindantes, el plazo de ejercicio del retracto se limitará a sesenta días desde la notificación (art. 27-4 *in fine*).

De acuerdo con el artículo 5 del Código el cómputo del año se cuenta de fecha a fecha y en el de los días el plazo empieza en el siguiente y no se excluyen los días inhábiles.

Otro plazo a tener en cuenta, pero ya *a posteriori*, es el de mantenimiento obligado de la adquisición por el retrayente. Se señala que en el número 5 del artículo 27 de la Ley que el propietario colindante que haya ejercitado el derecho de retracto no podrá enajenar la finca retraída hasta que no transcurran seis años desde la fecha de la adquisición.

Esta limitación es análoga a la que se impone al arrendatario retrayente

en el artículo 99-3 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, de llevar personalmente el cultivo de la finca por un plazo igual. La razón es idéntica, o sea, evitar adquisiciones en condiciones favorables, para después buscar el lucro en una reventa rápida.

### C) ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS

La nueva Ley expone en su preámbulo los motivos que le han llevado a modificar algunos preceptos de la Ley de Arrendamientos Rústicos, al decir que se quieren abrir vías para la obtención de rentas complementarias a los profesionales de la agricultura. Precisamente se empieza por retocar este concepto de profesional agrícola distinguiendo el que lo es de modo total y el que tiene otras ocupaciones, en relación con la procedencia de sus rentas y el tiempo que dedica a las actividades agrarias y otras distintas o complementarias.

Se pretende también corregir el mercado actual de la tierra mediante la flexibilización de los plazos de duración del contrato de arrendamiento y de sus prórrogas. La duración menor de los arrendamientos, se dice, está más de acuerdo con la frecuencia con que se vienen produciendo cambios en la agricultura actual y puede permitir, y a ello se tiende, un sustancial incremento de la oferta de tierras a arrendar, así como un mercado más fácil y abierto.

Veremos si se cumplen los pronósticos en materia tan cambiante y cargada de tintes no sólo económicos sino sociales.

Veamos los dos puntos en que se ha centrado la modificación de la norma arrendaticia, a saber, la profesionalidad agrícola y la duración del contrato.

#### a) *La profesionalidad en la agricultura*

Según el artículo 14 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980 sólo podrían ser arrendatarios de fincas rústicas los profesionales de la agricultura. La enumeración de éstos, que contenía el artículo 15, era limitativa y cerrada. Ahora, en la Disposición final 1.ª de la Ley se le da una nueva redacción, de acuerdo con sus orientaciones.

Según ella se considerarán profesionales de la agricultura:

1. Las personas físicas capaces o emancipadas que, dedicadas a actividades agrícolas se ocupen de manera efectiva y directa en la explotación como agricultor profesional, entendiéndose como tal el que reúna las condiciones del artículo 2-5 de la Ley de Modernización.

2. Las sociedades cooperativas agrarias, sean de explotación comunitaria de la tierra o de trabajo agrícola asociado.

3. Las sociedades agrarias de transformación u otras sociedades civiles, laborales o mercantiles. En el caso de que sean anónimas han de tener como objeto exclusivo la actividad agraria, habiendo de ser sus acciones nominativas.

4. Por último, las entidades u organismos de las Administraciones públicas que estén facultados conforme a sus normas reguladoras para la explotación o subarriendo de fincas rústicas.

Como se ve, se han perfilado más los conceptos de agricultor individual y social y en cambio se da mayor amplitud a los organismos que pueden llevar fincas en explotación o para su subarriendo.

#### b) *Duración del contrato*

La Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980 establece en su artículo 25 una duración mínima de seis años para los contratos a ella sometidos, con una primera prórroga de otros seis años y otras prórrogas sucesivas de tres años cada una, con una limitación total, entre contrato y prórrogas, de veintiún años. Estas prórrogas dependen únicamente de la voluntad del arrendatario. El único derecho del arrendador en este punto es recuperar la finca si se compromete a cultivarla por plazo de seis años por sí directamente o por su cónyuge o descendientes.

Las líneas directrices de la Política Agraria Comunitaria han influido en la nueva Ley, que viene a acortar los plazos y a suprimir las prórrogas a la sola voluntad del arrendatario. Naturalmente, se respetan los contratos existentes, con arreglo al criterio general transitorio.

El artículo 28 de la nueva Ley de Modernización establece que en adelante los contratos de arrendamiento rústico tendrán una duración mínima de cinco años. El arrendador podrá recuperar la finca al término del plazo contractual, sin otro requisito ni compromiso que el de notificarlo al arrendatario, con un año de antelación al menos.

De no haber recuperado el arrendador la finca en el modo expresado, el contrato se entenderá prorrogado por tres años, y así sucesivamente, pudiendo el arrendador ejercitar el derecho de recuperación al término de cada prórroga, previa la notificación establecida.

Por su parte, el arrendatario podrá dar por extinguido el contrato al término de cada año agrícola, notificándolo al arrendador con un año de antelación.

Como se ve, las prórrogas que estaban antes a la sola merced del arrendatario, pasan ahora a depender de la voluntad del arrendador. Con ello

se facilita la recuperación de la finca por éste y se ensancha el mercado de tierras en arrendamiento.

Esta idea es la que se propone la Ley, pero como estas normas sólo se aplican a los contratos venideros será preciso esperar al menos los cinco años de duración contractual mínima fijada para ver los resultados y la situación del mercado de tierras tal como se refleja en la realidad campesina.

Precisamente en espera de esa evolución, la Ley, en su artículo 29 autoriza al Gobierno para establecer incentivos económicos a los propietarios que arrienden sus fincas por plazo superior a ocho años, siempre que el arrendatario titular de la explotación alcance o mantenga la condición de prioritaria.

#### D) TRANSMISIÓN DE EXPLOTACIONES

El llamado Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Agricultores Jóvenes promulgado por la Ley 49/1981, de 24 de diciembre, derogó parcialmente los artículos 28, 32 y 35 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario al establecer un régimen sucesorio para todas las explotaciones familiares agrarias. Pero dicho Estatuto ha tenido tan escasa aplicación práctica que ahora se ha derogado por la nueva Ley de Modernización. Por ello se hacía necesario llenar el vacío legal para dar normas de sucesión en las explotaciones que fueron constituidas por el IRYDA y después por los organismos autonómicos que han asumido sus funciones.

Por la Disposición final 2.<sup>a</sup> de la nueva Ley, de aplicación plena, se modifica el texto de los citados artículos 28, 32 y 35 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, dándoles nueva redacción. Veamos esas modificaciones referentes a las transmisiones de las explotaciones creadas por las Administraciones públicas, tanto entre vivos como por causa de muerte.

##### a) *Inter vivos*

Aunque, seguramente por error material, se menciona el número 3<sup>o</sup>, en realidad se modifica el número 2 del artículo 28 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario en el sentido de que la autorización administrativa para desafectar, dividir, gravar o transmitir por actos *inter vivos* estas explotaciones, no será necesaria una vez que hayan transcurrido ocho años a contar de la fecha del otorgamiento de la escritura de transmisión de su propiedad, siempre que se haya satisfecho la totalidad del precio que pudiera haber quedado aplazado. Los cambios de titularidad deberán hacerse en escritura pública.

Hasta aquí el texto de la nueva redacción del número 2 del artículo 28 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario. Pero este último inciso debe completarse con el contenido del número 3 del mismo artículo, que no sólo exige la escritura, sino que señala expresamente la obligación de inscribir tal transmisión *inter vivos* en el Registro de la Propiedad. Además, cuando se trate de fincas resultantes de la concentración parcelaria, el artículo 235-2 de la misma Ley establece como inexcusable la inscripción de todos los actos y contratos de trascendencia real que sobre ellas recaigan.

b) *Mortis causa*

Las antiguas leyes de Colonización, refundidas después en la de Reforma y Desarrollo Agrario, regularon la transmisión de las explotaciones creadas por el Instituto, distinguiendo dos situaciones sucesivas: la primera a título provisional o posesorio, llamada «concesión», y después, cuando la explotación ya ha sido adjudicada en propiedad.

El artículo 29 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario establece que las tierras destinadas a constituir explotaciones se adjudicarán siempre por el Instituto en concepto de concesión administrativa.

Si atendemos a la idea que al respecto tienen las leyes administrativas, esta atribución de tierras tiene poco de verdadera concesión. Sin entrar en discusiones doctrinales, la realidad es que la naturaleza jurídica de esta figura tiene mejor encuadre con el de una venta de tierras sujeta a una doble condición suspensiva, consistente, por un lado, en el cultivo personal del colono que debe mostrar su calidad de empresario agrícola y, por otro, en el natural pago de las cuotas de amortización (art. 30 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario). Transcurridos ocho años desde la instalación del colono en la explotación, una vez declarada su aptitud para el ejercicio de la empresa agraria y cumplidas sus obligaciones de pago, el Instituto otorga a su favor la escritura pública de transferencia de la propiedad (art. 34). Hay, pues, una verdadera venta, una vez cumplidas las suspensiones de que dependían para su efectividad.

Por tanto se pueden dar dos supuestos, según ocurra la sucesión *mortis causa* del titular de la explotación en el período inicial de «concesión» o una vez adquirida la propiedad.

1. *Sucesión en la «concesión»* —Derogado el Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y su sistema sucesorio, la Ley de Modernización da una nueva redacción al artículo 32 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, introduciendo algunas aclaraciones y retoques al texto primitivo.

En su número 1 establece que al morir el concesionario se transmitirá

la concesión al cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho y en su defecto a uno de los hijos o descendientes del agricultor.

Para el caso de que existan varios descendientes agricultores, el número 2 establece que sucederá en la concesión el que haya sido designado por el concesionario en el testamento y, en su defecto, el elegido de común acuerdo entre ellos. Si no hubiese acuerdo se transmitirá al que viniere cooperando habitualmente en el cultivo de la explotación y si fueren más de uno, será preferido el que hubiese cooperado durante más tiempo.

A falta de cónyuge no separado y de hijos y descendientes, la concesión se transmitirá al designado por el concesionario en su testamento o al que fuera designado heredero *abintestato*, notarial o judicialmente, siempre que sea agricultor. Si lo fueran varios en las mismas condiciones, se observará el orden de preferencia establecido en el apartado anterior.

Se mantiene el mismo texto del número 5 del artículo 32 que ordena que en todo caso deberá practicarse la notificación al Instituto, el cual expedirá nuevo título a favor del adquirente si procede o declarará nula la transmisión si no han concurrido los requisitos necesarios.

En el número 3 del mismo artículo 32 se computa como valor de la concesión a efectos de la partición lo que el concesionario hubiera pagado a cuenta del precio, así como las mejoras útiles realizadas por dicho concesionario en la finca, de acuerdo con los planes aprobados por el Instituto, por remisión al artículo 33-3 de la misma Ley.

2. *Sucesión en la propiedad de la explotación.*—El artículo 35 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario en su texto de 1973 establecía como regla normal para la sucesión de estas explotaciones, ya en propiedad, lo dispuesto en el Código Civil y en las legislaciones forales o especiales, para el caso de que las explotaciones fuesen divisibles. De no serlo, se articulaba un sistema de adjudicación a uno solo de los herederos, el cual debería abonar a los demás lo recibido en exceso; se creaba una afección de los bienes, con constancia registral, en regulación análoga al artículo 15 de la Ley Hipotecaria.

Este sistema fue modificado fuertemente por el Estatuto de la Explotación Familiar Agraria de 1981, con una normativa difícil de aplicar por lo complicada.

Derogado dicho Estatuto, con todas sus normas sucesorias especiales, se da ahora nueva redacción al artículo 35 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, adoptándose el criterio sencillo de volver a las normas generales sucesorias de nuestras leyes ordinarias.

Así, dice el nuevo artículo 35 que por muerte del propietario, la explotación no podrá ser objeto de división y la transmisión *mortis causa* de la misma se ajustará a lo dispuesto en el Código Civil o en las disposiciones de igual carácter en las Comunidades Autónomas que sean de aplicación.

En todo caso, pues, debe respetarse la indivisibilidad de la explotación agraria, por mandato expreso de la Ley y deberá adjudicarse entera en favor de una sola titularidad, sea individual o colectiva, formada por todos o varios de los herederos.

Los números 4, 5 y 6 del artículo 35 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario fueron mantenidos tras la modificación del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y, por tanto, han seguido vigentes. En ellos se establecía la obligación del adjudicatario de abonar el exceso en dinero a los demás herederos, con la afección registral dicha antes. Pero ahora se plantea la duda de que en la nueva Ley de Modernización parece que se reduce el artículo 35 a su primer párrafo, sin decir nada de los demás apartados. Aunque quizá hubiese sido conveniente mantenerlos, por aportar resultados prácticos al problema de la indivisibilidad, parece que habrá que considerarlos inexistentes por la omisión de ellos que se hace en la nueva Ley.

Por otra parte, no existe vacío legal en cuanto que si la explotación fuese indivisible, el Código Civil nos proporciona la solución en el artículo 1.062. Consistirá en adjudicar la explotación a uno o a varios, siempre bajo una sola y única titularidad, a calidad de abonar a los demás el exceso en dinero.

En las regiones no sujetas al Código Civil, las respectivas normas forales o especiales a que se remite este artículo 35 de la Ley, contendrán las soluciones adecuadas que deberán aplicarse en cada caso, siempre bajo el supuesto de mantener la integridad de la explotación agraria que es lo que la Ley trata siempre de conseguir.

## E) BENEFICIOS FISCALES

Un trato fiscal favorable suele ser el incentivo a que acuden las leyes que se proponen objetivos económico-sociales.

Esta Ley también lo hace y vamos a resumir los beneficios que contiene respecto a los Impuestos de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y aún en el de Sucesiones y Donaciones en algún caso. Nos remitimos a los preceptos correspondientes, donde se detallan todos los requisitos que se exigen para su concesión.

Vamos con el resumen:

- En el artículo 8 se declaran exentas la constitución, modificación y cancelación de los préstamos hipotecarios sujetos al IVA, para la realización de planes de mejora para la obtención de explotaciones prioritarias.
- En el artículo 9 se concede una reducción del 90 y hasta del 100 por

100 de la base en la transmisión de una explotación en su integridad en favor del titular de otra explotación que sea prioritaria. Esta bonificación debe constar en la inscripción registral correspondiente, con pérdida de la misma si el adquirente transmite a su vez dicha explotación antes de que transcurran cinco años.

- En el artículo 10 se concede exención por la adquisición de terrenos para completar bajo una sola linde la superficie suficiente para constituir una explotación prioritaria.
- Se concede en el artículo 11 una bonificación del 75 por 100 de la base en la adquisición de terrenos en favor del titular de una explotación prioritaria que alcance o no pierda esa condición como consecuencia de tal adquisición.
- En el artículo 12 se concede exención para las permutas de fincas rústicas que se realicen con la finalidad de suprimir enclaves o servidumbres de paso o para reestructurar explotaciones, tal como ocurre en las concentraciones parcelarias de carácter privado.
- En el artículo 13 se concede una reducción del 90 por 100 de la base en los expedientes de dominio, actas de notoriedad y otros títulos para inmatricular o reanudar el tracto sucesivo en el Registro de la Propiedad de las fincas integradas en una explotación prioritaria.

Recordemos que la condición de explotación prioritaria a los efectos de la obtención de estos beneficios, se acreditará mediante certificación expedida por el órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma respectiva, según el artículo 15 de la Ley.

Además de los anteriores beneficios dados en favor de las explotaciones prioritarias, la Ley contiene estos otros:

- En beneficio de los agricultores jóvenes o asalariados agrarios, en el artículo 20 se declara exenta la transmisión o adquisición, por cualquier título, del pleno dominio o del usufructo de una explotación o de parte de la misma o de una finca rústica. En el mismo precepto se concede un incremento de diez puntos en las reducciones en la base establecidas en los artículos 9 y 11, antes vistos, si el adquirente es un agricultor joven o asalariado agrario, siempre que la transmisión o adquisición se haya realizado durante los cinco primeros años de su primera instalación.
- En las transmisiones *mortis causa* y donaciones *inter vivos* que se realicen de superficies de dedicación forestal, se practicarán reducciones del 90, 75 ó 50 por 100, según los supuestos señalados en la Disposición adicional 4.<sup>a</sup> de la Ley.

El régimen sancionador se contiene en el artículo 21 de la Ley, que se remite, para las infracciones y sanciones, a la Ley General Tributaria.

### III. CONCLUSION Y RECUERDO

Hemos visto que la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias se propone la finalidad principal que se expresa en su título y para ello adopta una serie de medidas que han quedado expuestas.

Las hay de carácter técnico-agronómico que pretenden adaptar nuestras estructuras empresariales a las directrices de la política agraria de la Unión Europea y a los tratados comerciales multilaterales. Se quiere centrar esta modernización en la meta de conseguir unas explotaciones viables que nos permitan pasar de una agricultura de subsistencia a otra competitiva y de mercado.

Los estímulos y apoyos que se adoptan pueden llegar a producir los efectos que se buscan. Que esto se consiga o no dependerá de varios factores, unos nacionales y otros externos, dado el gran peso del mercado internacional en que ya nos encontramos de modo inevitable.

El otro aspecto en el que se intenta la mejora se refiere a las estructuras territoriales. Especialmente acertadas nos parecen las medidas que buscan mantener y aumentar el tamaño de las explotaciones y las fincas. La posibilidad legal que existía hasta ahora de dividir hasta el infinito nuestras tierras hasta convertirlas en harapos inservibles no se podía mantener; por ello consideramos justificadas las modificaciones que impiden la división de las explotaciones y el fraccionamiento de las fincas por debajo de la unidad mínima de cultivo. También es aceptable la nueva regulación del arrendamiento rústico que se había convertido en casi un censo irredimible. Igualmente vemos con buenos ojos la vuelta a las normas sucesorias normales para las explotaciones agrarias, evitando los extraños llamamientos existentes. El nuevo retracto, que aclara plazos y condiciones, quizá pueda resultar algo extraño para una visión civilista pura, pero resulta útil a la finalidad concreta a la que se destina de incrementar las explotaciones prioritarias.

En definitiva, abrigamos esperanzas en cuanto a la eficacia de las medidas técnicas y consideramos favorables las medidas jurídicas en defensa de explotaciones y fincas.

Y no queremos terminar sin un recuerdo inevitable. La publicación de esta Ley en el *BOE* ha venido a coincidir con la noticia de la supresión administrativa del Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, más conocido por las siglas IRYDA o, simplemente, el Instituto. Gran parte de la «culpa» de esta desaparición la tiene la atribución constitucional de las

competencias en materia agraria a las Comunidades Autónomas, en el seno de las cuales han ido apareciendo organismos que han absorbido las funciones del Instituto, hasta dejarlo vacío de contenido.

La labor agronómica de estructuración realizada por el Instituto, que puede verse por los campos de España, fue fruto de una perfecta simbiosis entre técnicos y juristas. Se trabajaba sobre la tierra y sus derechos y por eso la colaboración armoniosa produjo positivos resultados.

Tanto en el IRYDA como en los organismos que le precedieron con diversos nombres han trabajado a lo largo de muchos años varios Registradores de la Propiedad, cuyo recurso tenemos que rememorar.

La lista de disposiciones legales o reglamentarias que tuvieron su origen en el Instituto es numerosísima, desde la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1935 hasta ésta, que tiene todos los visos de ser la última. En todas ellas han participado de modo activo tanto los Registradores que estaban dentro como los que estaban en comisiones o tenían puestos en los órganos legislativos.

A partir del germen de los juristas del Instituto, las normas adquirían su ropaje posterior. De allí salieron los borradores o anteproyectos de las leyes de colonización, patrimonios familiares, explotaciones ejemplares, unidades de cultivo, permuta forzosa de fincas rústicas, concentración parcelaria y ordenación rural, todas ellas luego refundidas en el texto aún vigente de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973. Después se elaboraron los borradores de la Ley de Fincas Mejorables de 1977 y la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980.

Y ahora tenemos esta Ley de Modernización, que puede ser la última que, también con la colaboración de Registradores, se haya preparado dentro del ámbito del Instituto.

Por eso, no queremos perder la ocasión, al comentarla, de rendir homenaje y recuerdo a cuantos, técnicos y juristas, prestaron a lo largo de varios años su valioso concurso en la tarea de pretender la mejora de nuestros campos dentro del ámbito de esta entrañable institución que desaparece.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS  
Registrador de la Propiedad

# DICTAMENES Y NOTAS



# Sobre la indignidad para suceder y legitimación activa para invocarla en Derecho portorriqueño

*Hipótesis:* Imputada al causante la comisión de un delito de fraude respecto de uno de los llamados a sucederle, imputación que éste hace en demanda interpuesta en procedimiento civil, habiendo fallecido el causante en trámites de la causa, ¿es referible a aquél la indignidad para suceder al demandado, fallecido sin testar?

El artículo 685, 3.º CC dispone que son incapaces de suceder por causa de indignidad: «3.º El que hubiese acusado al testador de delito al que la Ley señala pena aflictiva, cuando la acusación sea declarada calumniosa». Tal causa es, asimismo, motivo de desheredación, según dispone en general el artículo 777, CC («Son justas causas para la desheredación, en sus respectivos casos, las de incapacidad por indignidad para suceder, señaladas en el artículo 685 con los números ... 3 ...»). Causa que el artículo 778 reitera en general para desheredar a los descendientes, y el 779 para desheredar a los ascendientes.

Dichas causas son aplicables asimismo a la sucesión intestada, según prescripción del artículo 877, CC: «Lo dispuesto sobre la incapacidad para suceder por testamento es aplicable igualmente a la sucesión intestada».

Una diferencia de trato entre las situaciones de indignidad y de desheredación deriva de que en ésta el testador —suponiendo, pues, una sucesión testamentaria— puede provocar su ineficacia mediante reconciliación, o mediante la remisión por parte del causante efectuada en documento público o testamento (arts. 781 y 686, respectivamente, CC).

Dos requisitos, pues, determina la norma para configurar la causa de indignidad para suceder en tema de imputación de delito que implica pena aflictiva:

- a) Acusación por el llamado a suceder.
- b) Que la misma sea declarada calumniosa.

a) *La acusación*. En el procedimiento criminal español, así en el Código Penal de 1870 y su legislación rituarial, como en la legislación española vigente, se separan como actuaciones distintas las de denuncia y acusación. La *denuncia* es la notificación a la autoridad de la presunta comisión de un delito perseguible de oficio, a que todo ciudadano viene obligado. La *acusación* es la participación privada en la instrucción del sumario y subsecuentes diligencias, a lo cual nadie viene obligado sino que lo asume voluntariamente.

Obviamente, sería un contrasentido imponer a una persona la obligación de notificar la presunta comisión de un delito y, por cumplimiento de dicha obligación legal, imponerle, luego, una sanción. Así ocurre, por ejemplo, en el ámbito de las donaciones cuando los autores fijan como uno de sus efectos la *gratitud* del donatario; cuando la previsión del Código Civil es sancionar la ingratitud: esto es, interponer una acusación, sosteniéndola, contra el donante, a lo que nadie viene obligado; sentido que debe darse al artículo 590, 2.º CC.

En otras palabras, así en donaciones como en testamentos y, en general, en la sucesión —en todo caso, tipología de negocios y fenómenos gratuitos— parece ser el reclamo del legislador sancionar una actitud indebida por parte de un beneficiado y hacia el benefactor, salvo que se actúe en cumplimiento de un mandato legal. Consiguientemente, tiene sentido que el donatario o el sucesor puedan y deban denunciar un presunto delito realizado por donante o causante, pero sancionando la conducta dirigida a algo más que el cumplimiento de ese deber: sustentar la acusación privada.

En Puerto Rico, luego de la derogación del Código de Enjuiciamiento criminal, la acusación privada es inexistente, subsistiendo solamente la querrela, como equivalente a la denuncia española.

Consiguientemente, querellarse es, en Puerto Rico, el cumplimiento de una obligación legal que no deriva sanción alguna.

Desaparecida la distinción entre denuncia y acusación, ¿queda sin sanción la actuación de la persona que, directamente, provoca aquella imputación delictiva que, asimismo, sustenta ante los Tribunales?

Este es el dilema que ofrece la legislación civil, rota su armonía con la penal.

A favor de estimar que tales causas de sanción (revocación de la donación por ingratitud, indignidad para suceder por testamento o sin él) estarían periclitadas sería el principio de estricta legalidad, en el sentido de que, siendo normas sancionatorias, deben interpretarse restrictivamente. Y, dado que las normas penales, rituarial, impiden la hipótesis, entenderla derogada tácitamente.

A favor de considerar que las sanciones subsisten está la propia letra de los textos legales:

1) El artículo 590 CC, al emplear un término amplísimo (*imputare*) parece prescindir de la normativa rituarial; si bien la expresión final del precepto, «aunque lo pruebe», claramente está aludiendo a la intervención activa del imputante en el proceso penal.

2) Por lo que aquí interesa, en tema de sucesiones, la sanción legislativa tiene mayor alcance, pues no se castiga el hecho en sí de la imputación, sino el resultado: ser ésta calumniosa.

Y como quiera que la norma del Código Civil tiene carácter sustantivo, parece que es menester adecuar la normativa rituarial o procedimental, cuando no procesal, a aquélla, si bien observando la debida prudencia: nunca el resultado debe derivar a una mayor sanción que la prevista en la disposición sustantiva; nunca debe eludirse el cumplimiento de la norma bajo excusa de ser sancionatoria u odiosa (art. 21 CC).

b) *El resultado.* Tajantemente reclama el precepto citado, artículo 685, 3.º, que la acusación sea declarada calumniosa. Esto es, que, en sí misma, la acusación implica un delito (el viejo delito de calumnia de la legislación española; la actual calumnia de la sección 3.ª, Ley de 19 de febrero de 1902, 32 LPRA, sec. 3143), tipificada como delito de difamación (art. 118, CP, enmendado por Ley núm. 101 de 4 de junio de 1980). Consiguientemente, es menester la correspondiente sentencia judicial al respecto.

Llevados los presupuestos normativos a la hipótesis de hecho contemplada, es de determinarse sus posibles relaciones y los problemas que de ello derivan.

1. *Acusación y demanda en pleito civil, como términos equiparados.*

No existiendo en Puerto Rico la vieja acusación española, ¿es dable equiparar a la misma una demanda en pleito civil?

De entrada cabe decir que es más grave la imputación delictiva vía demanda civil que mediante acusación.

En efecto, toda persona a quien se imputa un delito perseguible de oficio tiene a su favor un conjunto de derechos constitucionales, que garantizan la adecuada defensa. Por el contrario, el procedimiento civil, como es de todos sabido, corre por caminos muy diferentes, lo que implica —puede implicar— un enorme riesgo, sensiblemente mayor para el imputado, al verse *acusado* sin los derechos a defenderse que le consagra así la Constitución como la legislación criminal. Cabría decir que la imputación en demanda civil es una *velada acusación*, que, con ventaja para el imputante, elude el rigor del debido procedimiento, evitándole indirectamente las resultas perniciosas de una acusación en vía penal. No obstante, estar *deshonrando* o

*desacreditando, imputando la comisión de un hecho delictivo o la honradez, integridad, virtud o buena fama del «acusado», son actos todos que tipifican el delito previsto en el artículo 118 CP, citado.*

Realmente entre la demanda civil y la acusación la única diferencia sustantiva deriva de la vía procesal elegida: en la demanda, quien promueve es el que imputa, al igual que en la antigua acusación; pero, además, imputa con ventaja, al prescindirse de las garantías propias del enjuiciamiento criminal en beneficio de aquel a quien hay que presumir inocente ínterin no se pruebe lo contrario. Incluso, parece pretenderse una inversión en la carga de la prueba, pues, si bien es cierto que el demandante debe probar su pretensión (art. 1.168 CC), no es menos cierto que el demandado debe ser responsivo.

Por ello hay que estimar en sus justos límites la expresión doctrinal portorriqueña, que se elabora al hilo de las posturas españolas. Así, cuando GONZÁLEZ TEJERA (*Derecho sucesorio puertorriqueño*, I, San Juan, 1983, pág. 128), escribe que «en mi opinión, es menester que, cumpliendo con las reglas de procedimiento criminal, se haya radicado denuncia o acusación y que, posteriormente, la misma sea declarada calumniosa por el Tribunal, para que se complete la causal de indignidad. Por ello, una mera imputación, aunque sea bajo juramento, mientras se testifica, no sería suficiente para descalificar al declarante, por más que la misma sea infundada», no solamente está identificando dos situaciones que en Derecho español son distintas —*denuncia, acusación*— de las cuales la primera es enteramente irrelevante, sino que, además, se apunta a un criterio propio del Derecho español, que haría la norma ineficaz en el ámbito puertorriqueño en cuanto éste no viabiliza formalmente la situación de *acusación*, que es, precisamente, lo que quiere sancionar el legislador civil.

Más adecuado parece ser VÉLEZ TORRES (*Curso de Derecho Civil*, IV, 3, «Derecho de sucesiones», en *Rev. Jur.*, UIA, San Juan, 1992, pág. 35), al buscar un paralelismo correspondiente entre la situación actual y el sentido original de la norma, cuando escribe que tal causa de indignidad «debe entenderse en forma amplia. Es decir, no es solamente que el sucesor se encargue de acusar directamente al testador en un proceso criminal» —hipótesis hoy inexistente en Puerto Rico—, «actuando como testigo o representante del Estado, sino que debe entenderse también que es una “acusación falsa”, la imputación hecha formalmente en una denuncia o querella que se interponga ante la autoridad pertinente. Pero no debe considerarse “acusar” la dación de un falso testimonio, toda vez que éste no tiene el mismo efecto que la denuncia o querella declarada infundada por un tribunal. Además, constituyendo la causal una excepción a la capacidad de suceder, debe el precepto interpretarse en forma restrictiva y no irse más allá de lo que dispone expresamente».

Obsérvese que entre lo dicho por GONZÁLEZ TEJERA y lo afirmado por VÉLEZ TORRES hay un importante matiz diferenciador. Para GONZÁLEZ TEJERA habría que cumplir con un imposible, la denuncia o acusación hoy inexistentes, declaradas luego calumniosas. VÉLEZ TORRES, al contrario, prescinde de tal reclamo, que sustituye por «acusación falsa», en expresión que él mismo subraya y que debe entenderse por imputación «ante la autoridad pertinente». Es luego que ambos coinciden al estimar que un mero testimonio no es, ciertamente, la conducta que el legislador pretendió sancionar con la calificación de indigno.

Indudablemente, una demanda en pleito civil nunca puede ser una denuncia o acusación. No es denuncia porque la misma nunca sería causa de indignidad —sino cumplimiento de obligación legal—; no es acusación porque la misma no existe en Derecho portorriqueño. Pero imputar en una demanda civil sí es una «acusación falsa ante autoridad competente»; por cuanto al Juez entonces debe corresponderle dar tanto de cuenta al Ministerio Fiscal para determinarse el aspecto criminal del asunto, ínterin que el demandante sigue sustentado la imputación en vía civil (es decir, *acusa* en la medida que lo permite el Ordenamiento).

Consiguientemente, realizada la imputación, el procedimiento civil y su sentencia —cuando no la vía penal paralela y previa, si el Juez de tanto dé cuenta al Ministerio Fiscal— determinarán en su día si dicha imputación es o no calumniosa.

De serlo, habría que concluir que, siendo el imputante legitimario del causante imputado, incidiría automáticamente en causa de indignidad.

2. *La incidencia del fallecimiento del imputado-demandado, y causante de la sucesión.*

Obviamente, al fallecer el imputado-demandado y causante de la sucesión, él no está en condiciones de defenderse. Lo que no significa, naturalmente, que se ponga fin al procedimiento civil, así como a las consecuencias inherentes a la imputación que se le hace por un legitimario.

Este, en cuanto demandante, está, por supuesto, legitimado para continuar la acción contra los demás legitimarios que pueda haber, constituyentes todos de una comunidad hereditaria.

Ciertamente, el legitimario que actúa contra la herencia no provoca confusión alguna de títulos, en la hipótesis de ser acreedor o deudor de la masa hereditaria, sino en la parte que le es proporcional, conforme determinan los artículos 1.146, párrafo segundo, y 1.148 CC, como es criterio unánime entre los autores (cfr. VÉLEZ TORRES, *Curso*, cit., IV-1, pág. 17; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, Madrid, Reus, III, 9.ª ed., pág. 311; Sentencia del Tribunal Supremo de España de 12 de noviembre de 1902).

Consiguientemente, puede mantener el legitimario la acción correspon-

diente, quedando subrogados en la posición del causante los restantes partícipes en la comunidad hereditaria; con la única diferencia de que, mientras los actos de éstos —al realizarse en beneficio de la masa— se sufragan del patrimonio común, los actos del demandante —al realizarse en propio beneficio— se satisfacen con el propio patrimonio de éste.

Pero lo que aquí importa, y ahora, es ver el efecto de la imputación realizada por el demandante legitimario respecto de su causante y con referencia a los demás coherederos en tema de indignidad.

Como quiera que —ya se ha dicho— la imputación que hizo el demandante y que pudiera configurar una causa de indignidad para suceder, se efectuó en pleito civil, sin haberse ordenado por el Juez de instancia la canalización en vía penal de tales imputaciones para su constatación o rechazo, será menester en todo caso esperar a que recaiga la oportuna sentencia acreditando la cualidad de calumniosa de la imputación, momento a partir del cual será posible determinar «la capacidad del heredero» (art. 687, párrafos primero y tercero, CC). Esto es, si ha devenido o no indigno.

Naturalmente, cualquier interesado en la herencia está legitimado para plantear judicialmente el tema de indignidad —obviamente, el causante está materialmente impedido de hacerlo—, siempre que no haya transcurrido el término de cinco años a contar del fallecimiento del causante.

En este punto, hay que plantear una relevante cuestión: el potencialmente indigno, ¿es heredero y la causa de indignidad le prohíbe retener?, ¿no es heredero y no puede heredar, constante la indignidad? Una u otra solución determina el cómputo del plazo de la acción.

En la doctrina portorriqueña, GONZÁLEZ TEJERA (*op. cit.*, I, págs. 131-132), da la impresión de inclinarse por la tesis de que el indigno hereda y no retiene, al escribir que «establecida la indignidad, los hijos y descendientes del excluido obtienen del causante el derecho que a la legítima tenía el indigno» (*sic* para la sintaxis), criterio que es, asimismo, compartido por la doctrina mayoritaria española, y perfectamente aclarado por LACRUZ y SANCHEO (*Derecho de sucesiones*, I, Barcelona, Bosch, 1971, págs. 111-113). VÉLEZ TORRES (*op. cit.*), nada dice al respecto.

Aquí, en ausencia de jurisprudencia al respecto, es conveniente partir de la premisa de que el legitimario es heredero y sin derecho a retener si se declara la indignidad. No obstante existir razones poderosas para estimar que, ínterin no recaiga sentencia judicial al respecto, no cabe computar el plazo de cinco años, por ser aquella declaración judicial presupuesto fundamental (*condictio iuris*) para afirmar la aptitud de ser o no heredero.

Tal criterio de prudencia es pertinente si se estima que, inicialmente, fallecido el causante, entra en vigor el artículo 369 CC, que determina la

posesión civilísima de los herederos en los bienes del causante. Y si resulta ser aceptada la idea que el indigno hereda pero no retiene, en cuanto heredero adquiere dicha posesión, momento determinante para computar el plazo vivo de ejercicio de la acción.

En segundo lugar conviene precisar el carácter de la acción. ¿Se trata de una sujeta a prescripción o a caducidad?

Ciertamente, bajo el enfoque dado por MANRESA o SCAEVOLA a la noción de indignidad y su relación con la capacidad, se trataría de un claro caso de caducidad, de manera tal que la acción se ejercitaría o no en el lapso de tiempo fijado, pues la función del término es generar estabilidad a la herencia, alejándola de cualesquiera avatares. A la caducidad se inclina PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho Civil*, V-1, pág. 144) —corrigiéndose a sí mismo por el empleo del término prescripción extintiva—; ESPÍN CÁNOVAS (*Manual*, V, pág. 61) dice que la acción «prescribe», al igual que hacer LACRUZ y SANCHO (*op. cit.*, I, pág. 113); y Díez-PICAZO y GULLÓN parecen suponer la prescripción misma, al contabilizar el plazo de cinco años, no desde que el «incapaz esté en posesión de los bienes, sino desde que se constata la causa de indignidad, eludiendo, pues, la aplicación del artículo 369 CC, y la noción de posesión civilísima. Vélez Torres silencia el punto, y González Tejera parece presuponer la prescripción (dice: «Establecida la indignidad...», *op. cit.*, I, pág. 132). Prescripción que también defiende Martínez Calcerrada, en la actualización de la obra de Manresa, V, 8.ª ed., pág. 140, corrigiendo al autor de la misma, el propio Manresa. Igualmente, Vázquez Bote (*Tratado teórico, práctico y crítico de Derecho privado puertorriqueño*, tomo XII, pág. 123 del manuscrito original, en prensa) se inclina por la prescripción, debido a: 1.º) la identidad entre los autores que remiten a la anulabilidad general; 2.º) la necesidad de sentencia judicial que constate previamente el hecho determinante de la causa de indignidad en vía penal (art. 685, 2, 3, 4, 5), cuyo procedimiento puede consumir en otro caso el término para «declarar la incapacidad» a que se refiere el artículo 691 CC.

E. VÁZQUEZ BOTE  
 Doctor en Derecho



# Creación del Centro de Estudios Jurídicos del Caribe y Primer Congreso Internacional de Estudios Jurídicos del Caribe

La famosa *globalización* tiene la *culpa*. Hace un par de meses que fue constituido formalmente el CENTRO DE ESTUDIOS JURIDICOS DEL CARIBE, entidad adscrita a la Facultad de Derecho de la Universidad de Puerto Rico, Instituto cuya finalidad estriba en promover el estudio, intenso, amplio y profundo, de la región caribeña.

En el folleto divulgador de los fines institucionales se indica:

«Por su asombrosa diversidad cultural, el estudio científico e interdisciplinario de la historia y de la dinámica jurídico-social de los países de esta región, que combinan elementos autóctonos, europeos y africanos, permite una reflexión sobre el Derecho como fenómeno histórico social. Esta reflexión permitirá el desarrollo de una filosofía jurídica propia y ayudará a buscar soluciones a los problemas de los diversos países, que las más de las veces tienen elementos comunes.

«Mediante la difusión de información, la celebración de congresos bi- anuales y seminarios periódicos, el intercambio de juristas y estudiantes, la creación de nuevos cursos, la investigación bibliotecaria y empírica y el intercambio de facultades y centros jurídicos de la región se espera contribuir a lograr un mejor entendimiento de la dinámica jurídica y a encontrar el camino hacia el desarrollo de normas más justas y eficientes para las personas vinculadas con los países de la región.»

Dentro de estos fines, durante los días finales del mes de abril se celebró el primer congreso, que tuvo por tema *La Globalización, el Derecho y el Caribe contemporáneo*. El tema general fue sistemáticamente dividido de conformidad con el siguiente repertorio:

I. *Aspectos políticos de la globalización*. Contó con las siguientes ponencias:

1. *Elementos de reflexión sobre la transformación del Estado y del Derecho frente a la globalización*, por el Profesor ANDRÉ-NOEL ROTH, de la Universidad de Ginebra, Suiza.

2. *Globalization and Citizenship*, por el Profesor STEPHEN C. HICKS, de la Universidad de Suffolk, Boston.

3. *Globalization and small cases: Case study of St. Kitts and Nevis*, por el doctor D. L. MENDIS, Asesor Legal del Gobierno de St. Kitts y Nevis.

II. *Globalización y Derecho penal*, I. Sobre el tema se ofrecieron las siguientes ponencias:

1. *Globalización y criminalidad*, por el Dr. JUSTINIANO MONTERO, de la Facultad de CC. Jurídicas y Políticas, Universidad Autónoma de Santo Domingo, República Dominicana.

2. *Globalization and crime*, por el Letrado Mr. CECIL M. RAMÍREZ, de Belize.

3. *La humanización del Derecho penal*, por el Dr. MIGUEL DE JESÚS NIÑO SANDOVAL, Director General del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de Colombia.

4. *La globalización en la política criminal del narcotráfico*, por el Excmo. Sr. Dr. EDGAR SAAVEDRA ROJAS, Magistrado, Corte Suprema de Justicia, Colombia.

III. *Globalización, Derecho y diversidad cultural*. Concurrieron a cubrir el tema las siguientes ponencias y comunicaciones:

1. *Globalization of the Caribbean Legal culture*, por el Profesor PERCY R. LUNEY, de la North Carolina Central University School of Law, EE.UU.

2. *Globalización, Derecho y diversidad cultural*, por la Dra. CYNTHIA ELLIS, Directora de la Belize Rural Women's Association

3. *The Globalization of International Lawmaking*, por el Profesor DANIEL J. PARTAN, de la Boston University School of Law, EE.UU.

4. *Third World Perspectives on International Law and its teaching*, por el Profesor P. K. MENON, Faculty of Law, University of Wess Indies, Barbados.

IV. *Globalización, luchas sociales y derechos humanos*, temática cubierta con las ponencias:

1. *Globalización y derechos humanos*, por el Dr. FRANKLIN GARCÍA FERMÍN, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Autónoma de Santo Domingo, República Dominicana.

2. *Globalización en Centroamérica: su incidencia jurídica y en los derechos humanos*, por el Dr. MELVIN WALLACE, del Centro de Investigación de la Realidad de América Latina, Nicaragua.

3. *La lucha por los derechos humanos en Haití en el nuevo contexto internacional*, por el Dr. GERARD PIERRE-CHARLES, del Centro de Derechos Humanos, Haití.

V. *Aspectos económicos de la Globalización*, tema de relevancia que fue expuesto en las comunicaciones que, a continuación, se señalan:

1. *El TLC de Norteamérica: ¿Otro paso en la globalización?*, por el Profesor ROBERTO APONTE TORO, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Puerto Rico.

2. *Efectos contributivos de la Obra-93 sobre la inversión manufacturera por empresas estadounidenses en el Caribe*, por el Dr. ERICK NEGRÓN, Consultor y Asesor del Partido Independentista Puertorriqueño en el Senado de Puerto Rico.

3. *Globalización y marginalización en la economía mundial*, por el Lcdo. ANTONIO ROMERO GÓMEZ, del Centro de Investigaciones de Economía Internacional, Universidad de La Habana, Cuba.

4. *La globalización y la transformación del Derecho laboral*, por el Dr. LUIS CARLOS ARENAS, del Instituto de Servicios Legales Alternativos, Colombia.

VI. *Armonización e integración jurídica: Trabajo, Salud y Ciencia*, temática que fue cubierta por las comunicaciones y ponencias que se refieren:

1. *Globalización y Armonización jurídica*, por el Dr. SALVADOR RAMOS, Decano de la Facultad de CC. Jurídicas y Políticas de la Universidad Autónoma de Santo Domingo, República Dominicana.

2. *Integración jurídica y avances de las ciencias biológicas*, por el Profesor EMILSEN DE CANCINO, Universidad Externado de Colombia.

3. *Pharmaceutical Industry and human rights*, por la Profesora ILEANA DOMÍNGUEZ-URBAN, de la School of Law, Southern Illinois University at Carbondale, Michigan, EE.UU.

4. *Health as an international human right in the contemporary Caribbean: «Healthy» applications for the American Declaration of the Rights and Duties of Man*, por el Profesor MARK E. WOJCIK, de la The John Marshall Law School, Chicago, Illinois, EE.UU.

5. *Globalization issues-harmonisation of labour Law in the Caricom region*, por la Profesora ROSE-MARIE BELLE ANTOINE, Faculty of Law, University of West Indies, Barbados.

VII. *Impacto de la globalización sobre los derechos humanos de las mujeres en el Caribe*, tema de enorme importancia y actualidad que fue abordado en las siguientes ponencias:

1. *Mujer y globalización en República Dominicana: ¿Maniqueísmo o problematización?*, por la Dra. CLARA BÁEZ, Coordinadora de Organizaciones no Gubernamentales del Área de la Mujer, República Dominicana.

2. *Las mujeres cubanas en el contexto de la globalización*, por la Dra. REBECA CUTIÉ CANCINO, Federación de Mujeres Cubanas, La Habana, Cuba.

3. *Globalización, crisis y sobrevivencia de las mujeres haitianas*, por la Lcda. ANNE MARIE COROLIAM, Centro de Investigaciones y de Acción para el Desarrollo, SOFA, Haití, quien con su emotiva disertación arrebató a la audiencia, que la honró en su completa dignidad con un aplauso todos de pie.

4. *Globalización, Mujeres y Redes de Resistencia*, por la Profesora ESTHER VICENTE, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Puerto Rico.

VII. *Globalización y Derecho Penal*, II, temática que abarcó a las siguientes ponencias y comunicaciones:

1. *Alternatividad penal*, por el Dr. ANTONIO JOSÉ CANCINO M., Abogado, Bogotá, Colombia.

2. *Colaboración judicial internacional*, Dr. OMAR FERREIRA, de la Facultad de Finanzas, Universidad Externado de Colombia.

3. *¿Es posible un Tribunal Internacional de Justicia penal permanente en el sistema interamericano? Globalización vs. Regionalización*, por el joven y brillante Profesor JAIME GRANADOS PEÑA, Profesor de la Universidad Externado de Colombia y actualmente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Puerto Rico.

4. *Criminalidad y derechos humanos*, por la Dra. MARCELA GUTIÉRREZ, Universidad Externado de Colombia.

VIII. *Globalización y vías alternativas de desarrollo económico y social*, tema nervio dentro de los del Congreso que fue abordado mediante las ponencias siguientes:

1. *Globalización y modelos alternativos de desarrollo económico y social*, por el Dr. JUAN TORIBIO, Facultad de CC. Jurídicas y Políticas, Universidad Autónoma de Santo Domingo, República Dominicana.

2. *Empresas comunales: perspectivas de un desarrollo económico alternativo*, por la Profesora NILSA MEDINA, Directora, Centro para el Estudio de la Realidad Puertorriqueña.

3. *Perspectivas económicas sobre la autogestión y democracia económica*, por el Profesor SALVADOR TIO, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Puerto Rico.

IX. *Educación jurídica y acceso global a la información legal*, tema cubierto por tres interesantes ponencias:

1. *Back to future: Globalization and legal education*, por el Profesor ALBERTO BERNABÉ-RIEFKHOL, de la The John Marshall Law School, Chicago, Illinois, EE.UU.

2. *Global access to legal information*, por LANCE DICKSON, de la Stanford Law School, California, EE.UU.

3. *Development of a Caribbean basin legal collection: traditional resources and future initiatives*, por el Profesor MICHAEL WHIPPLE, Director de la Biblioteca de la Facultad de Derecho, Universidad de Puerto Rico.

X. *Globalización y medio ambiente*, tema de eminente actualidad, lamentablemente, que fue atendido mediante las ponencias que se indican:

1. *Globalización y el ambiente: ecogestión para el desarrollo sostenible*, por el Profesor JARO MAYDA, ex catedrático (jubilado) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Puerto Rico, Madeira, Portugal.

2. *Los problemas ambientales: un reto para el Derecho internacional*, por los Drs. STELLA MARIS ARNAIZ y ALFREDO CÉSAR DACHARY, Universidad Autónoma de Puebla, México.

3. *Globalización, Derecho y medio ambiente en el Caribe contemporáneo*, por el Dr. JOSÉ SEGUINOT BARBOSA, Director del Instituto de Estudios Hemisféricos, Universidad de Puerto Rico.

4. *International Law at the grassroots: local NGO participation in environmental decision making*, por el Profesor EVAN KOSTER, Director, Interamerican Foundation, EE.UU.

5. *To dream the impossible dream: globalization and harmonization of environmental laws*, por el Profesor ALBERTO BERNABÉ-RIEFKHOL, de la The John Marshall Law School, Chicago, Illinois, EE.UU.

XI. *Globalización y Derecho Penal*, III. Tema al cual concurren las siguientes tesis:

1. *Drogas y crimen organizado*, por el Profesor FERNANDO CARRILLO, de la Universidad Externado de Colombia.

2. *U.S. Criminal Law enforcement in the Caribbean*, por el Profesor MAX HILARIE, del departamento de Ciencias Políticas, Colgate University, New York, EE.UU.

3. *The consequences for self-governance of the international «drug trade» and some proposed regional solutions*, por el Profesor ARTHUR L. BERNEY y el Dr. SCOTT PITTMAN, del Boston College Law School, EE.UU.

No empecé la abarcadora temática y su desarrollo, intenso, durante los escasos días (miércoles-viernes, en sesiones de mañana y tarde), el mejor síntoma del éxito queda acreditado por un hecho muy simple: eran los ponentes quienes invitaban al público a salir de los salones.

Al término de cada sesión, por medio de la Radio de la Universidad de Puerto Rico, la Dra. OLGA ELENA RESUMIL, compañera y catedrática de Derecho Penal en la Facultad de Derecho, dedicaba su programa diario al intercambio de ideas con algunos de los ponentes, en los que tuvimos ocasión de intervenir junto con el también compañero y Profesor LUIS MUÑOZ.

Naturalmente, una reseña no es el lugar más apropiado para volcar los textos de las ponencias —que serán publicados en el primer número de la *Revista del Centro de Estudios Jurídicos del Caribe*—, pero sí es el lugar apropiado para dar cabida a la intervención en el acto de clausura del Director del Instituto, Profesor EFRÉN RIVERA, quien, aparte los méritos de haber organizado rápida y eficientemente el Congreso, pudo ir resumiendo, día a día, las diversas ponencias que se ofrecieron (lo que es indicativo de que la ubicuidad no es sólo cualidad Divina), pudiendo hacer una alusión a todas y a cada una de ellas en sus palabras de despedida. Lástima que el texto escrito no pueda reflejar el gesto, el énfasis, en intervención tan brillante.

Y como mi intención aquí es, precisamente, permitir al amable lector tener una idea de lo dicho en el Congreso, nada mejor que dejar *la letra* al buen amigo EFRÉN RIVERA. Estas fueron sus palabras:

COMENTARIOS DE CLAUSURA DEL PRIMER CONGRESO  
DE ESTUDIOS JURIDICOS DEL CARIBE: «LA GLOBALIZACION,  
EL DERECHO Y EL CARIBE CONTEMPORANEO».  
20 AL 22 DE ABRIL DE 1994. ESCUELA DE DERECHO,  
UNIVERSIDAD DE PUERTO RICO, POR EFRÉN RIVERA RAMOS (\*)

Hemos llegado al término de estos tres días intensos de trabajo sobre el tema de la Globalización, el Derecho y el Caribe Contemporáneo.

Antes que nada quiero extender a todos los que nos acompañaron en

---

(\*) Catedrático, Escuela de Derecho, Universidad de Puerto Rico.

un momento u otro a lo largo de esta jornada nuestro más profundo agradecimiento.

Los demás miembros del Comité Organizador de este Congreso me han encomendado que les dirija unas palabras de clausura, a modo de síntesis y de comentario, de esta actividad. La encomienda, por supuesto, se las trae. Después de escuchar más de cuarenta ponencias y comentarios, e innumerables intervenciones de la audiencia, sobre los más variados asuntos, ¿qué puede añadirse que no se haya dicho, comentado, sugerido o implicado ya? Trataré de ser lo más breve posible, sabiendo de antemano que no podré hacerle justicia plena a nuestras discusiones.

Creo que está en orden comenzar diciendo algo sobre el significado de este Congreso. Cuando nos dimos a la tarea de organizarlo, nos proponíamos varias cosas. En primer lugar, abrir un nuevo espacio de discusión para reflexionar sobre temas de actualidad e importancia para los pueblos de nuestra región. En segundo lugar, reunir un nutrido grupo de personas interesadas en estos asuntos con la esperanza de empezar a crear las condiciones para el desarrollo de una posible área nueva de trabajo: los estudios jurídicos del Caribe, área de trabajo que debe tener su propia agenda y su propia proyección. En tercer lugar, queríamos dar un paso concreto más en el proceso de estrechar los lazos entre nuestros pueblos hermanos.

Al examinar retrospectivamente la experiencia de estos días de trabajo e intercambio intelectual y afectivo, no podemos sino sentirnos satisfechos de los logros básicos obtenidos. Logros que han sido el resultado más que nada del entusiasmo y desprendimiento con que todos nuestros ponentes asumieron la convocatoria que lanzó el Centro de Estudios Jurídicos del Caribe el verano pasado para conformar el programa que hoy concluimos. Nos cabe la honda satisfacción de que el temario que hemos discutido fue el producto de las líneas de investigación ya desarrolladas por ustedes, los que presentaron aquí sus trabajos. No fue un temario impuesto por los organizadores. Surgió de las propias preocupaciones de los ponentes, y, en ese sentido, ha reflejado las inquietudes reales que el llamado nuevo contexto internacional ha suscitado entre quienes nos ocupamos de reflexionar sobre el problemático presente y el incierto futuro de nuestros pueblos. La decisión de ir conformando el temario de esta forma ciertamente probó ser correcta.

Uno de los rasgos definitorios de esta reunión ha sido la diversidad. Una gran, rica y sabrosa diversidad. Hemos analizado una impresionante variedad de temas: los avatares por los que atraviesa el estado moderno, el posible impacto de los tratados de libre comercio en las economías del Caribe, las transformaciones en el Derecho laboral, el choque entre universalismo y particularismo en el discurso de los derechos humanos, los desafíos que se le plantean al Derecho penal y las alternativas sugeridas a la

penalización de la conducta, las propuestas de integración y armonización jurídica en las áreas del trabajo, la salud y la ciencia, el impacto de la globalización en los derechos humanos de las mujeres en el Caribe, las posibles vías alternativas para el desarrollo económico y social, las exigencias que la depredación del ambiente le plantean a los sistemas jurídicos nacionales y supranacionales, los retos que se le plantean a la educación jurídica, los problemas de acceso global a la información legal, los desarrollos de la informática y muchos más.

Ha habido diversidad, también, en los países representados: trece en total, diez de ellos ubicados en la llamada Cuenca del Caribe, además de los Estados Unidos de América, Suiza y Portugal.

Hubo variedad en la formación profesional y académica de los ponentes y comentaristas (desde juristas hasta especialistas en economía, ciencias políticas, historia y otras disciplinas afines); y, no menos importante, en la gama de perspectivas que han informado la discusión. Han sido perspectivas conformadas por acercamientos teóricos diferentes, por convicciones ideológicas divergentes y por vivencias dispares relacionadas con los lugares que cada uno de nosotros ocupa en el espacio social que habitamos. Ha habido entre nosotros académicos, jueces, abogados activos en el ejercicio de la profesión, representantes de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales y activistas vinculados a organizaciones de base.

En todos estos sentidos, me parece que el Congreso ha representado un avance contra la fragmentación y parcelación del conocimiento, un intento de superar la falsa dicotomía entre la teoría y la práctica y, sobre todo, un triunfo del nuevo pluralismo a que hizo referencia en su ponencia el Dr. GARCÍA FERMÍN. Pluralismo que no significa necesariamente que «todo vale». Sino aquel que se resume en el esfuerzo genuino por escuchar, por comprometerse con el diálogo, por la disposición a llegar a acuerdos, aunque sean provisionales, sobre aquello en lo que a todas luces coincidimos, a la vez que desplegamos la suficiente sensatez como para dejar para diálogos posteriores aquello en lo que no podemos convenir en el presente.

En medio de esta gran diversidad hemos logrado percibir claramente, por otro lado, algunos hilos comunes que se han ido enhebrando en la configuración del perfil de este Congreso. Hay dos que quiero resaltar por su trascendencia. En primer lugar, la explícita preocupación por el futuro de nuestras comunidades. Uno tras otro, los ponentes han dejado traslucir el convencimiento de que nuestros pueblos se enfrentan a retos importantes derivados de procesos que rebasan sus fronteras. Estos retos han sido definidos de diversas formas. Unos han visto en el llamado proceso de «globalización» una nueva oportunidad para la acelerada modernización de los países menos modernizados de la región. Otros se han encargado de advertirnos contra los peligros que tal fenómeno acarrea para nuestros pueblos.

Uno de esos peligros es el de la posible marginación como consecuencia del control de los procesos de organización de la producción y la distribución de bienes por parte de los grandes bloques económicos; otro, la disminución aún mayor de la soberanía de los pequeños países del Caribe frente a las imposiciones de los actores políticos más poderosos en el mundo de los grandes acuerdos multilaterales de carácter internacional. Otro hilo conductor ha sido el convencimiento de que la educación jurídica y la profesión legal, en sus diversas modalidades, no pueden sustraerse a los desarrollos a que asistimos en el mundo de la economía transnacional y de los agrupamientos políticos transestatales.

Teniendo en cuenta nuestras discusiones de los pasados tres días, creo que podemos articular algunas reflexiones adicionales que, o bien han sido expresadas de variada forma por algunos de nuestros participantes, o bien quedan sugeridas por los temas discutidos.

Desde el primer día, nuestra extendida conversación ha hecho resaltar de manera clara y contundente la necesidad de mantener una actitud crítica frente a los procesos que hoy nos interpelan. En su conferencia de apertura el Dr. KENNETH HALL, Secretario General Adjunto de CARICOM, nos convocó a la cautela en torno al llamado proceso de la globalización, señalando áreas problemáticas que fueron desarrolladas luego por varios de los participantes. En su interesante ponencia sobre el Tratado de Libre Comercio, el Profesor APONTE TORO nos repitió la advertencia y nos conminó a no ceder a la tentación de adoptar el discurso de la globalización acríticamente.

La necesidad de esa actitud crítica queda avalada por nuestras experiencias del pasado. La historia del Caribe y de la América Central han sido en gran medida la historia de muchas, sucesivas y tremebundas imposiciones. No sólo hemos sido continuamente objetos de la violencia física desde fuera, sino también de otra, igualmente perniciosa violencia, aquella que el sociólogo PIERRE BOURDIEU ha denominado la violencia simbólica: es decir, la imposición de formas de ver y evaluar el mundo. Es posible que estemos ante un nuevo episodio de ese género de imposiciones.

Varios de los ponentes se han referido al hecho de que el de la globalización sigue siendo un concepto fluido, sin definición precisa, que ha sido utilizado para nombrar los más diversos procesos. La pregunta persiste. ¿A qué se refiere este concepto que se nos propone con tanta insistencia como categoría de análisis para describir y explicar la condición contemporánea? La interrogante es de crucial importancia. Pues no hay que olvidar que, con mucha frecuencia, por virtud de una especie de deslizamiento retórico, los conceptos que se nos proponen como instrumentos meramente descriptivos de la realidad se van tomando en principios normativos justificadores de las más diversas prácticas y relaciones de poder. Del lenguaje de la globalización como supuesta descripción de lo que acontece, se ha ido pasando ya

al lenguaje del globalismo como ideología justificante de determinados ejercicios del poder económico y político y como lenguaje prescriptivo que pretende ordenar cómo tenemos que situarnos frente al contexto internacional bien como personas, como comunidades o como países. «Globalización» y «globalismo», pues, como propuestas, respectivamente, de explicación y de justificación del *status quo*, por más dinámico que éste sea, se han convertido en un nuevo cristal a través del cual mirar al mundo. Lo que hay que examinar con más detenimiento es quién o quiénes han sido sus forjadores y si no habrá anteojos alternativos.

Con frecuencia oímos a los ponentes referirse al «discurso» de la globalización.

No hay que olvidar, sin embargo, que en el sentido en que el término «discurso» es utilizado por algunos teóricos contemporáneos, como MICHEL FOUCAULT, para mencionar alguno, dicho término no se refiere sólo a un conjunto de fenómenos lingüísticos. Es decir, no se trata sólo de una retórica, o de un agregado de signos, conceptos, creencias o valores. Ha dicho FOUCAULT que el discurso incluye también las prácticas que suelen acompañar a un determinado conjunto de acontecimientos lingüísticos. En ese sentido, el de la globalización, no es sólo un fenómeno retórico. Viene acompañado de un conjunto de prácticas que, interpretadas por la dimensión retórica del discurso, son las que transmiten la percepción de que estamos ante un hecho real e incontestable. No hay duda que lo que nos interpela como discurso es algo más que palabras. El problema es si a ese algo más ha de atribuirse como único sentido el que las palabras que lo acompañan —en este caso el lenguaje de la globalización— nos dicen que tiene. No hay duda que estamos ante procesos reales. Pero una de las interrogantes que nos formulamos es si esos procesos tienen el alcance que se les atribuye y, más importante aún, si encierran verdaderamente todas las promesas de bienestar que los proponentes del discurso nos quieren vender.

Se ha dicho, además, que no estamos ante un fenómeno nuevo, sino ante nuevas modalidades de procesos que tienen importantes antecedentes históricos. Después de todo no hay que olvidar que el Caribe que hoy conocemos es en gran medida el resultado de un ingente proceso de globalización iniciado desde los puertos y las Cortes reales europeas hace exactamente quinientos años. De allí nos llegaron nuevos idiomas, nuevas religiones, nuevos cultivos, nuevas formas de organizar la vida económica y política, nuevos medios de comunicación, nuevas formas de nombrar las realidades que aquí existían, e inclusive, a la larga un nuevo perfil de la propia conformación demográfica del Caribe. Nosotros sí sabemos de procesos de globalización. Hoy podemos decir que aquella globalización iniciada hace quinientos años ha tenido dimensiones positivas. Pero también sabemos de sus trágicos y devastadores efectos, como fue la marginación

en unos casos y la virtual desaparición en otros de nuestras poblaciones indígenas.

Se desprende también de las discusiones que hemos tenido que esos procesos que tienden a agruparse bajo el nombre genérico de «globalización» tienen un carácter multidimensional. No necesariamente tienen entre sí una relación de causa y efecto. Pero es obvio que todos ellos se condicionan recíprocamente, de manera que no es posible entender cada uno de ellos sin referencia a los demás.

En el ámbito económico la llamada globalización se asocia con la creciente movilidad del capital, con el surgimiento de formas más flexibles de organizar la producción en algunos sectores de la economía (que no en todos), con la expansión de los mercados bajo el control de los principales bloques económicos y, un tanto paradójicamente, con la propia formación de esos bloques con fuertes tendencias proteccionistas.

En su dimensión política la globalización se relaciona en primer término con el debilitamiento de buena parte de los estados nacionales. Y digo de buena parte, porque como bien ha señalado GERMÁN PALACIOS en un escrito reciente, algunos estados, como es el caso de los Estados Unidos de América, se han fortalecido en algunos renglones, como en su capacidad para influir más poderosamente ahora que antes, sin necesidad de acudir a la fuerza, en el resto de los países del continente americano y en la dirección de la política militar del mundo occidental. Por otra parte, advierte PALACIOS, asistimos al surgimiento de nuevas formas de estados supranacionales, como es el caso de la Unión Europea, que en sus formas institucionales parece querer reproducir, en otro nivel, algunas de las formas tradicionales de gobierno de los estados nacionales.

En su dimensión tecnológica, el proceso tiende a vincularse con el vertiginoso desarrollo de las nuevas tecnologías de la comunicación y su difusión por el planeta. Gracias a este desarrollo, puede darse también lo que algunos denominarían un proceso de globalización de la cultura. Este proceso, por supuesto, tiene mucho menos que ver con la interacción recíproca de valores y estilos de vida entre las diversas formaciones culturales del mundo que con la difusión de ciertos patrones, estilos, gustos y comportamientos desde los centros que controlan las tecnologías de la comunicación en masa.

Finalmente, como ya lo hemos sugerido, la «globalización» tiene una dimensión epistemológica. Se trata de una propuesta acerca de cómo debemos percibir y entender el mundo. Constituye un paradigma para la interpretación de los procesos en los que nos vemos insertos. Y, como también ya hemos dicho, de paradigma para la interpretación de la realidad le vemos asumir fácilmente, y casi sin darnos cuenta, el carácter de programa ético y político. Programa que se nos propone como la única e inevitable posi-

bilidad de incorporarnos al nuevo mundo que se anuncia. Si le entendí bien, me parece que eso fue lo que quiso decir el Dr. HALL cuando señaló que la globalización tiene una dimensión subjetiva, es decir, política. Uno de los principios normativos centrales de ese programa es el del libre comercio, principio que, como sabemos, tiene implicaciones que trascienden el ámbito económico.

También se sugirió el hecho de que esas prácticas, esos procesos, esos modos de actuar y de operar que acompañan la retórica de la globalización son en gran medida impuestos, o cuando menos promulgados, promovidos y mercadeados, desde los nuevos y viejos, pero renovados, centros de poder económico, político, cultural y militar. Si no acabamos de aceptar esta realidad, muchas serán las falsas ilusiones que nos hagamos y muchos más los desencantos y las frustraciones.

Otra saludable apreciación que nos urge realizar —y que ha sido sugerida por algunos de nuestros ponentes— es el hecho de que no todos estamos situados de la misma forma ante los procesos que nos ocupan. Suena a perogrullada, pero hay que repetirlo para que no se olvide: no todos los países están posicionados en situación beneficiosa frente a los procesos y prácticas descritos. Eso nos lo recordaron varios de los ponentes, entre ellos el Dr. MENDIS con su sucinto, pero ilustrador, examen de los efectos de la globalización en los pequeños estados del Caribe. En buena medida, los programas de ajuste estructural impuestos por las agencias internacionales de financiamiento, cuyos efectos sociales devastadores han sacudido, en algunos casos violentamente, algunas de las sociedades caribeñas, como ha sido el caso de Venezuela, dramatizan fehacientemente este hecho.

Inclusive al interior de nuestros países hay diferencias entre los diversos sectores sociales en su vinculación con los llamados procesos de globalización. La dramática descripción de la situación de las mujeres haitianas es un ejemplo elocuente de ello. En este sentido, me parece ingenuo, cuando no franco auto-engaño o peligrosa exageración, creer que porque un pequeño grupo de académicos, intelectuales o profesionales en un país del Caribe o centroamericano cualquiera pueda tener acceso a sus colegas a través del correo electrónico ya hay que pensar que la población de ese país está vinculada con el globo, mediante las nuevas tecnologías de la información. En el pasado siempre ha habido pequeños núcleos en cada país que han podido comunicarse con núcleos análogos en otros países o regiones, a través de los medios de comunicación entonces existentes: el mensajero, el barco, el avión, el telégrafo, el teléfono y así sucesivamente. Que ahora la comunicación sea más rápida y ocurra de otra forma no implica necesariamente que se haya alterado su carácter de instrumento de privilegio para ciertos grupos —tal vez diferentes, pero igualmente limitados— frente al resto de la población. Más aún, no hay que repetir que, pese a las alabanzas

cantadas al neoliberalismo económico, con todas sus prácticas anejas, incluida la privatización y la «reinvención» de los gobiernos, la pobreza sigue aumentando, el desempleo parece no tener control y la miseria humana continúa multiplicándose. Esas realidades siguen interpelándonos como una especie de contra-discurso desgarrador y doloroso del que no podrán librar-nos ni la realidad virtual de los nuevos inventos dysneylandescos ni el escapismo representado por el cinismo «chic» o el pedante escepticismo de los nuevos intelectuales dedicados cómodamente a los vistosos juegos de la pirotecnia conceptual.

Como se señaló en más de una ocasión durante nuestras discusiones, parte de esta conciencia debe incluir el darnos cuenta de que aún en aquellas áreas en que sí parece haber un mayor acercamiento de los países y grupos humanos, las políticas de globalización de los principales centros de poder son poco menos que universales. De hecho, puede percibirse claramente un alto grado de selectividad y de exclusión de países, grupos, personas, prácticas y perspectivas que no son del agrado de los que ejercen la hegemonía. Las políticas de inmigración de los países más desarrollados constituyen uno de los mejores ejemplos de ello. Y qué mejor ilustración concreta, y a nuestra mano, que el hecho de que en este Congreso no hayamos podido contar con las aportaciones de los dos ponentes de Cuba que mostraron interés en hablarnos de estos temas desde su perspectiva. El uno porque perdimos toda comunicación con él, en esta supuesta era de las comunicaciones, y la otra porque le fue negada la visa de entrada a territorio norteamericano.

A pesar de todas estas consideraciones, también hay que decir, y ello nos lo han recordado la mayor parte de nuestros ponentes, que el nuevo contexto —como quiera que se le llame— nos ofrece algunas oportunidades para el logro de beneficios concretos para nuestras comunidades. Esas oportunidades, ha quedado claro, hay que aprovecharlas.

JOHN NAISBITT, autor de dos libros importantes sobre los nuevos desarrollos en el mundo, sobre todo en el ámbito económico, argumenta, con evidencia parcial pero estimable, que las nuevas formas de organización económica se caracterizan por su articulación en redes de unidades autónomas de producción y de intercambio. Como siempre tienden a desarrollarse estrechas relaciones entre la economía y la cultura —es decir, entre los modos de organizar la actividad productiva y los modos de pensar en torno a las formas en que deben articularse otras dimensiones de la vida en sociedad— no es de extrañar que el establecimiento de redes de todo tipo se convierta en la tendencia organizativa en el mundo político, cultural, educativo y cívico. De eso ya tenemos muestras vivas.

No es exagerado pensar que en la nueva cultura postindustrial, las formas más eficaces de actuación política y social tiendan a parecerse en algún

modo a las formas de organización de la producción y la circulación de mercancías. De ahí que el desarrollo de redes de resistencia o de actuación política frente a los nuevos procesos de «globalización» impulsados desde los nuevos centros de poder económico pueda convertirse en una estrategia viable para la vindicación de ciertos reclamos y ciertas exigencias. Ello nos lo ha recordado la Profesora ESTHER VICENTE, de Puerto Rico, con ejemplos extraídos de las luchas de las mujeres en nuestra región en torno a temas como la violencia contra la mujer y otros problemas relacionados. Similar sugerencia hizo la compañera CYNTHIA ELLIS, de Belize, al destacar los beneficios que para los países del Caribe representa la posibilidad de que sus gentes, y sobre todo sus más jóvenes, puedan moverse por las distintas regiones del planeta y absorber así nuevas perspectivas y ensanchar horizontes en el saber y en la acción. Cito nuevamente a GERMÁN PALACIOS, quien ha sugerido que las nuevas condiciones globales abren las puertas para un nuevo transnacionalismo de signo progresista que permita la acción concertada para la transformación de nuestras sociedades en sociedades más democráticas y de mayor equilibrio interno en la distribución de sus riquezas. Uno de esos ejemplos de transnacionalismo transformador lo constituye la fuerte emergencia de un movimiento internacional de defensa de los derechos humanos que ha encontrado sonoro eco en nuestras sociedades. La importancia de este desarrollo ha sido abordada con insistencia en muchas de las intervenciones de este Congreso, entre ellas los trabajos presentados por GERARD PIERRE-CHARLES, MELVIN WALLACE, JUSTINIANO MONTERO, STEPHEN WOJCIK, ILEANA DOMÍNGUEZ URBAN y otros.

Se ha hablado también de un nuevo aliento democrático que si bien puede tener sus profundas limitaciones, se ha convertido en parte de las aspiraciones comunes de nuestros pueblos y hace más difícil la existencia de regímenes militares o de dictaduras del viejo cuño. Aunque aquí el caso de Haití sigue constituyendo un recordatorio de que no debemos generalizar indebidamente.

Otro tipo de oportunidad lo constituye la posibilidad de crear nuevos espacios de reflexión para el análisis de los problemas comunes que nos aquejan. Como ya hemos expresado, esperamos que este Congreso haya significado un paso, modesto, pero significativo en esa dirección.

Ello nos trae directamente a uno de los temas centrales de este Congreso: el Derecho. No pretendo agotar sus múltiples aspectos. Sólo quiero resaltar dos: el primero fue abordado en bastante detalle en dos de las sesiones de discusión. Se trata de los esfuerzos de armonización (u homologación) e integración del conjunto de normas relacionadas con aspectos tales como el trabajo, la salud, la investigación científica y farmacéutica y los problemas ambientales. Las excelentes presentaciones en esas sesiones pusieron de relieve las grandes dificultades que algunos de esos procesos de

armonización enfrentan, comenzando por las diferencias existentes tanto en los sistemas jurídicos que pretenden armonizarse como en las posibilidades reales de desarrollar las condiciones económicas y políticas necesarias para sustentar las reformas. Por otro lado no hay que olvidar que la armonización no puede convertirse en un fin en sí mismo: queda siempre el problema de cuál es el contenido de las normas armonizadas y qué perspectiva e intereses terminan cobijando.

Un segundo aspecto sólo fue discutido parcialmente. Se trata de los polémicos esfuerzos por reformar los sistemas de justicia en muchos de los países centroamericanos y del Caribe. Algunos de los que han abordado este tema en otros lugares han relacionado esos intentos con la percibida necesidad del capital transnacional de operar seguramente en el contexto de regímenes de derecho parecidos a los prevalecientes en los países más desarrollados. Otros los vinculan con la llamada guerra contra el narcotráfico.

Lo cierto es que en este renglón parecen estar convergiendo intereses diversos. Por un lado, el nuevo globalismo comercial parece exigir uniformidad en las normas y procedimientos judiciales que hayan de ponerse en vigor para solucionar los inevitables conflictos generados por la competencia en los mercados de capital, trabajo, dinero, bienes y servicios. Por otro lado, observo que determinados sectores profesionales al interior de estas sociedades despliegan un enorme interés en la modernización de sus instituciones judiciales. No tengo los datos suficientes ni es este el momento para analizar las posibles causas de ese interés. Finalmente, no cabe duda que determinadas reformas bien podrían redundar en beneficio de los sectores populares y subordinados, en la medida que las mismas supongan una mayor sensibilidad hacia los derechos humanos y las garantías del debido proceso.

Como quiera que sea, la coyuntura parece propicia para promover movimientos de reforma que respondan realmente a los intereses, las aspiraciones y las necesidades de nuestros pueblos.

Y por esta vía llegamos a la consideración final que quiere dejar con ustedes.

Comencé diciendo que la historia de nuestros pueblos ha sido en cierto modo la historia de las más diversas imposiciones. Y ello plantea directamente un tema en torno al cual no se configuró una mesa específica de discusión, pero que permeó, a mi juicio, muchas de las intervenciones que aquí se hicieron: se trata de la relación entre la globalización y la autodeterminación.

La heterodeterminación, es decir, la determinación de nuestras vidas mediante decisiones y prácticas generadas por otros —y no la autodeterminación— ha sido el principio que en la práctica ha regido muchas veces nuestras existencias.

Tal vez una de las paradojas de nuestro tiempo consista en que el nuevo discurso del globalismo nos conduzca a reflexionar más acuciosamente sobre el sentido del ideal de la autodeterminación de los pueblos. Por supuesto, hay unas preguntas inescapables: ¿puede hablarse realmente de autodeterminación en una economía global dominada por actores transnacionales y por poderosos bloques económicos y políticos, o en un mundo en el que están en proceso nuevas formas de dependencia, o en el mejor de los casos, de interdependencia? ¿Habrá que renunciar a toda aspiración de autodeterminación o habrá que replantearse lo que ello significa?

Cualquiera que sea la definición que adoptemos de la autodeterminación, el problema que tal aspiración plantea encierra tanto una dimensión formal como una dimensión material. En su dimensión material, la autodeterminación supone la capacidad real para tomar decisiones propias. Ello implica, por un lado, disfrutar de una base económica suficientemente fuerte. En ese sentido fue valiosa la discusión sostenida en la sesión sobre posibles vías de desarrollo alterno para nuestras comunidades, sobre todo las más pobres. Por otro lado, la capacidad real para autodeterminarnos implica también la existencia de estructuras eficaces de participación política que permitan la expresión de la voluntad popular al nivel interno y la influencia real en la toma de decisiones en el nivel externo. Supone además que se tenga la posibilidad de auto-expresión cultural —en interacción, como ha sido siempre, con otras culturas—, pero con la capacidad de expresarnos con nuestra propia voz o con nuestras propias voces sobre los asuntos que nos conciernen. Este reclamo quedó planteado con firmeza en la intervención del Juez EDGAR SAAVEDRA, de la Corte Suprema de Colombia, urgiendo a que se respeten las ancestrales tradiciones sobre el cultivo de coca de los pueblos andinos. Fue repetido en la bien documentada ponencia del Profesor ARTHUR BERNEY, de los Estados Unidos, quien destacó las implicaciones para el autogobierno de los países de la región de la llamada guerra internacional contra el narcotráfico. Quedó expresado en las ponencias de las Profesoras ROSE MARIE BELLE ANTOINE, de Barbados, y MARCELA GUTIÉRREZ, de Colombia, quienes plantearon la necesidad de que las transformaciones jurídicas que se promuevan respondan a las verdaderas necesidades y aspiraciones de cada uno de nuestros pueblos. Finalmente, fue objeto de análisis en el panel que discutió los problemas del Derecho y la diversidad cultural.

Las voces del Caribe son muchas. Pero ello no impide que nos unamos par cantar en coro. Cada cual cantará con la voz que tenga, pero juntos podemos armonizarlas, no en el sentido de uniformarlas, sino de hacerlas acoplarse, aportando cada cual lo que le sea distintivo, para producir un sonido nuevo que sea a la vez propio y plural. Quizá la sugerencia de que antes de globalizarnos tenemos que regionalizarnos sea el camino a seguir. No lo sé.

Lo que sí sé es que juntos tal vez podamos reclamar lo que tantas veces se nos ha negado: la manifestación última de la autodeterminación —la capacidad para autodefinirnos, para decir lo que somos y lo que queremos ser, en fin, para nombrarnos a nosotros mismos.

En la medida que esta reunión haya podido contribuir de alguna forma, aunque sea mínima, a ese propósito, nos sentimos satisfechos. Espero que nos volvamos a ver.

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE  
Por nombre y cuenta de EFRÉN RIVERA



# ACTUALIDAD JURIDICA



## I. Información legislativa

### A) Tratados internacionales

1. *Convenio sobre Garantía de Inversiones.*—En el *BOE* del día 14 de julio se publica el Instrumento de ratificación por España del Convenio de Constitución del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones hecho en Seul el 11 de octubre de 1986. España declara que acepta dicho convenio y está dispuesta a cumplir las obligaciones que se deriven del mismo.

2. *Declaración sobre el Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales.*—En relación con la declaración hecha por el Reino Unido, extendiendo a Gibraltar dicho Convenio firmado en Roma el 19 de junio de 1980, España declara que tal aplicación se entiende sin perjuicio de su posición acerca de la soberanía del istmo que separa al Peñón de Gibraltar con el resto de la Península Ibérica.

### B) Leyes nacionales

Se han publicado en estos dos meses las siguientes:

- Ley Orgánica 6/1995, de 29 de junio, por la que se modifican determinados preceptos del Código Penal relativos a los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (*BOE* 30 de junio).
- Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de Explotaciones Agrarias (*BOE* 5 de julio).
- Real Decreto-Ley 5/1995, de 16 de junio, de creación de determinadas Entidades de Derecho Público (*BOE* 20 de junio).
- Acuerdo de 7 de junio de 1995, del Pleno del Consejo del Poder Judicial, publicando Reglamentos de la Carrera Judicial (*BOE* 13 de julio).

### C) Comunidades Autónomas

*Cataluña.*—Ley 28 de junio de 1995. Jurado de Expropiación.

*Galicia.*—Ley 24 de mayo de 1995. Derecho Civil de Galicia.

Ley 28 de junio de 1995. Consejo Económico y Social de Galicia.

Ley 29 de junio de 1995. Delegación y distribución de competencias en materia de Urbanismo.

*Navarra.*—Decreto Foral de 3 de abril de 1995. Aprueba Reglamento de desarrollo de la Ley Foral de 4 de julio de 1994, de Ordenación del Territorio y Urbanismo.

## II. Información de actividades

### 1. CURSOS DE VERANO DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE

Se han celebrado en El Escorial, destacando el «Encuentro sobre arrendamientos urbanos y Registro», que ha tenido lugar durante los días 6 y 7 de julio.

Ha estado dirigido por el Registrador de Madrid, don Antonio Pau Pedrón, quien desarrolló una conferencia sobre la Ley de Arrendamientos Urbanos y el Registro.

Otras conferencias pronunciadas han sido las siguientes:

«La hipoteca del derecho de arrendamiento urbano», por don VICENTE TORRALBA SORIANO.

«El derecho de adquisición preferente y el Registro de la Propiedad», por don FERNANDO PASTOR LÓPEZ.

«El derecho de retorno arrendaticio y el Registro», por PEDRO DE PABLO CONTRERAS.

Tuvieron lugar dos mesas redondas. Una sobre «La ejecución hipotecaria de la vivienda arrendada», participando doña CARMEN LEZCANO DEVESA, don VICENTE TORRALVA SORIANO, don MIGUEL AMORES CONRADI y don CARLOS LASARTE RODRÍGUEZ. La otra mesa versó sobre «La litigiosidad del arrendamiento urbano: presente y futuro», participando don JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ PEREDA, don JOSÉ MANUEL RODRÍGUEZ-POYO GUERRERO, don MANUEL AMORÓS GUARDIOLA y don JOSÉ LUIS SARRATE ABADAL.

## **2. CURSOS DE VERANO DE LA UNED**

Se han celebrado sobre varias materias.

En el campo del Derecho han tenido lugar cursos en Avila, Mérida y Valdepeñas durante el mes de julio.

Se han estudiado temas de nacionalidad, objeción de conciencia, ejercicio de las profesiones jurídicas, protección de derechos fundamentales, responsabilidad civil e informática jurídica.



# JURISPRUDENCIA



# I. Sentencias del Tribunal Constitucional

Por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

*Sentencia de 12 de diciembre de 1994.*—NULIDAD DE LA SENTENCIA RECAIDA SIN AUDIENCIA DE LA PARTE INTERESADA.—Sala 1.<sup>a</sup>—Ponente: Don Carlos de la Vega Benayas.

*Antecedentes.*—1. Por escrito presentado en el Juzgado de Guardia el 12 de agosto de 1993, la representación procesal de don Francisco Javier C. C. y doña María Magdalena R. V. formuló demanda de amparo contra la sentencia de 24 de junio de 1993, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 17 de Madrid, en el juicio verbal 320/93.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda de amparo relevantes para la resolución del caso son, en síntesis, los siguientes:

a) «Inmobiliaria Topacio, S. A.» promovió el juicio verbal 320/93 ante el Juzgado de Primera Instancia número 17 de Madrid, contra los ahora solicitantes de amparo, en reclamación de 79.523 pesetas más los intereses legales.

El Juzgado admitió la demanda y señaló el juicio para el día 20 de mayo de 1993; sin embargo, al practicar la citación de los demandados en la cédula que se les entregó, se hizo constar la fecha del 22 de julio de 1993.

b) Celebrado el juicio el 20 de mayo de 1993, no asistieron los demandados, que fueron declarados en rebeldía, dictándose sentencia el 24 de junio de 1993, en la que se estimó la demanda y se condenó a los demandados a pagar la cantidad de 79.523 pesetas más los intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda.

c) El 22 de julio de 1993 comparecieron los demandados en el Juzgado para asistir a la celebración del juicio y tuvieron conocimiento de que el juicio ya se había celebrado y se había dictado la sentencia antes referida que les fue notificada en ese momento.

d) El 2 de agosto de 1993, los recurrentes solicitaron, con apoyo en el artículo 240.2 LOPJ, la nulidad de todas las actuaciones, que fue desestimada por el Juzgado por Auto de 13 de septiembre de 1993, que fue notificado el 16 de noviembre de 1993.

3. La demanda funda su queja de amparo en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE por la indefensión sufrida por

los recurrentes por haber sido condenados en la sentencia impugnada sin haber sido oídos en el procedimiento, a causa del error cometido por el Juzgado al citarles para un día distinto al señalado para el juicio.

*Fallo.*—El Tribunal Constitucional ha otorgado el amparo solicitado y en su virtud:

1.º Reconoce el derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva sin indefensión reconocido en el artículo 24.1 CE y, en consecuencia, el derecho a ser citados e intervenir en el juicio verbal 320/93

2.º Declara la nulidad de la Sentencia de 24 de junio de 1993 del Juzgado de Primera Instancia número 17 de Madrid, dictada en los autos 320/93, así como todas las actuaciones posteriores a la presentación del escrito de demanda

3.º Repone las actuaciones al momento inmediatamente posterior a la presentación de la demanda

*Fundamentos jurídicos.*—1. El objeto del presente recurso de amparo consiste en determinar si se ha infringido el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes y se les ha causado la indefensión proscrita en el artículo 24.1 CE, a consecuencia del error cometido por el Juzgado o por el servicio de notificaciones de la oficina judicial, que les citó para un día distinto al señalado para el juicio, lo que determinó que fueran declarados en rebeldía en el juicio verbal seguido contra ellos y se les condenase por la sentencia recurrida sin ser oídos ni haber tenido oportunidad de intervenir en el proceso.

2. Para resolver la pretensión de amparo planteada hay que partir de la reiterada doctrina de este Tribunal, que ha declarado que el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24 CE, garantiza el derecho de acceder al proceso y a los recursos legalmente establecidos en condiciones de poder ser oído y de ejercitar la defensa de los derechos e intereses legítimos, con respeto de los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales, lo que impone a los órganos judiciales un especial deber de diligencia en el cumplimiento efectivo de las normas reguladoras de los actos de comunicación procesal, cuidando siempre de asegurar que las notificaciones, citaciones, emplazamientos y, en su caso, requerimientos, lleguen a sus destinatarios dándoles así la oportunidad de actuar en defensa de sus derechos e intereses legítimos y de evitar la indefensión. De forma que la omisión o defectuosa realización de los actos de comunicación procesal constituye, en principio, una indefensión contraria al derecho a la tutela judicial efectiva cuando prive al destinatario afectado del conocimiento necesario para que pueda ejercer convenientemente su derecho de defensa en los procesos o recursos en que intervenga o deba intervenir, salvo que la indefensión esté motivada por el propio desinterés, pasividad, malicia o falta de diligencia procesal del interesado (SSTC 166/1989, 167/1992, 103/1993 y 334/1993, entre otras muchas).

3. Haciendo aplicación de la referida doctrina, es claro que en el presente caso se ha producido una indefensión y falta de tutela judicial contraria al artículo 24.1 CE pues, admitida la demanda del juicio verbal promovido por «Inmobiliaria Topacio, S. A.», el Juzgado señaló para la celebración del juicio el día 20 de mayo de 1993. No obstante, al practicar la citación con los demandados, ahora recurrentes en amparo, en la cédula que se les entregó se hizo

constar la fecha del 22 de julio de 1993, lo que impidió que asistieran a la comparecencia celebrada el día del juicio, siendo declarados en rebeldía y dictándose sentencia, ahora recurrida, que les condenó sin ser por tanto oídos ni haber tenido oportunidad de intervenir y defenderse en el proceso.



## II. Resoluciones de la Dirección General

Por JOSÉ SIMEÓN RODRÍGUEZ SÁNCHEZ  
y PABLO VIDAL FRANCÉS

Dejando por sentada la posibilidad del autocontrato cuando exista autorización del representado, el poder conferido para vender con esa autorización, no permite venderse a sí mismo por un precio muy inferior al valor fiscal, pues dicho negocio excede del contrato que tenga por causa el contrato oneroso de verdadera compraventa.

*Resolución de 29 de abril de 1993, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Manuel Castillo Rodríguez contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 1 de Santa Cruz de Tenerife a inscribir unas escrituras de compraventa, en virtud de apelación del recurrente.*

En el recurso gubernativo interpuesto por don Manuel Castillo Rodríguez contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 1 de Santa Cruz de Tenerife a inscribir unas escrituras de compraventa, en virtud de apelación del recurrente.

*Hechos.* I. El 19 de diciembre de 1985 don Manuel Castillo Rodríguez compró 16 fincas mediante dos escrituras públicas autorizadas ese día por el Notario de Santa Cruz de Tenerife don Carlos Llorente Núñez. En ambas escrituras interviene don Manuel Castillo Rodríguez no sólo en su propio nombre como comprador, sino también en nombre y representación de la parte vendedora en virtud de escritura de poder autorizada por el mismo Notario el 19 de noviembre de 1985, y de la que resultaba autorizado para: «Vender toda clase de bienes, incluso inmuebles, por los precios, plazos, pactos y condiciones que estime conveniente... El apoderado podrá hacer uso de sus facultades, incluso si hay autocontrato, doble o múltiple representación, o existen intereses opuestos»

II. Presentadas ambas escrituras de compraventa en el Registro de la Propiedad número 1 de Santa Cruz de Tenerife, fueron calificadas con las siguientes notas: 1.ª «Presentada de nuevo el día 12 de marzo de 1991, a las trece horas cincuenta y cinco minutos, según asiento 1878 del Diario 118,

número 1.917, la escritura de compraventa otorgada el 19 de diciembre de 1985, ante el Notario de esta capital don Carlos Llorente Núñez, se califica, conforme lo fue, en fecha 3 de febrero de 1986, por mi predecesor, don Hortensio Saavedra Queimadelos, suspendiéndose la inscripción por incidir el adquirente en la prohibición del artículo 1.459.2.º del Código Civil, sin tomar anotación preventiva por no solicitarse —Santa Cruz de Tenerife, 14 de marzo de 1991.—El Registrador, Ceferino Espinosa Afonso». 2.ª «Presentada de nuevo el día 12 de marzo de 1991, a las trece horas cincuenta y cinco minutos, según asiento 1879 del Diario 118, número 1.916, la escritura de compraventa otorgada el 19 de diciembre de 1985, ante el Notario de esta capital don Carlos Llorente Núñez, se califica, conforme lo fue, en fecha 3 de febrero de 1986, por mi predecesor, don Hortensio Saavedra Queimadelos, suspendiéndose la inscripción por incidir el adquirente en la prohibición del artículo 1.459.2.º del Código Civil, sin tomar anotación preventiva por no solicitarse.—Santa Cruz de Tenerife, 14 de marzo de 1991.—El Registrador, Ceferino Espinosa Afonso».

III. Don Manuel Castillo Rodríguez interpuso recurso gubernativo contra dichas calificaciones alegando la improcedencia del defecto observado por el Registrador, dado que el poder en cuya virtud actúa el recurrente contemplaba expresamente la posibilidad de la autocontratación, por lo que no puede ser de aplicación al caso el artículo 1.459.2 del Código Civil.

IV. El Registrador informó 1.º Que mientras el artículo 267 del Código de Comercio permite al comisionista, con licencia del comitente, comprar para sí o para otro lo que se le haya mandado vender, o vender lo que se le haya mandado comprar, el artículo 1.459.2 del Código Civil no establece excepciones a la prohibición para que los mandatarios no puedan comprar por sí ni por persona alguna intermedia los bienes cuya administración o enajenación estuviesen encargados. 2.º Que aun admitiendo que la prohibición del artículo 1.459.2 del Código Civil puede excepcionarse facultando al apoderado a fin de que compre para sí, debe quedar claramente expresado en el poder, sin que sea suficiente la frase genérica relativa a la existencia de autocontratación, doble o múltiple representación de intereses opuestos, utilizada en la escritura de poder, en la que se suceden múltiples facultades en relación con toda clase de bienes y cuya interpretación amplia iría en contra de lo dispuesto para las donaciones en el artículo 634 del Código Civil. 3.º Que el apoderado manifiesta en las escrituras la vigencia del poder invocado pero no la capacidad de sus representados y, además, dicho poder fue revocado por uno de los poderdantes, vendedor en ambas escrituras, mediante escritura de 4 de junio de 1988, ante el mismo Notario, que intentó presentarse en el Registro de la Propiedad, si bien no se practica asiento en el Diario por no ser título inscribible, de conformidad con el artículo 420 del Reglamento Hipotecario.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Canarias dictó auto desestimando el recurso y confirmando la nota del Registrador por considerar que la clave de la admisibilidad de la figura de la autocontratación es la falta de contraposición o conflicto de intereses y la existencia de un poder especial y suficiente para ello, y como tal no puede considerarse un vulgar poder general que incorpora como cláusula de estilo la alusión al autocontrato. Más aún cuando el apoderado, habiendo sido las escrituras objeto de sucesivas calificaciones idénticas, no ha intentado obtener la ratificación de los poderdantes para subsanar el defecto y, además, ha visto revocado el poder originariamente concedido por uno de ellos.

VI. El recurrente interpuso recurso de apelación añadiendo a sus alega-

ciones iniciales: 1.º Que el poder, aun siendo general, expresamente salva la autocontratación, por lo que existiendo mandato expreso no puede considerarse traspasado por la realización de tales actos, y de ahí que el propio Notario autorizante de las compraventas lo aceptase para llevar a cabo éstas. 2.º Que si bien no se ha obtenido la ratificación a pesar del tiempo transcurrido, tampoco consta que dichas compraventas hayan sido impugnadas judicialmente por los poderdantes, cosa que habrían podido hacer la vendedora en todo momento y el vendedor antes de su fallecimiento.

*Fundamentos de Derecho.*—Vistos los artículos 634, 1.259, 1.274, 1.445, 1.449 y 1.459 del Código Civil, 267 del Código de Comercio y la Resolución de 20 de septiembre de 1989,

1. El Registrador suspende la inscripción de dos escrituras de compraventa por incidir el adquirente en la prohibición del artículo 1.459.2.º del Código Civil. Concurren en el caso las circunstancias siguientes: 1.º Las dos escrituras son otorgadas con numeración correlativa el 19 de diciembre de 1985, y en ellas interviene don Manuel Castillo Rodríguez como único compareciente y actuando en su propio nombre, como comprador y a la vez en representación de la otra parte, el vendedor. En una de las escrituras se vende a sí mismo, en representación de la propietaria, dos solares libres de cargas y arrendamientos, situados en el término municipal de Santa Cruz de Tenerife, uno de 256 metros cuadrados y otro de 605 metros cuadrados, por el precio, cada uno, de 100.000 pesetas, que el comprador afirma haber entregado a la vendedora. En otra, se vende también a sí mismo, en representación de los dos cotitulares de los bienes (la misma persona que aparece como vendedora en la escritura anterior y su marido) tres fincas más, situadas igualmente en el término municipal de Santa Cruz de Tenerife: Una finca rústica de 37 áreas 50 centiáreas (con dos estanques, uno colectivo, y otro de 465 metros cúbicos, propio), por el precio de 100.000 pesetas; una casa cuyo solar es de 152 metros 25 decímetros cuadrados (con un cuarto trastero anejo de 30 metros cuadrados al que tiene acceso con derecho de paso), por el precio de 50.000 pesetas, y un trozo de terreno (rústico) de 20 áreas, por el precio de 60.000 pesetas. 2.º El señor Castillo, para hacer estos actos, invoca en su favor el poder que ambos cónyuges propietarios le habían dado un mes antes ante el mismo Notario que autorizó después las escrituras de enajenación. En el poder se confiere al señor Castillo, entre otras facultades, la de vender toda clase de bienes, incluso inmuebles, por los precios que estime convenientes; y se señala, además, en el poder que «el apoderado podrá hacer uso de sus facultades, incluso si hay autocontrato, doble o múltiple representación o existen intereses opuestos». En la escritura de poder no firman los cónyuges poderdantes (uno de ellos, al menos, había llegado a la edad de jubilación) «por manifestar no saber»; lo hace por ellos uno de los testigos instrumentales (cuyos datos de identidad no aparecen acreditados). 3.º Se conoce, por la documentación que acompaña a las escrituras calificadas, que el valor fiscal de tres de las cinco fincas vendidas a la vez es trece veces superior al precio por el que han sido compradas (sin que conste si ocurre lo mismo con las otras dos fincas). 4.º Después de otorgadas las ventas, la poderdante revocó el poder en escritura de 4 de junio de 1988, según consta al Registrador por los antecedentes del Registro; de las aseveraciones del comprador recurrente en su escrito de recurso se desprende que el vendedor ya ha fallecido y que ni él ni

su mujer ratificaron las ventas, si bien tampoco las impugnaron judicialmente, o más bien, «la venta» en singular, pues el recurrente en su recurso habla con reiteración en singular de «dicha venta».

2. La regla es que el poder conferido por una persona no puede ser utilizado por el apoderado en actos en los que poderdante y apoderado tengan intereses contrapuestos, como ocurre en el acto por el que se vende en nombre del poderdante si el apoderado es el que compra, y así lo confirma el artículo 1.459.2.º del Código Civil, según el cual no podrán adquirir por compra «los mandatarios los bienes de cuya administración o enajenación estuvieren encargados». Doctrina y jurisprudencia aceptan, sin embargo, la posibilidad del autocontrato, a pesar de que hay en él oposición de intereses, pero para ello es necesario que exista una especial autorización (como confirma para la comisión mercantil el artículo 267 del Código de Comercio).

3. No puede dudarse de que el lenguaje técnico empleado en la escritura de poder, seguramente incomprensible para personas que ni siquiera saben firmar, traduce correctamente la verdadera voluntad manifestada ante el Notario y que el Notario habrá prestado asistencia especial a la parte necesitada de ella (cfr. art. 147 del Reglamento Notarial). Partimos, pues, de que en el poder se ha concedido al apoderado la facultad de venderse a sí mismo. Pero si siempre la concesión de poderes es de interpretación estricta, con mayor razón lo ha de ser un poder en que el apoderado resulta facultado para venderse a sí mismo y, además, señalando él el precio que estime conveniente. Ahora bien, el poder para vender sólo permite la enajenación que tenga por causa el contrato oneroso de verdadera compraventa y mal puede calificarse de tal aquella en que al menos la parte más importante de los bienes tiene como precio uno señalado por el mismo apoderado y comprador con cantidad trece veces inferior al valor fiscal comprobado.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso.

Madrid, 29 de abril de 1993.—El Director general, *Antonio Pau Pedrón*

Ilmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

## COMENTARIO

### EL CONCEPTO DE AUTOCONTRATACIÓN

El concepto de autocontratación implica una doble o múltiple manifestación de voluntad negocial que, realizada por una sola persona por sí y representado a otra u otras o en este último concepto, produce consecuencias para los patrimonios de varias; así pues, la autocontratación tendrá su sede más natural en el campo de los contratos y estará normalmente vinculada a la idea de representación, si bien es posible también concebir autocontratación sin representación, en relación, por ejemplo, con aquellos supuestos en que un mismo cónyuge titular pone en relación bienes sometidos a un distinto régimen privativo o ganancial. Puesto que el contrato supone la existencia de una pluralidad de voluntades, ¿es posible la autocontratación como fuente del negocio jurídico y más paradigmáticamente del contrato? En cuanto figura que indudablemente ha cumplido y cumple una función económico-social para la perfección de los negocios cuando la presencia física de todas las partes en

un momento determinado no es posible (en efecto, la misma surge en la práctica mercantil de las antiguas ciudades italianas y alemanas y es observable su impotencia actual en la contratación ordinaria, mucho más teniendo en cuenta el alto índice de propiedad perteneciente a extranjeros que existe en nuestro país), la misma ha sido tradicionalmente admitida, si bien sujeta al cumplimiento de una de estas dos condiciones:

- el consentimiento o autorización del representado;
- la ausencia de posibilidad de conflicto de intereses que en el principio de la práctica mercantil de la institución venía referida a la fijación objetiva del precio en el negocio de que se tratara.

Puesto que en la autocontratación una sola persona, al menos, hace valer dos voluntades, ¿qué naturaleza jurídica explicaría esta institución? Tradicionalmente y siguiendo a Díez-PICAZO, la doctrina se ha inclinado a ver la autocontratación como contrato, pues éste requiere, al menos, dos manifestaciones de voluntad o dos actos volitivos, no la concurrencia de dos voluntades distintas. También desde esta misma óptica de considerar la autocontratación como contrato, se ha dicho que la esencia de éste no está en las declaraciones de voluntad, sino en la producción de efectos jurídicos para dos patrimonios distintos. Frente a ello, otra parte de la doctrina ha concebido la figura como negocio jurídico unilateral, posición admitida por DE CASTRO y que para Díez-PICAZO es la más exacta, tanto desde un punto de vista estructural como funcional; este planteamiento choca sin embargo en nuestro derecho con la no admisión de la declaración unilateral como fuente de las obligaciones. Más allá de la cuestión doctrinal, la función económico-social del autocontrato es innegable y es innegable también que su admisibilidad implica la admisibilidad de las consecuencias del mismo en cuanto contrato. Ha sido la jurisprudencia tanto del TS como de la DGRN quien ha ido puliendo su conformación en nuestro derecho en los términos que se describen a continuación; la Resolución que comentamos es un jalón más en dicho trabajo de elaboración jurisprudencial.

Para dicha elaboración la jurisprudencia ha partido de la construcción doctrinal del concepto, de las soluciones legales aportadas por el derecho extranjero y de los preceptos que en nuestro ordenamiento positivo se ocupan de casos puntuales relacionados con el autocontrato.

En Derecho comparado, la figura está expresamente permitida en los derechos alemán e italiano cuando no pueda derivarse perjuicio para el representado. Dice el artículo 181 del BGB: «Un representante no puede, en tanto que otra cosa no le esté permitida, celebrar un contrato en nombre del representado consigo mismo, en propio nombre o como representante de un tercero a no ser que el negocio jurídico consista exclusivamente en el cumplimiento de una obligación». Y según el artículo 1.395 del Código Civil italiano «es anulable el contrato que el representante concluye consigo mismo, en su propio nombre o como representante de otra parte, a menos que el representante lo haya autorizado específicamente o que el contenido del contrato haya sido determinado de tal manera que quede excluida la posibilidad de un conflicto de intereses». En nuestro Derecho, la existencia de un posible conflicto de intereses es tenida en cuenta por el Código Civil a la hora de prohibir la autocontratación expresamente en ciertos supuestos, sobre todo en el campo de la representación legal. Si bien una posición minoritaria ha defendido la

posibilidad de autocontratación salvo en los casos específicamente prohibidos en base a la interpretación restrictiva que debe darse a las normas prohibitivas, ha prevalecido la idea de que la ratio de los indicados preceptos debe aplicarse a los supuestos semejantes; como hemos dicho estos preceptos, que citamos a continuación, han sido base fundamental para la elaboración por la jurisprudencia del concepto de autocontratación.

Según el artículo 1.459.2 del Código Civil «no podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí ni por persona alguna intermedia: los mandatarios, los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados». Se ha dicho que este precepto va más allá de la autocontratación al referirse también a quien tiene facultades de administración de un patrimonio y frente a una parte de la doctrina que en base al carácter imperativo del precepto sostiene su irrenunciabilidad por el representado, diferentes sentencias del Tribunal Supremo excluyen su aplicación cuando hay autorización de éste o no hay conflicto de intereses

Esta posible autorización, en cambio, sí está prevista en otro artículo repetidamente utilizado por la jurisprudencia, precepto del Código de Comercio referido a la comisión mercantil, de contenido más amplio que el anterior; en efecto, dice el artículo 267-1 de dicho cuerpo legal que «ningún comisionista comprará para sí ni para otro lo que se le haya mandado vender ni venderá lo que se le haya mandado comprar, sin licencia del comitente».

Como supuestos de prohibición de autocontratación en el ámbito de la representación legal y en relación con la patria potestad y la tutela dicen, respectivamente, los artículos 162.2 y 221.1 del Código Civil, «los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 2.º aquellos (actos) en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo, y se prohíbe a quien desempeñe algún cargo tutelar: 2.º representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses». De ambos resulta la prohibición expresa de autocontratación para padres y tutores cuando entre estos y sus hijos y tutelados exista conflicto de intereses, noción que aparece también en la primitiva redacción de los mismos tenida en cuenta por la jurisprudencia de su época.

Sobre los pilares indicados, es decir, el que proporciona la doctrina y el que facilita puntualmente el derecho positivo, la jurisprudencia va configurando un concepto, el de autocontrato, que admite en la práctica muchos matices. La DGRN viene elaborando desde hace años ese concepto por la íntima conexión que conocemos existe entre representación, aspecto, como se sabe, esencial en la calificación registral y autocontratación, pero también la jurisprudencia del TS ha tenido ocasión de pronunciarse repetidamente en supuestos que encajan plenamente en el campo que consideramos; de la doctrina sentada por el mismo puede derivarse la admisión jurisprudencial del autocontrato cuando existe dispensa al representado o está excluido el conflicto de intereses. Veamos las sentencias más características al respecto.

Después de unos primeros pasos reticentes a admitir la autocontratación, ya la Sentencia de 5-11-56 la acepta en un caso de donación de padre a hijos sobre la base de ausencia de la colisión de intereses. En la Sentencia de 22-2-58 se confirma esta línea; en dicha Resolución se resumen las posiciones doctrinales en relación con el autocontrato, a saber: 1) las que niegan la posibilidad de la figura contractual; 2) las que admiten la posibilidad de que una

persona pueda otorgar un contrato mediante la manifestación de un doble consentimiento; 3) las que reconociendo que en el negocio jurídico de referencia existe tan solamente una declaración de voluntad le conceden efectos jurídicos contractuales; 4) las que colocan el acto completamente fuera de la categoría de los bilaterales para atribuirle efectos específicos, finalmente, el TS admite la figura en la indicada sentencia cuando no hay conflicto de intereses sobre la base en aquel momento de los artículos 165, 236-2; 275-4.º del Código Civil, y 135, 136 y 267 del Código de Comercio, así como de los principios generales del Derecho y la doctrina de la Resolución de la DGRN de 29-12-22.

De la Sentencia de 27-10-66 resulta la posibilidad de salvar el autocontrato mediante la especial autorización del representado; en dicha sentencia se distingue el autocontrato propiamente dicho, que implica traslación de bienes de aquellos otros supuestos en que puede haber colisión de intereses; esa distinción no ha prosperado doctrinal y jurisprudencialmente, de forma que el autocontrato no supone necesariamente esa traslación. También la Sentencia de 23-5-77 admite la autocontratación cuando existe poder expreso para ello adecuado y suficiente.

De la Sentencia de 14-10-66 resulta la exclusión de la figura cuando el precio se fija de forma objetiva (precio de cotización el día de la transmisión de cupones por presidente del Consejo de Administración a la sociedad), lo que incide en la idea de ausencia de conflicto de intereses.

La Sentencia de 7-10-87 aprecia la existencia de autocontrato con la consecuencia de la nulidad del negocio en un supuesto de venta por el consejero-delegado de una sociedad a su esposa para la sociedad de gananciales.

De la doctrina de las sentencias del TS pueden deducirse una serie de criterios en línea con los más generalmente aceptados por la doctrina; es decir, la autocontratación es posible siempre que no existe colisión de intereses y aun en este caso cuando medie la suficiente y adecuada licencia por parte del representado.

Si importante es la labor del TS en la fijación de los contornos del autocontrato, no puede dejar de destacarse la significación fundamental en este terreno de las resoluciones de la DGRN precisamente por la íntima conexión que existe entre autocontrato y representación. Ya sabemos el importante aspecto casuístico de una materia de elaboración predominantemente jurisprudencial, pero se ha observado también la coincidencia en la práctica de los tribunales y en la doctrina de unos principios de general aceptación. Veamos el juego de la institución y de esos principios a la luz de los distintos casos que se han presentado a resolución en el Centro Directivo.

## LA ELABORACION POR LA DGRN DE LA DOCTRINA DEL AUTOCONTRATO

### 1. EL CONCEPTO

Ya se ha visto cómo la importante Sentencia 22-2-58 citaba como fundamento de su fallo la Resolución de la DGRN de 29-12-22; de dicha Resolución y de acuerdo con la doctrina del momento resulta la admisión del autocontrato cuando se da la autorización expresa del representado o la ley la presupone, cuando se trata de cumplir una obligación ya contraída y cuando la causa jurídica o la correspondencia de intereses de ambas partes aleje toda sospecha

de lesión de una de ellas. A la ausencia de conflicto de intereses se refiere también la Resolución de 30-5-30 como circunstancia que permite la autocontratación a falta de autorización del poderdante

La Resolución de 9-2-46 ahonda en el indicado concepto refiriéndose a la existencia de una sola voluntad que hace dos manifestaciones jurídicamente conjugadas y económicamente contrapuestas.

La Resolución de 26-9-51 define la autocontratación como la existencia de una sola decisión con varias declaraciones de voluntad y la admite cuando el mandante la autoriza expresamente o cuando se trata de simples actos de ejecución; de múltiples resoluciones resulta clave la idea del conflicto de intereses como circunstancia que excluye la posibilidad de autocontratación, tanto en la representación voluntaria (Resolución de 1-2-80, 20-9-89) como en la legal (Resolución de 27-11-86).

De todo ello resulta, pues, la admisión del autocontrato en cuanto manifestación jurídica de una decisión que compromete a varios patrimonios (bien el del representante y el del representado, bien los de distintos representados por un mismo representante).

- cuando existe autorización especial del representado,
- cuando no exista conflicto de intereses;
- cuando exista un mandato legal, como ocurre con la figura del contador partidor;
- cuando se trate de meros actos de ejecución (ver art. 234.1.3.º del Reglamento Hipotecario).

## 2. EL CONFLICTO DE INTERESES SEGÚN EL TIPO DE NEGOCIO

¿En relación con qué negocio y en qué supuestos puede hablarse de la existencia de un conflicto de intereses? Es evidente que la contraposición de intereses está claramente vinculada a la idea de traspaso matrimonial que afecte desde ahora o en el futuro al patrimonio del representado; esa contraposición se referiría, pues, a lo que según se ha dicho antes, la Sentencia del TS de 27-10-66 llama autocontratación propiamente dicha. ¿Qué ocurre en aquellos otros negocios donde la posible oposición de intereses no se da tan claramente como en los negocios dispositivos, pues, en principio, el interés general es confluyente como se observa en los negocios de partición o en los negocios societarios? De la posición de la DGRN no puede definirse una regla general; habrá de estarse a las circunstancias del caso para saber cuándo existe conflicto, esto es, cuando en favor de una de las partes y en beneficio de la otra puede resultar un provecho que denote la existencia de conflicto; sí puede, sin embargo, inferirse un punto de partida estricto en la admisión de la autocontratación cuando existe una razonable posibilidad de conflicto, interpretación que resulta del propio artículo 1.713 del Código Civil (Resolución de 20-9-89).

Así, en materia de partición o división de la cosa común, el Centro Directivo aprecia la existencia de autocontratación no permitida en un caso de partición de herencia por un heredero, actuando por sí y en representación del resto, dados los términos en que los poderes estaban conferidos (Resolución de 30-5-30) y también en un supuesto de disolución de condominio, actuando la madre usufructuaria por sí y en representación de sus hijos, nudos propieta-

rios con adjudicación de la cosa a un condueño y compensación en metálico al resto, al entenderse que la distinta naturaleza del derecho ostentado por representante y representados no implica necesariamente interés concurrente, sino todo lo contrario (Resolución de 27-11-86). El conflicto de intereses se aprecia también en la actuación en la partición a un tiempo como defensor judicial y como representante de otro heredero (Resolución de 26-9-51).

La Dirección General ha distinguido en los casos de actuación de un cónyuge por sí y en representación de los hijos, el supuesto en que es necesaria la disolución de comunidad conyugal junto con la partición del supuesto en que esa disolución no es necesaria; en este caso, si los bienes se adjudican por cuotas romanas concretando la proporción prevista en la disposición sucesoria, la autocontratación queda excluida con el posible conflicto de interés por las garantías que comporta la formación de esa comunidad romana (Resolución de 27-1-87); si por el contrario ha de realizarse la liquidación de la comunidad conyugal, la fijación del inventario implica un conflicto de intereses que excluye la validez del autocontrato (Resolución de 25-1-28, 15-7-43).

En cuanto a los supuestos de constitución de sociedad donde los intereses parecen, en principio concurrentes, no contrapuestos, y así se reconoce en diversas sentencias del TS, habrá de estarse a las circunstancias de cada caso; en la Resolución de 3-7-36 en un supuesto de constitución de sociedad colectiva, la Dirección General excluye la idea de conflicto de interés y, en consecuencia, de autocontratación, apreciando sin embargo extralimitación en las facultades de administración de bienes inmuebles de menores sin intervención de la autoridad judicial.

También han de citarse aquellos supuestos en que sin existir una relación negocial directa en las manifestaciones de voluntad que afectan a distintos patrimonios, se producen situaciones semejantes a la autocontratación y de hecho equiparadas a ella en la jurisprudencia registral, así en la Resolución 20-9-89, la Dirección insiste en la idea de decisiones económicamente contrapuestas sin que esté garantizado la independencia de formación de las voluntades actuantes en un caso de constitución de hipoteca por sociedad de garantía de la deuda contraída por otra actuando una misma persona en representación de ambas.

De lo dicho resulta que el autocontrato se da más allá del campo del mero negocio de disposición, especialmente en el plano de negocios limítrofes como los de partición, si bien la apreciación del conflicto de intereses requerirá en estos supuestos una consideración casuística según el contenido del negocio.

### 3. LA AUTOCONTRATACIÓN SEGÚN LA CLASE DE REPRESENTACIÓN

La doctrina de la autocontratación se viene elaborando fundamentalmente en el campo de la representación voluntaria y en el de la representación legal. Menos son los casos planteados en el plano de la representación orgánica. Lo específico del supuesto deriva de la especial naturaleza del órgano de administración y representación de las sociedades que denota claras especialidades frente al mandato. La peculiaridad de la representación orgánica no debe hacer olvidar, sin embargo, que el órgano está compuesto por personas cuya actuación en su propio nombre y en el de la sociedad acarrea semejantes peligros que los considerados en sede de representación voluntaria.

El Tribunal Supremo ya se pronunció al respecto en la Sentencia de

7-10-87 considerando que existe autocontrato no permitido en la venta por el consejero-delegado a la propia sociedad, este criterio es también el que se deduce de varias de resoluciones de la Dirección General, la casuística, sin embargo, que puede plantearse es múltiple; así la autocontratación será clara en caso de administrador único o solidario que actúe por sí y en nombre de la sociedad, en caso de dos administradores mancomunados difícilmente podrá formarse la voluntad social si existe intereses opuestos entre la sociedad y uno de ellos, si en un órgano colegiado de administración y el conflicto de intereses afecta a uno de sus miembros, parece que ese carácter colegial eliminará el autocontrato si el acuerdo se forma por mayoría de los no afectados, pero sería muy discutible que la certificación y la elevación a público del acuerdo emanaran ambos del propio interesado, aunque esta cuestión excede del problema del autocontrato propiamente dicho.

En cuanto a fallos concretos del Centro Directivo, la Resolución 1-7-76 considera que no existe autocontratación prohibida en un supuesto de reconocimiento de deuda e hipoteca realizado por los dos únicos socios de una sociedad de responsabilidad limitada a favor de un acreedor, que es uno de esos socios al consentir el otro socio no interesado.

Por su parte, la reciente Resolución de 21-5-93 considera que existe conflicto de intereses cuando una persona comparece como apoderado de los dueños de unos bienes para venderlos y otra aparece para comprarlos como apoderada de una sociedad en virtud de poder otorgado por el administrador de la misma que es el apoderado compareciente de los vendedores. Esa concurrencia del doble carácter de apoderado del vendedor y administrador de la sociedad con facultad para comprar es una manifestación de autocontrato con oposición de interés para el Centro Directivo conforme al artículo 267 del Código de Comercio, poniéndose de relieve que «el tratamiento jurídico de rigor que sufre la autocontratación no se debe a obstáculos conceptuales sino a razones de justicia» e insistiéndose en la idea de la interpretación estricta de los poderes.

Por otra parte, la Resolución citada confirma el planteamiento ya recogido en la conocida Resolución de 30-7-76 en caso de actuación de sustituto en compañía del representante en el sentido de que la sustitución del poder no desliga al mandatario en su relación con el mandante, no rompiéndose así el conflicto de intereses en virtud de la sustitución.

Este criterio no es ciertamente pacífico ni doctrinal ni jurisprudencialmente. Doctrinalmente debe ser citada la opinión de Díez-PICAZO, en el sentido de que el nombramiento de un sustituto implica la actuación de una nueva persona en el negocio que excluye la autocontratación; estaríamos ante un contrato que se acercaría en su caso al fraude de ley; jurisprudencialmente el Tribunal Supremo distingue sobre la base doctrinal una doble posibilidad; transmisión y sustitución o delegación del poder, en el primer caso y de acuerdo con las facultades conferidas por el mandante, el mandatario transmite a otro esas facultades desligándose del mandato, en el segundo tal desconexión no se produce.

De cualquier forma, la Dirección General no distingue y aprecia autocontratación en la actuación del sustituto sobre la base de que el sustituto está sujeto a las instrucciones del sustituyente.

Por último, aunque autocontratación se vincula normalmente a representación puede no ocurrir así; el supuesto más evidente es el de la titularidad de bienes del cónyuge dentro de un matrimonio; esa titularidad puede correspon-

der a bienes sujetos a régimen privativo o ganancial; en un supuesto de venta por un cónyuge a la sociedad de gananciales, actuando el mismo en el doble concepto de vendedor y comprador el Centro Directivo en Resolución de 2-2-93 aprecia la no existencia de conflicto de intereses.

Por fin y en lo que se refiere al carácter de la falta desde el plano registral, la Dirección aproxima el supuesto a la insuficiencia de poder, y aunque tal negocio es considerado nulo, se trata de una nulidad *sui generis* que deja al negocio en estado de pendencia sujeto a la posible ratificación, lo que hace que la falta sea subsanable con efectos sanatorios a partir del asiento de presentación. El criterio se observa en repetida jurisprudencia del Centro Directivo, y ello a pesar del principio de no afección a terceros de la ratificación sentado en la Resolución de 3-3-53, doctrina esta que hoy tiende a considerarse superada con matices sobre la base de la fuerza vinculante de las manifestaciones de las partes en el negocio y el principio favorable a la calificación suspensiva (GÓMEZ GALLIGO).

#### SIGNIFICACION DE LA RESOLUCION COMENTADA

La Resolución que comentamos supone una aportación más en la elaboración jurisprudencial del concepto de autocontrato; su interés radica en que dando por sentado el concepto general de la institución que hemos venido definiendo y admitiendo la validez de la autorización por el representado para salvar el negocio, pone en guardia ante una interpretación de éste que no profundice en su verdadera causa al contrastarlo con los términos en que el poder está conferido. En el supuesto concreto, el poder para vender una finca con facultades para autocontratación se utiliza para vender al propio apoderado por un precio muy inferior al valor fiscal. La Dirección aprecia que tal negocio mal puede calificarse de verdadera compraventa. El discrepar de la causa que el negocio configurado implica sería en principio motivo de defecto (Resolución de 27-11-86) si bien la apreciación última del tipo de negocio realizado parece que debería dejarse al arbitrio de los tribunales, pues compraventa es cambio de cosa por precio y aquí tal contraprestación se produce (ver la misma Resolución). Ahora bien, más allá de ese posible defecto, lo cierto es que en el supuesto planteado, el negocio excede en cuanto a la causa del contenido normal de los negocios comprendidos en el poder; la interpretación estricta del poder sí permite aquí una indagación en cuanto al negocio realmente realizado, puesto que del mismo puede derivarse perjuicio para las partes intervinientes y puesto que el mismo refleja la existencia del conflicto de intereses más allá de la autorización del representado que está conferida en términos de normalidad negocial.

En el caso planteado las reservas ante la actuación del apoderado son perfectamente racionales. El criterio del Centro Directivo es del todo acertado; el autocontrato sirve a una válida función económico-social, pero a veces responde a criterios de confianza e incluso de necesidad que no impiden la posibilidad de abusos entendidos no ya como abusos en el poder conferido, sino en cuanto extralimitación del mismo. La calificación de la causa del negocio es siempre necesaria, pero es especialmente delicada cuando se trate de adecuar ese negocio al poder conferido sobre una doble base, la de la interpretación estricta del poder y la del rigor ante la figura del autocontrato, previniendo posibles abusos.

En definitiva estamos ante un paso más en la creación práctica del instituto de la autocontratación por la DGRN que recuerda que la autorización especial para autocontratar concebida en los términos más generales no dispensa de una calificación rigurosa y estricta del negocio realizado, dados los términos del poder, incluso cuando se den los elementos básicos de ese negocio, calificación tanto en lo que se refiere a la causa como en lo que se refiere a sus condiciones, excluyendo la validez del autocontrato cuando de esa calificación resulte la manifestación práctica de los intereses contrapuestos de las partes.

(BOE de 3 de junio.)

*Resolución de 7 de febrero de 1995, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Es posible la consolidación del usufructo adquirido a cambio de renta en estado de casada en régimen de gananciales, con la nuda propiedad adquirida previamente por herencia.*

*Hechos.* En el Registro de la Propiedad de El Escorial se presenta una escritura denominada de «extinción de condominio y extinción de usufructo» comprensiva de cinco fincas de las cuales una de ellas se indica en la escritura que es comprensiva de las dos terceras partes de la mayor finca primitiva y que sobre la misma se encuentran construidas dos viviendas tipo A, subvencionadas; *inscrita ya esta finca como finca independiente.*

Pertenece esta finca en cuanto al usufructo vitalicio de 2/3 a doña C. y en cuanto a la nuda propiedad de las mismas y el pleno dominio del 1/3 restante, por partes iguales a doña A. y don J., *todo ello por título hereditario.*

Como apreciación previa para la cesación de comunidad, se divide materialmente la finca en cuestión en otras dos «trazando una línea recta y perpendicular al eje de la carretera de El Escorial a Guadarrama» (lindero norte), quedando la finca dividida en dos mitades exactamente iguales. *En ninguna de las dos parcelas resultantes se hace referencia alguna a las dos viviendas subvencionadas construidas sobre la finca primitiva.* Se afecta la división y posterior adjudicación con la condición suspensiva de obtener la licencia de la Comunidad Autónoma.

Doña C. cede el usufructo vitalicio que le pertenece sobre esta finca y otras, a sus dos hijos: doña A. y don J., *a título oneroso y a cambio de renta vitalicia*, indicándose expresamente que en cuanto al correspondiente a la finca en cuestión «su transmisión provoca la extinción por consolidación, al ser los adquirentes los actuales nudos propietarios». Comparece en la escritura el esposo de doña A., *pero no la esposa de don J.* Solicitándose tan sólo la inscripción del lote correspondiente a doña A.

El Registrador suspende la inscripción por los siguientes defectos:

1.º Resultar el usufructo adquirido a título oneroso y a cambio de renta vitalicia por doña A., de carácter presuntivamente ganancial, por lo que no procede la consolidación del pleno dominio en dicha señora.

2.º No haber lugar tampoco, en consecuencia, a la adjudicación que a ella se hace en la extinción de condominio.

3.º No aparecer las viviendas subvencionadas que constan en la finca matriz, integradas en ninguna de las fincas que resultan de la división.

La interesada doña A. y su esposo interponen recurso gubernativo en la que, sustancialmente alegan:

— Que el marido de la interesada compareció en la escritura y prestó su conformidad *tácita* a la adjudicación con carácter privativo, por lo que la adquisición se realiza con tal carácter procediendo, en consecuencia, la extinción y adjudicación.

— Que en cuanto a la omisión de especificar a quién de los hermanos se adjudican las edificaciones, no justifica la suspensión, pues caben soluciones posteriores y también puede ocurrir *que dichas viviendas no existan, estén en ruinas y no merezca la pena su inscripción*

Admitido y dado traslado del recurso, el Registrador informa:

— Que la adquisición del usufructo tiene lugar a título oneroso, por lo que tiene carácter presuntivamente ganancial (art. 1.361 CC) y por tanto no se consolida el pleno dominio (art. 513 CC).

— La mera comparecencia del cónyuge de doña A. no implica necesariamente la conformidad a la inscripción (extinción) del usufructo con carácter privativo, pues puede requerirse para otras cláusulas de la escritura (se cita la sexta que no interesa para el recurso) y si se quiso obtener este resultado, se debió proceder de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.323 CC y en relación con los 609, 1.255 y 1.261.

— La especificación de la finca resultante de la división en que se encuentran las viviendas existentes es derivación lógica e inevitable del principio de especialidad y determinación.

El Notario autorizante, por su parte informó:

— Que al ser el usufructo un derecho limitativo *no puede, ni presumirse ni interpretarse ampliamente, por lo que en caso de duda sobre su subsistencia debe estimarse que se extingue por consolidación* y que *la extinción del usufructo por contraprestación onerosa debe tener el tratamiento de las mejoras*. Que en todo caso la inscripción habría de hacerse a nombre de doña A. por imperio del artículo 94 RH, *aún con carácter presuntivamente ganancial*, no siendo posible inscribir a favor de la sociedad conyugal que carece de personalidad, aun admitiendo, como hace la jurisprudencia de la DGRN, la posibilidad *del usufructo ganancial, que la doctrina discute y que esta posibilidad no puede conducir a impedir la extinción por consolidación querida por las partes* (pues si el esposo de la interesada no hubiere estado de acuerdo no habría prestado su consentimiento a la escritura), debiendo estimarse que existe la misma «ratio» que en la extinción de condominio con exceso de adjudicación.

— Que en cuanto al tercer defecto debe partirse de que la referencia a las viviendas no había sido objeto de asiento separado y especial, tratándose de un mero dato descriptivo *sin trascendencia jurídica* «e incluso resulta extraño que en una finca rústica exista referencia a edificaciones indicando su carácter subvencionado sin más datos».

El Presidente argumenta:

— Que por aplicación de *la inexcusable causa de extinción del usufructo, prevista en el número 3, artículo 513 del Código Civil de reunión del usufructo*

*«y la propiedad en una misma persona», y en aras de la autonomía de la voluntad, no tiene sentido negar la posibilidad querida por los intervinientes de que el dominio recobre su contenido normal.*

— Que al no haber sido la construcción de las viviendas objeto de asiento separado y especial, *pues no se había hecho declaración de obra nueva*, su referencia no resulta exigible a tenor de lo establecido en los artículos 51 y 46 RH.

Estima el recurso y revoca la nota, pero como vemos y en cuanto al tercer defecto, en base a la «errónea» situación registral alegada por el Notario (que resulta extraño no conociera ésta), por lo que o fue ingenuamente víctima de un truco procesal o debió comprobarla pidiendo incluso certificación.

El Registrador apela el auto y tras ratificar las razones de su anterior informe, añade que las edificaciones fueron inscritas como declaración de obra nueva en virtud de escritura (ratificada por otra) que causaron la inscripción segunda en la que se declararon dos bloques de una sola planta con dos viviendas por planta, dos del tipo A y dos del tipo B, éstas, integradas en un solo bloque, fueron después segregadas formando otra finca registral, y quedando las dos del tipo A integradas en la finca registral sobre la que se plantea el recurso.

#### *La Resolución*

En cuanto al primer defecto y, en consecuencia al segundo, derivado de aquél, la Dirección, tras de admitir que:

- La inequívoca consideración del principio de subrogación real que ha de regir la delimitación de las masas ganancial y privativa.
- La exigencia de interpretación estricta de todo precepto excepcional.
- La reiterada admisión por este Centro Directivo de la ganancialidad del derecho de usufructo, y
- La existencia de hipótesis de subsistencia del derecho de usufructo pese a la reunión de éste y de la nuda propiedad en una misma persona.

*Son argumentos que militan en favor de la persistencia del derecho de usufructo en el caso debatido*, revoca el defecto en el caso recurrido con base a cinco argumentos que pudiéramos considerar generales a los que añade otra serie de circunstancias que concurren en aquél; son las siguientes:

1.º El criterio de ordenamiento jurídico de facilitar los mecanismos de reintegración de las facultades desmembradas en un único sujeto de derecho, para facilitar la explotación económica de los bienes (cita como ejemplos los artículos del Código 1.346, números 4 y 8, 1 347-4, 1.352, 1.359 y 1.360).

2.º La existencia de supuestos en que el carácter de la contraprestación no puede determinar la persistencia del derecho limitativo adquirido por un cónyuge (cita los arts. 603 relativo a la servidumbre de pastos y el 839 relativo a la conmutación del usufructo vidual).

3.º Que las repercusiones económicas de la solución favorable a la consolidación son similares cuando no más beneficiosas para el consorcio conyugal que las de la solución contraria, pues a la ganancialidad de los frutos habrá de añadirse el derecho de reembolso al tiempo de la liquidación (art. 1.358) y todo ello sin perjuicio del juego corrector del 1.390.

4.º Que no se menoscaba el derecho de los acreedores que, sobre no disminuirse cuantitativamente el patrimonio ganancial, tienen siempre la acción revocatoria

5.º Que el objeto específico del negocio es la extinción inmediata del derecho de usufructo y a ello presta su consentimiento el cónyuge de doña A., como lo confirma la cláusula relativa al otorgamiento del título calificado.

A ellos añade que, en el caso planteado, el cónyuge adquirente era también pleno propietario de una cuota del mismo bien gravado *de modo que entre cedente y cesionario existía, si no una situación de comunidad «stricto sensu», sí una coparticipación en la gestión y disfrute de ese bien* (cita los arts. 490 y 392 en relación con el 1.522 CC) y que lo que ahora se pretende es poner fin a una situación de desmembración dominical resultante de una partición y de la incidencia en ella del usufructo vidual y que, si en su día se hubiera hecho uso del derecho de conmutación del artículo 839 no hubiera surgido cuestión sobre una eventual titularidad ganancial sobre los bienes hereditarios.

#### COMENTARIO

Dos cosas sorprenden en esta Resolución: la primera, que frente a la nitidez y precisión de los argumentos y citas legales que la propia Dirección expone y que «militan en favor de la persistencia, en el caso debatido, del usufructo cuestionado», la argumentación que funda la decisión parece más confusa y vacilante, como si se hubiera intentado justificar una decisión preconcebida, quizá en aras de un interés o conveniencia económica (la no permanencia de derechos limitativos que dificultan el tráfico), que nos parece real, pero menos grave de lo que aparenta, y para solucionar el cual, el Ordenamiento arbitra otros procedimientos (redención, hipoteca conjunta del art. 217 RH, etc).

La segunda, la poca trascendencia que se da a la segunda cuestión (omisión de las edificaciones), a nuestro juicio, la más importante, que la Resolución despacha asumiendo la posición del Notario de que se trata de «un elemento descriptivo complementario y de constatación voluntaria, cuya omisión ni menoscaba la identificación de las fincas, ni compromete la consideración jurídica de parte integrante de las mismas que corresponde a aquellas edificaciones.

Si fuera así, carecerían de sentido no sólo los requisitos a que, ya desde 1946, la LH sujetó las declaraciones de obra nueva, sino más aún, los numerosos y precisos a que la vigente Ley de Régimen Urbanístico las ha condicionado (proyecto de construcción, licencia municipal de construcción, certificación del arquitecto de que se construye conforme al plan y a la licencia y certificación visada por el Colegio de Arquitectos de que la obra se ha terminado). Estos requisitos resultarían desproporcionados si de una simple circunstancia descriptiva se tratase y entronca con dos preocupaciones graves en el momento de publicarse *esta* última Ley el *control municipal* tendente a evitar edificaciones anárquicas que degradan el hábitat urbano y el medio rural y la necesidad de impedir el *fraude inmobiliario* que permitía vender como edificio construido lo que apenas si tenía la excavación. El criterio apuntado en esta Resolución abre un amplio portillo al fraude (ya insistiremos sobre ello), resulta *retrogrado* y parece inspirado en el *poder* omnímodo del dominio quirritario inaceptable en nuestros días

La Dirección, respecto al último defecto, se limita a recoger brevísimamente el argumento del Notario, aceptado por el Auto Presidencial; pero el Notario partió de una afirmación falsa: que la obra nueva no había sido objeto de inscripción especial, y el Presidente lo aceptó como presupuesto único de su brevísima argumentación al no resultar contradicho por el anterior informe del Registrador, que tampoco planteó el tema, sin duda por considerarlo obvio.

Es cierto que al introducirse una cuestión de hecho nueva y que resultaba esencial para la decisión del caso, el Presidente hubiera «podido» mediante diligencia para mejor proveer, comprobar la situación registral (elemento básico de calificación) y pedir certificación; no lo hizo y resolvió sobre una base errónea, al menos por su parte; otra cuestión es que el Notario en su informe no adoptase ni esta mínima precaución e incurriese así en falsedad al afirmar tajantemente lo que no era cierto (la inscripción segunda de declaración de obra nueva, se practicó en virtud de dos escrituras, el 7 de mayo de 1962). Pero, en cualquier caso, esta excusa aplicable al Presidente, no es válida para la Dirección, porque el Registrador, en su escrito de apelación ya lo había hecho constar y, no obstante, la Dirección en su Fundamento de Derecho 4, prescinde paladinamente de ello (no obstante recogerlo en el hecho VII) y continúa considerándolo como una simple omisión de descripción. ¿No valía la pena haber profundizado un poco en la cuestión y haber distinguido los dos supuestos: la simple descripción formal y la inscripción de un derecho a lo edificado que se inscribe especialmente? (1).

Apuntada esta peculiaridad de la Resolución que comentamos pasemos al estudio de las dos decisiones que en ella se adoptan:

---

(1) Antes de la LRU distinguíamos claramente la simple diferencia en la descripción que se resolvía con la fórmula «y que, ahora, según el título presentado .», así los dos supuestos frecuentes. « con una casa, hoy derruida (o en ruinas). .. » o el inverso «. . con una alberca (o cobertizo para el ganado, o casa para el guarda) ..», siempre que de la descripción no resultare haberse construido un verdadero palacio o un bloque de viviendas. Hoy la cosa, en el supuesto positivo último, resulta más discutible y los Registradores hilamos más fino, pero ni ahora ni antes aceptábamos la omisión de un derecho especialmente constituido e inscrito.. sin cumplir los requisitos de cancelación de éste.

Hay una cuestión paralela que vale la pena exponer: la rectificación de superficie, también en los dos supuestos positivo y negativo: «de cabida tres hectáreas, que según reciente medición mide 2,90 ó 3,25»; se inscribía sin dificultad, a lo sumo, en el caso positivo con los requisitos del exceso de cabida. Sin embargo, en mi opinión, la situación es distinta cuando se trata de edificaciones o viviendas (sujetas a licencia y que han de realizarse conforme a ésta) y que pueden entrañar extralimitación y *también cuando la finca procede por segregación de otra*. La razón es muy simple: si mi mujer compra un queso por tres mil pesetas y me dice: «el queso me ha dicho que pesa 2,700 Kgs. pero —según reciente pesada— pesa 2,400 ó 2,940» no pasa nada; tú has comprado este queso por tres mil pesetas; pero si viene con un trozo de queso y me dice. «he comprado 300 gr. de queso, pero lo he pesado (“según reciente medición”) y pesa 500 ó 180 gr.», sí que pasa, porque a ti te falta y allí sobra o al revés. Por eso, en mi opinión, no puede variarse la cabida *sin rectificación de la segregación y sin consentimiento de aquél a quien pueda perjudicar* (que no siempre es el adquirente de la porción segregada). Este problema adquiere dimensiones que trascienden de la pura anécdota en zonas de urbanización, al igual que los sucesivos excesos de cabida por fases, ninguna de las cuales exceda de la quinta parte. Personalmente, siempre que me encuentro con segundos excesos de cabida (y frecuentemente también en el primero) *tengo dudas (y creo que «fundadas»)* de la *identidad de la finca* y exijo al menos la certificación catastral

Pero esto necesitaría más espacio, y aquí me limito simplemente a apuntarlo

La primera cuestión es la de la subsistencia o la extinción por confusión de derechos cuando la nuda propiedad tiene carácter parafernial y la adquisición se hace con cargo a la sociedad de gananciales.

Afortunadamente, al menos en este punto, la Dirección prescinde de la argumentación del Notario, basada en el carácter personalísimo del usufructo y en la carencia de personalidad jurídica de la sociedad de gananciales o, al menos, de personalidad jurídica distinta de la de los cónyuges, porque el Notario olvida que el tema de la confusión de derechos no puede situarse en el ámbito de la conexión personal, sino en el patrimonial, y no puede producirse entre patrimonios separados, bien por su afección a un fin específico o por su situación frente a una suma de responsabilidades y derechos particulares o, como indica J. GÓMEZ GÁLLIGO (2), «para que proceda la consolidación se requiere una *plena identidad* en el régimen jurídico de la nuda propiedad y del usufructo cuya reunión se pretende».

En estos casos, la legislación (y es el supuesto de la sociedad de gananciales) se preocupa de mantener inalterada la masa patrimonial y para ello utiliza el principio de subrogación real que la Dirección ratifica en el «Fundamento» segundo y que reconoce como *argumento que milita en favor de la persistencia*, así como la *exigencia de interpretación estricta de todo precepto excepcional, la reiterada admisión por este Centro de la ganancialidad del derecho de usufructo y la existencia de hipótesis de subsistencia del derecho de usufructo, pese a la reunión de este derecho y la nuda propiedad en la misma persona*.

Pero a renglón seguido de aducir estos argumentos que parecen claros y convincentes, la Dirección pretende desvirtuarlos con una serie de consideraciones:

1.º El criterio que orienta el Ordenamiento Jurídico de facilitar la explotación económica de los bienes y, para ello los distintos mecanismos de reintegración del dominio pleno en un solo titular, que —dice la Dirección— «se ha querido hacer prevalecer sobre el principio de subrogación real». La Dirección cita en apoyo de su tesis los artículos 1.346, 4 y 8, 1.347-4, 1.352 y 1.360, así como los supuestos de redención de la servidumbre de pastos y la conmutación del artículo 839.

Respecto a la alegación de los artículos 1.346-4 y 8 huelga toda observación, pues la propia Dirección en el «Fundamento» anterior (núm. 2) lo declara inaplicable (no obstante lo cual, lo aduce doce líneas después, incoherencia que resalta la falta de argumentos serios en favor de la decisión) y lo mismo cabe decir del 1.347. Mayores problemas plantean los tres siguientes preceptos invocados; todos ellos parecen fundarse en un principio de accesoriedad inaplicable al caso planteado, pero, además, el 1.352, como indica PRETEL SERRANO, pretende resolver la discusión planteada en la doctrina y la jurisprudencia sobre la naturaleza de la ampliación de capital (3), aceptando la posición al parecer mayoritaria; el 1.359 y el 1.360 aplican el principio de accesoriedad en el caso de incorporación de diversos dominios que no parece aplicable al supuesto radicalmente distinto de existencia de derechos limitativos autónomos y no puede descuidarse que el párrafo final del 1.359, al igual

---

(2) En *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, «Resoluciones...», núm. 62, abril-mayo 1995.

(3) Si se trata de frutos o de capital (vid. *Comentario del Código Civil*, edición del Ministerio de Justicia).

que la presunción del 1.361 implican un trato favorable a la ganancialidad que, de haberse tenido en cuenta en este caso, hubiera conducido a la subsistencia del usufructo.

No obstante, este «Fundamento» plantea el único argumento en favor de la consolidación y en el que estamos de acuerdo: la razón económica contraría a toda limitación que dificulta que los bienes rindan toda la utilidad (individual y social) de que son susceptibles y a la libertad de tráfico jurídico y no cabe duda de que ésta resulta disminuida con cualquier clase de limitación. Lo que ocurre es que esta razón debe ser contemplada en el momento de legislar, pero una vez que el legislador ha decidido; ni siquiera por vía de interpretación correctora puede la jurisprudencia (esto es algo que ya hemos advertido en ocasiones anteriores) enmendar la plana al legislador y desvirtuar el precepto terminante del 1.347-3 de que son gananciales «los bienes (y derechos, asimilados en el 1.346-1) adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos». Este es el sentido de la observación final de JAVIER GÓMEZ GÁLIGO (antes citado) de que «el argumento de que debe facilitarse la explotación económica de los bienes, fomentando su atribución a un único sujeto de derecho, no puede ir en contra del régimen jurídico ordinario de los bienes gananciales».

No cabe duda de que el derecho núcleo de dominio posee una «vis atractiva» que tiende a la reintegración (principio de elasticidad del dominio) de los derechos o facultades separadas en cuanto cesa o se reduce la circunstancia temporal que los mantenía en tal situación, pero esta «vis atractiva» queda frenada cuando se trata de mantener la inalterabilidad de un patrimonio especial como soporte de cargas (y este es el objetivo de los gananciales) o de responsabilidades específicas.

El propio GÓMEZ GÁLIGO cita como ejemplo el tratamiento del derecho de superficie en el artículo 289 del Texto Refundido de la LRU.

2.º La existencia de supuestos en los que «el carácter de la contraprestación no puede determinar la persistencia del derecho real limitativo o el establecimiento de una situación de comunidad...» De un lado, debe advertirse que los supuestos de adquisición (simultánea o en momentos diferentes) por cuotas, unas gananciales y otras privativas, es y ha sido siempre, práctica normal en nuestra vida jurídica y no parece que el Alto Centro Directivo pretenda forzar en estos casos la consolidación en poder de una u otros o del mayoritario, aunque la razón económica sería la misma, entre sociedad de gananciales y patrimonio privativo existe una interrelación que deriva de una unión personal (y sólo de ésta) y por eso son frecuentes también las garantías de la una en favor de los otros o viceversa, pero ello no puede llevarnos a confundir la diferente titularidad jurídica.

De otro, la cita de preceptos legales (arts. 603 y 839) tan sólo apoya, en el primero, la postura general del derecho favorable a la reintegración del dominio y ésta no es discutida, pero no sus límites; ni establece ninguna prioridad taxativa ni alude a la naturaleza o titularidad de la contraprestación, ni altera los demás derechos que puedan existir sobre la finca (vid. 602); tan sólo excepciona la norma general de redención del número 6 del artículo 546, estableciendo una redención unilateral que no puede aplicarse a otros supuestos distintos, pues no parece intención de la Dirección la aplicación analógica, estableciendo la redención forzosa del usufructo. Respecto al segundo, aún resulta más difícil su relación con el caso, pues, pese a la imprecisión termi-

nológica del precepto, el artículo 839 tan sólo establece una forma de pago *de la legítima o de los derechos hereditarios del cónyuge viudo*; el usufructo como derecho real *aún no ha surgido* y su alusión juega sólo como referencia del «quantum» a pagar y cuando se conmuta a cualquier otra forma de pago no puede hablarse de consolidación... de lo no desmembrado. Sólo cuando el usufructo como tal, ha sido adjudicado en pago, puede entenderse nacido y su adquisición posterior ha de considerarse una compra ordinaria del derecho que producirá o no la consolidación, según que cumpla o no los requisitos de la confusión, pues el usufructo viudal es enajenable a cualquiera y (excepcionalmente y sólo éste entre los considerados usufructos legales) hipotecable, cuya hipoteca, al configurarlo como patrimonio separado afecto a responsabilidades específicas, *impediría la consolidación* (vid. 107-1º LH). Es decir, para que la confusión se produzca es preciso identidad entre la titularidad patrimonial del derecho núcleo y del derecho limitativo y ausencia de restricción por afección a responsabilidades específicas en ninguno de ellos.

3.º Tampoco parece convincente el argumento de que al ser el cónyuge adquirente (?) pleno propietario de una cuota del bien, existía una coparticipación en la gestión y disfrute del mismo. Esta es una situación natural en casi todas las adjudicaciones hereditarias que no altera el contenido de los respectivos derechos. La comunidad de gestión y disfrute se establece por la cotitularidad *en la propiedad* (art. 392 y 393 y sigs.), al igual que en el retracto (art. 1.533; no puede retraer el usufructuario a pesar de esa pretendida *comunidad de gestión*) y lo único que sucede es que *la representación de la cuota afecta a usufructo, se atribuye «exclusivamente» en lo referente a administración y percepción de frutos, al usufructuario*. La argumentación más bien parece conducir a la conclusión contraria

Lo mismo ocurre con la alegación de que si en la partición se hubiera ejercitado el derecho de conmutación no hubiera surgido problema en cuanto a la situación de desmembración, cualquiera que fuera la procedencia de la compensación en metálico ¡naturalmente! como que no habría habido desmembración, sino pago de una cuota cuyo pago, hecho con dinero ganancial, sería ganancial, por supuesto, pero el «tamtum», no el usufructo que no habría nacido Tampoco habría problema (posiblemente y salvo los efectos fiscales) si después se rectificara la partición anulando el usufructo y sustituyéndolo por adjudicación en metálico. *Pero no es esto lo que se hizo ni lo que se quiso hacer*; esto, en sí hubiera sido lícito, pero lo que ya no lo es, es pretender este resultado vulnerando el régimen legal de los gananciales.

Y tampoco lo es el argumento de que esta solución resulta más beneficiosa para la sociedad conyugal y sus acreedores al sumarse a la ganancialidad de los frutos (que lo serían, ya fuese el usufructo privativo o ganancial) el valor de reembolso actualizado al tiempo de la liquidación y que en caso de que no fuera más beneficioso siempre quedaría el juego del artículo 1.390 para el posible cónyuge perjudicado y el del 1.111 para los acreedores, por supuesto, pero esto no tiene nada que ver con el régimen legal de los bienes, y podríamos decir que «para este viaje no necesitábamos alforjas» y sobrarían todas las presunciones y garantías recogidas casuísticamente por el Código.

4.º Para rematar esta cuestión, la Dirección asume el argumento del Notario de que «es objetivo específico del negocio la extinción inmediata del usufructo y que a ello presta su consentimiento el cónyuge de doña A.».

Aparte de que el consentimiento no resulta nada claro (el propio Notario reconoce en su informe que «su intervención no es a este fin», y en el otorga-

miento no utiliza la fórmula usual en los actos complejos de conformidad «a todo el contenido de esta escritura», sino el indeterminado de «así lo otorgan») y el Registrador lo entiende referido exclusivamente al pacto sexto (determinación de proporcionalidad ganancial y privativa de la finca adjudicada por razón del distinto carácter de la masa de bienes en comunidad, y ya es sintomático que no comparezca en la escritura la esposa del otro copartícipe a la que afectaría igualmente el tema del usufructo, pero no la estipulación sexta), el hecho de que esto fuera lo que querían las partes no significa que sea válido, pues la autonomía de la voluntad, y esto es algo que nadie discute y menos el propio Notariado, se encuentra condicionada y limitada por el derecho objetivo y el régimen económico-matrimonial (como, en general, el derecho de familia) es de derecho necesario, aunque no precisamente derecho público.

Incluso resulta muy dudoso que el consentimiento de los cónyuges pueda atribuir carácter privativo, pues los términos literales del artículo 1.355 sólo permiten el pacto de atribución de ganancialidad a los bienes adquiridos a título oneroso con independencia del carácter de la contraprestación (4).

En resumen, no convence la argumentación de la Dirección para revocar el defecto en vista del Derecho positivo aplicable aunque, en términos de *lege ferenda* hay una indudable razón económica para que se admita la consolidación de los derechos limitativos con prevalencia a la conservación inalterable de los patrimonios familiares. Lo que ocurre es que el Registrador, el propio Notario, la Dirección y los mismos jueces están para cumplir y hacer cumplir el Derecho estatuido y no para enmendar la plana al legislador, y esto vale, incluso muerto MONTESQUIEU, por muchas razones doctrinales que haya para ello, en todo Estado que pretenda ser «Estado de Derecho».

La segunda cuestión del recurso es (ya lo decíamos al principio) bastante más trascendental, y pone en duda toda la moderna orientación tanto en materia de régimen urbanístico como de represión del fraude inmobiliario. El criterio de la Dirección que, paladinamente, prescinde de la circunstancia esencial de que existe un asiento registral específico (la inscripción segunda) de declaración de obra nueva, como si los pronunciamientos del Registro y su concordancia con la realidad fueran una cuestión baladí, resulta indefendible al empecinarse, como lo hizo el Notario (presumiblemente, de buena fe, pero de manera incomprensible y afirmando lo que era falso) en mantener la cuestión dentro del campo formal de las circunstancias de los asientos y prescindir del carácter sustantivo de las declaraciones de obra nueva y las rectificaciones de las mismas (5).

La Dirección estima que las dos parcelas quedan «delimitadas de modo preciso» y que esto «ni siquiera el Registrador lo cuestiona».

Pues ni siquiera esto es cierto: para empezar, de la antigua finca se segregó el bloque B que ahora o constituye un lindero, que no aparece o va enclavado en una de las dos parcelas de la división, lo que tampoco se dice y, después,

---

(4) Cfr. MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentario...*, edición del Ministerio de Justicia, que parece inclinarse, sin demasiada contundencia por la afirmativa, pero recogiendo numerosas opiniones contrarias (GIMÉNEZ DUART, RAMS, GAVIDIA, ALVAREZ CAPEPOCHIPI). En favor LACKRUZ, DE LOS MOZOS y DE LA CÁMARA

(5) Resulta extraño que JAVIER GÓMEZ GALLIGO, siempre tan certero en detectar los problemas de las cuestiones planteadas tanto en los Seminarios de Cataluña como en la Jurisprudencia que comenta, no haya aludido a éste en el comentario ya citado y por breve que éste sea.

el bloque A, comprensivo de dos viviendas que formaban parte de la finca matriz, tampoco se dice si se encuentran en una, en otra o en las dos y, lo que es más serio, al no adjudicarse puede entenderse tanto que continúan en titularidad conjunta de los dos hermanos (en cuyo caso deberían o segregarse o bien constituir un derecho de superficie) como que pertenecen accesoriamente a la parcela o parcelas en que se encuentran... o que han desaparecido, lo que no es cierto.

Estima también que esta omisión no tiene «virtualidad para obstaculizar la inscripción» y ello obliga a plantear las siguientes preguntas:

— La indicación de que existen o han dejado de existir edificaciones en una finca o solar, ¿es una pura circunstancia, al igual que los linderos o el cultivo, confiado a la simple manifestación de las partes o es algo más y debe acreditarse en forma auténtica y surtir efectos sustantivos?

— Existiendo un asiento especial de declaración de obra nueva y omitirse después toda referencia al mismo, ¿debemos cancelarlo?, ¿debemos recogerlo de oficio en una o en las dos parcelas resultantes o debemos simplemente ignorarlo en contra de lo que preceptúa el artículo 1 LH?

Intentaremos un breve comentario sobre las cuestiones planteadas por esta reciente Resolución (6).

Para abordar la primera es preciso situarla en su contexto histórico: el ordenamiento registral cuenta casi siglo y medio de existencia, mientras que los planteamientos urbanísticos y su legislación apenas tienen cuarenta años; la última Ley Hipotecaria data de 1944-46, mientras que la primera Ley del Suelo es de 1956. De aquí resulta que en la relación Registro-Urbanismo sea preciso distinguir tres etapas: la primera, desde la primera LH (1861) a la LH de 1944; la segunda, desde ésta hasta la LRU de 1990-92, y la tercera a partir de esta normativa, si bien con la advertencia de que aunque ésta incide directamente en el Registro y regula terminantemente la relación de éste con el urbanismo y concretamente con la edificación, falta la adaptación coordinadora por parte de la legislación hipotecaria y registral.

Durante la primera etapa, la edificación es un puro hecho y los derechos que de él se derivan se regulan por normas civiles generales, concretamente por las reglas de la accesión en cuanto a la titularidad de lo edificado (arts. 358 a 365 CC) (7). Tampoco se planteaban otros problemas que aparecerán después como consecuencia de la necesaria intervención administrativa;

---

(6) Obviamente, no abordaremos el tema de la regulación urbanística en relación con el Registro, amplísimo, que desborda nuestro objetivo y, por lo demás, reiteradamente estudiado en gran número de publicaciones, y nos limitaremos a las citas indispensables para aclarar nuestra posición. Entre las obras específicas más recientemente publicadas y a las que nos referiremos en la argumentación, citaremos: *La propiedad urbana y el aprovechamiento urbanístico*, de MANUEL MEDINA DE LEMUS (Publicaciones del Centro de Estudios Registrales 1995), *Urbanismo y publicidad registral*, de MERCEDES FUERTES, y *El aprovechamiento urbanístico*, de J. L. LASO MARTÍNEZ y V. LASO BAEZA (ambas publicadas por el Centro de Estudios Registrales de Cataluña, 1995).

(7) Es conocido que nuestro Código intenta armonizar, tanto en materia de edificación como de plantación, dos corrientes divergentes de nuestra tradición jurídica, de raíz germánica y árabe y plasmadas en los aforismos «el que siembra recoge» y «el que siembra en tierra ajena hasta la semilla pierde».

por otra parte, en un Registro que se inicia desde cero tampoco es posible exigir muchos requisitos, garantías y formalidades en cuanto a la titularidad (así en la inmatriculación). Por ello, la edificación o construcción aparece, en cuanto a titularidad, como un derecho anejo o accesorio a la propiedad, y en cuanto a su constatación, como una característica identificadora o descriptiva de la finca al igual que la naturaleza (rústica o urbana, sin mayor trascendencia entonces, pero fundamental hoy), los linderos, el cultivo, la situación (el «paraje») e incluso la cabida.

En este contexto, la decisión del Centro Directivo (que no la justificación, ya que ésta falta totalmente) en la que se da por resuelta la cuestión básica tratarse de una mera circunstancia identificadora y se invocan sólo los preceptos relativos a ésta (9-1 de la LH y 51-3 y 4 RH) hubiera sido correcta y suficiente; pero desde esta situación han pasado cincuenta años en los que la problemática y la regulación han cambiado sustancialmente y que la Dirección ha barrido de un plumazo volviendo a un planteamiento que ya pertenece a la arqueología jurídico-registral (véanse las Resoluciones de 16 de septiembre de 1863, 22 de diciembre de 1898 y otras de la época a las que parece volver la que nos ocupa) (8).

En la segunda etapa se regula con más cuidado la obra nueva, conscientes de los problemas de planificación urbanística que comenzaban a aflorar, si bien sin demasiada precisión ni exigencias porque se trataba de facilitar la concordancia entre Registro y realidad antes que de garantizar escrupulosamente la legalidad de ésta (arts. 208 LH y 308 RH); se atisba la distinción entre derecho de vuelo (inherente al dominio, aunque desmembrable) y derecho de superficie (*ius in re aliena*) y, más tardíamente los derechos de sobre-elevación y profundización, pero sustancialmente se mantienen las formalidades (o más bien la falta de formalidades) y requisitos anteriores. Aún no se había iniciado la legislación urbanística general.

La tercera etapa, en la que se sitúa cronológicamente y hubiera debido también situarse conceptualmente la Resolución que nos ocupa, cambia radicalmente; el cambio es más profundo que la mera exigencia de requisitos y formalidades con fines de control y se sitúa en la propia naturaleza de las instituciones; el urbanismo y la construcción se configuran como un interés predominantemente *público* (recordamos que todo ello se sitúa en una evolución filosófico-jurídica que sustituye la jurisprudencia de conceptos por la jurisprudencia de intereses) que restringe y delimita las facultades dominicales de derecho privado.

Como indica MERCEDES FUERTES (*obra citada en nota 6*): «En esta conocida legislación (se refiere a la hipotecaria) ha incidido la reforma urbanística. Si el legislador diferencia con nitidez el régimen jurídico de las sucesivas facultades dominicales que surgen de la actuación urbanística, no puede prescindir de establecer medidas o instrumentos que garanticen su cumplimiento. Así, la facultad de edificar, que tiene en principio todo propietario, *exige el cumpli-*

---

(8) Sin embargo, MORELL Y TERRY, en su *Legislación Hipotecaria* (segunda edición, 1925, Tomo I, pág. 488), ya advertía: «Nosotros creemos (se refiere al título para la inscripción de nuevas edificaciones) que, inscrito el solar, la nueva edificación o plantación debe hacerse constar por escritura pública en la cual, *en su caso*, se inserte la licencia para edificar y la certificación del arquitecto». En cuanto al derecho de superficie, vid. Tomo II, págs. 207-208, y respecto a la extinción y cancelación, Tomo III, págs. 417-418.

*miento de los deberes previos urbanísticos*, pero además el ejercicio de esta facultad *no atribuye por sí solo la edificación* realizada al amparo de la licencia otorgada, sino que la *adquisición* de la edificación sólo se incorpora al patrimonio una vez acreditada la adecuación de la misma con la licencia» y más adelante: «Por consiguiente, *no puede defenderse que las edificaciones que se inscriban tras la promulgación de la LR estén exentas de control alguno*» (9).

La LRU distingue y delimita el derecho de edificar y el derecho a la edificación, e impone a Notarios y Registradores (art. 37 TR) el control de legalidad de la edificación realizada.

En este contexto no puede sostenerse que la constatación u omisión de las edificaciones en la descripción de las fincas resultantes sea una pura circunstancia sin «virtualidad para obstaculizar la inscripción de la segregación» y que «se trata de un elemento descriptivo complementario cuya omisión ni menoscaba la identificación de las fincas ni compromete la consideración jurídica de parte integrante de las mismas que corresponda a aquellas edificaciones» (10).

Es cierto que en el caso planteado se trata de edificaciones anteriores a la LRU, pero ni siquiera éstas se hayan exentas de control de legalidad (Disposición Transitoria 5.<sup>a</sup>) y será preciso acreditar la anterioridad por un lado, y la prescripción de la acción administrativa para restablecer la legalidad urbanística, por otro.

También lo es que en el caso presente no se trate de inscribir «nuevas edificaciones», sino de omisión de las antiguas, lo que obliga a plantearse otro interrogante: la ausencia de precepto expreso, ¿permite deducir que para la constatación registral de la desaparición o no realización de las obras inscritas o aún sólo mencionadas, debe bastar la simple manifestación?, ¿y para la modificación de estructura o destino (buhardillas o sótanos que se convierten en viviendas o locales, cobertura de terrazas, plantas de viviendas remodeladas en locales, garajes, etc.)? En mi opinión y, terminantemente, no; todo ello puede afectar al contenido de las licencias, planes y derechos urbanísticos y, aún en el caso puramente negativo, debe exigirse al menos la prueba de la exactitud del hecho (no construcción o demolición), bien por constancia del Notario (no simplemente porque «se lo digan») o por certificación catastral o municipal o por cualquier otro medio suficiente.

La cuestión presenta otro matiz no desdeñable: la moderna legislación (en varias disposiciones, más aún en exposiciones de motivos y con mayor insistencia en las manifestaciones de ministros y altos cargos de la Administración del Estado, profesionales del Derecho e interesados en los ramos de la construcción y del tráfico) persigue como uno de sus objetivos la represión del fraude inmobiliario y para ello es esencial la concordancia de la realidad con los pronunciamientos del Registro. En el caso planteado no es indiferente que las dos viviendas A no existan, o que se encuentren en una u otra parcela segregada y pertenezcan al dueño de ésta, o que continúen en la cotitularidad que se extin-

---

(9) Confróntese también LASO Y LASO y MEDINA DE LEMOS, obras citadas en nota 6, págs 264 y sigs., y 288 y sigs.

(10) Tampoco puede olvidarse, por lo que se refiere a lo de «parte integrante», que la LRU configura el derecho de edificar y el volumen edificable como un valor patrimonial autónomo e independiente del suelo ejercitable sobre todo distinto y susceptible de tráfico jurídico.

que *en cuanto a lo que se adjudica* (y que parece abonar el hecho de que se adjudiquen especialmente las dos viviendas B) Cuando menos, el título adolece de una ambigüedad inadmisibles que no debería haber respaldado y bendecido la Resolución, como tampoco obligar a los posteriores interesados a «inscripciones oculares» y comprobaciones o garantías extrarregistrales.

La segunda cuestión que plantea este defecto hace referencia a la propia operativa del Registro:

En la inscripción segunda de la finca matriz (de fecha 1962) se contiene la declaración como obra terminada de las cuatro viviendas (de la que después se segrega el bloque comprensivo de las viviendas tipo B que pasa a formar finca independiente), y que «produce todos sus efectos» mientras no se cancele o se declare su inexactitud. Este asiento debe cancelarse o subsistir. Para cancelarlo necesitamos el consentimiento y la constancia del hecho (ruina o demolición) que origina la desaparición del derecho a lo edificado. No es una simple variación de circunstancias descriptivas, sino de algo que afecta al contenido del derecho que proclama. Ninguno de estos requisitos resulta del documento, y por tanto no podemos cancelarlo.

Si el asiento subsiste y en los asientos posteriores se hace constar específicamente la variación, o si simplemente «corremos un tupido velo» y damos la descripción antigua de la finca o de las nuevas parcelas sin referencia ninguna a la edificación (solución a que parece apuntar la decisión del Alto Centro Directivo) incurrimos en una inexactitud por contradicción o por omisión de los asientos registrales, cuyo contenido íntegro es base de la calificación registral, y las consecuencias pueden ser insospechadas; si podemos simplemente prescindir de los asientos que no nos gustan, tender un puente sobre ellos y enlazar el eslabón del asiento nuevo con el antiguo que más nos agrade, ¿dónde nos vamos a parar? Practicado un asiento, compromete a todos, al Registrador el primero, pero también a interesados, terceros, Dirección e incluso Juez, a asumirlo y a estar y pasar por él mientras no se extinga.

La Dirección ha hecho caso omiso de este asiento, aun advertida por el Registrador en su apelación, y no es ilusorio pensar que en un caso posterior que presente esta característica, el Registrador pueda negar la inscripción, aun después de la Resolución, por incongruencia del fallo.

En resumen, en los dos temas decididos es una Resolución desafortunada que, mucho nos tememos, va «a traer cola» y que ya hemos oído citar para sostener que no hay por qué aludir a las edificaciones, por supuesto buscando finalidades concretas.

P. V. F.

# III. Sentencias del Tribunal Supremo

## 1. DERECHO CIVIL

### B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA

**A LAS RELACIONES CONTRACTUALES COMPLEJAS LES SON DE APLICACION EL CODIGO CIVIL Y NO LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS.**  
(SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1994.)

*Doctrina de la sentencia.*—La doctrina de esta Sala tiene definida la simulación contractual como un vicio de la declaración de voluntad en los negocios jurídicos, por el cual ambas partes, de común acuerdo y con el fin de obtener un resultado frente a terceros, que puede ser lícito o ilícito, dan a entender una manifestación de voluntad distinta de su interno querer.

En el presente caso se trata de una relación contractual compleja o mixta, en la que los distintos elementos que la forman aparecen entrelazados e inseparablemente unidos por la voluntad de las partes, de forma que no es posible aislarlos o regularlos separadamente, pues se desnaturalizaría la voluntad y el fin económico que las partes tuvieron en cuenta al contratar. Para esta clase de contratos complejos es doctrina consagrada de esta Sala la aplicación de la normativa general contenida en el Código Civil, y en ningún caso las reglas especiales de la Ley de Arrendamientos Urbanos, pues ni el objeto del contrato ni su contenido obligacional responden a los supuestos que contempla la legislación especial.

**NO ES LICITO A LOS VENDEDORES INDAGAR LAS RELACIONES INTERNAS ENTRE LOS COMPRADORES.** (SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1994.)

*Doctrina de la sentencia.*—Las relaciones internas entre los compradores constituyen una reserva jurídica *ad intra* a la que no le es lícito a los vendedores indagar, desentrañar y menos utilizar con fines de defensa propios, pues éstos, los vendedores, sólo pueden servirse con tal propósito de aquello que aflore *ad extra* del documento suscrito entre las partes cuya vinculación es insoslayable para todas y cada una de las partes intervinientes.

En el contrato al referirse los compradores y la forma de adquirir, se esquivó de manera formal y ostensible la cuantificación de su adquisición de cada uno de los dos que intervienen con esa cualidad y ello no sólo en cuanto al porcentaje del objeto de la compra, sino también del precio, que sin embargo se «enfrentan» o manifiestan dichos compradores respecto a los vendedores como un bloque, con una titularidad obligacional subyacente que rechaza cualquier idea de fraccionamiento de cualquier tipo, o sea, es una contratación obligacional *in solidum* a pesar de lo dispuesto en los artículos 1.137 y 1.138 del Código Civil, no sólo porque lo fuerza la forma de contratar, en sí misma considerada y los avances de la doctrina civilística al uso, sino por establecerlo de una manera consolidada y pacífica la doctrina de esta Sala (SS. de 5-5-1961 y 30-3-1973), en la que se viene sustentando la tesis de que el artículo 1.137 del Código Civil ha merecido una interpretación correctora de dicha drástica y rigurosa normativa en orden a exigir una expresa manifestación en favor de la solidaridad, admitiendo también su existencia cuando las características de la obligación permiten deducir la voluntad de los interesados de crear una *obligatio* generadora de responsabilidad solidaria y de modo especial cuando se trata de facilitar y estimular la garantía de las demás partes contratantes, al existir una interna conexión entre las obligaciones de los compradores; máxime si como ya se dijo, en definitiva, para los vendedores rige el principio general de Derecho *res inter alios acta nobis nec nocet nec prodest*.

**DEPOSITO: LA LEY CREE, EN PRINCIPIO, EN LA DECLARACION DEL DEPOSITANTE.** (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1994.)

*Hechos.*—Se entregó un sobre cerrado que contenía unas joyas, para que fuese custodiado en la caja fuerte de un hotel. Dicho sobre desapareció y los hoteleros son condenados a indemnizar.

*Doctrina de la sentencia* —Hay que imputar la responsabilidad de las pérdidas de los objetos desaparecidos a los demandados, en cuanto así resulta, conjugando tales hechos con la norma del artículo 1.769 que establece una presunción *juris tantum* de culpa del depositario en supuesto de pérdida de lo depositado, y la misma presunción se sienta en el párrafo 3 del mismo artículo para determinar el valor de lo depositado, en casos en que la desaparición de las cosas depositadas sean imputables al depositario. Hay pues una presunción de verdad en las afirmaciones del depositante respecto del valor de lo depositado, ya que se manda estar a la declaración del depositante, a no haber contraprueba. La Ley cree en principio en la declaración del depositante, y a falta de prueba, como ya se estableció para los supuestos de robo (art. 1.233 del Proyecto de Código Civil de 1851, que no pasó al Código vigente), había de estarse a la declaración del robado «siendo persona de buena fama», atendiendo a la calidad de las personas y a las circunstancias del hecho, y atendiendo también a que de otra forma sería las más de las veces imposible en casos como el de este pleito.

**LA CONDUCTA ENGAÑOSA NO PUEDE MERECEER PROTECCION JURIDICA.** (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1994.)

*Hechos.*—En un arrendamiento rústico el arrendador denegó la prórroga. Entonces el arrendatario le envió la renta del año siguiente y alegó que el

haberla cobrado suponía una aceptación de la prórroga. El Supremo no admite tal argumentación.

*Doctrina de la sentencia.*—El motivo no puede alcanzar mejor resultado que los anteriores, porque el fraude, en concepto de conducta engañosa, de mandar la renta del año siguiente a la denegación de prórroga para ver si «pica» quien se ha opuesto a ella, cumpliendo con los requisitos del artículo 26 de la LAR, no puede en modo alguno alcanzar protección jurídica, sino merecer la repulsa del derecho, aparte de que el resultado ni siquiera se alcanzó, pues la cantidad librada fue devuelta en su mayoría, tal conducta revela que no se cayó en el engaño a que había acudido el arrendatario.

**PARA LA ENAJENACION DE COSAS COMUNES DEBE CONCURRIR EL CONSENTIMIENTO DE TODOS LOS TITULARES.** (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1994.)

*Hechos*—Los herederos de ocho novenas partes de una herencia vendieron una finca de la misma a un tercero. La legitimaria, titular de la novena parte restante, demanda la nulidad de la venta. La demanda se estima en parte.

*Doctrina de la sentencia.*—La finca, como bien común derivado de la herencia paterna, ha de ser objeto de división en los términos fijados por el causante, cuyo resultado es que les corresponden 8/9 partes a los recurrentes. Pero tan gran participación no permite conculcar lo dispuesto en la ley respecto a las cosas comunes, para cuya enajenación debe concurrir el consentimiento de todos los titulares del dominio, pues así se desprende de los artículos 348, 397, 399 y concordantes del Código Civil, y por ser una comunidad hereditaria, hasta que no se efectúe la partición por cualquiera de los modos admitidos en derecho, no adquieren los herederos la propiedad exclusiva (art. 1.068), según dispone la reiterada jurisprudencia de esta Sala (SS. de 14-4-60, 8-5-89 y 5-11-92, entre otras).

**LA HERENCIA YACENTE CARECE DE PERSONALIDAD JURIDICA.** (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1994.)

*Doctrina de la sentencia.*—El motivo denuncia la falta de personalidad del demandado, por no tener el carácter o representación con que se le demanda, por cuanto los demandados han sido traídos al proceso directamente como herederos de su padre, habiendo haberlo sido la herencia yacente del padre, alegación razonable porque, como tiene declarado esta Sala en sentencias, entre otras, del 12-3-1988, la herencia yacente carece de personalidad jurídica, transmitiéndose las obligaciones contraídas por el causante de manera solidaria a los herederos.

**LA ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO NO OTORGA AL CREDITO NINGUN DERECHO REAL.** (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1994.)

*Doctrina de la sentencia.*—El artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, después de establecer una preferencia absoluta y total para determinados créditos por salarios en el apartado 1, en los siguientes 2 y 3 también la reconoce,

aunque con una eficacia más limitada. Concretamente el apartado 3 lo hace «sobre cualquier otro crédito, excepto los créditos con derecho real en los supuestos en los que éstos, con arreglo a la Ley Hipotecaria, sean preferentes». Por lo tanto, la primera condición que debe reunir el crédito preferente al de los salarios es que esté dotado con «derecho real», cualidad que no tienen los créditos asegurados con una anotación preventiva de embargo, pues es doctrina harto reiterada de esta Sala que tal anotación no otorga al crédito ningún derecho real, ni cambia su naturaleza personal, sino que es una medida aseruativa de su efectividad.

**LA OBLIGACION DE PAGAR INTERESES PRESCRIBE A LOS QUINCE AÑOS.**  
(SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1994.)

*Doctrina de la sentencia* —Esta Sala ha declarado reiteradamente (SS. de 24-5-1918 y 3-6-1932) que la obligación de pagar intereses prescribe a los quince años (art. 1.964 del Código Civil), y no a los cinco que señala el artículo 1.966, número 3, ya que este último precepto se refiere sólo a las obligaciones en que el pago de lo principal sea periódico, pero no al pago de los intereses de las sumas debidas.

**NO ES APLICABLE LA CLAUSULA «REBUS SIC STANTIBUS» CUANDO LA ALTERACION ES PREVISIBLE. CONCEPTO Y EFECTOS DE LA OPCION.**  
(SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1994.)

*Doctrina de la sentencia.*—La cláusula *rebus sic stantibus* es aquí inaplicable, ya que al preverse en el pacto la alteración del precio, es evidente que no se está ante un desequilibrio o alteración extraordinaria de las circunstancias, que ha de ser, además totalmente imprevisible, de tal forma que dé lugar a una desproporción inusitada entre las prestaciones de las partes contratantes. Al tratarse de alteraciones previsibles conforme al normal decurso de los acontecimientos, no cabe hablar de supuesto de hecho que induzca a considerar otra cosa más que una cláusula pactada de actualización de las prestaciones.

La opción de compra, en doctrina uniforme, consiste en conceder al optante, mediante cláusula inserta en el contrato de arrendamiento urbano, la facultad exclusiva de prestar su consentimiento en el plazo contractualmente señalado a la oferta de venta, que por el primordial efecto de la opción es vinculante para el promitente, que no puede retirarla durante el plazo aludido, y una vez ejercida la opción oportunamente, se extingue y queda consumada, y se perfecciona automáticamente el contrato de compraventa, sin que el optatario o concedente pueda hacer nada, en casos como el debatido, para frustrar su efectividad, pues basta para la perfección de la compraventa con el optante que éste le haya comunicado la voluntad de ejercitar su derecho de opción.

Si bien el contrato de opción puede funcionar como preliminar de la compraventa, una vez consumado por su ejercicio en tiempo y forma, la enajenación ha de cumplirse en la forma pactada.

**LA SIMULACION TOTAL IMPLICA NULIDAD. (SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1994.)**

*Doctrina de la sentencia.*—La simulación de un negocio es una cuestión de hecho reservada a la apreciación de la Sala y su demostración, dadas las dificultades que encierra la prueba plena de la simulación de los contratos, que el natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer todos los vestigios de simulación y por aparentar que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la realidad, obliga a acudir a la prueba indirecta de las presunciones que autoriza el artículo 1.253 del Código Civil, y con su base apreciar comportamientos simulados absolutos cuando, con arreglo a un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, se evidencia que el contrato no ha tenido, en definitiva, la causa que nominativamente expresa.

La simulación total o absoluta, *simulatio nuda*, contraventora de la legalidad, implica un vicio en la causa negocial, con la sanción de los artículos 1.275 y 1.276 del Código Civil, y por tanto, la declaración imperativa de nulidad.

**EL CONTRATISTA DEBE INDICAR LAS CONSECUENCIAS PERJUDICIALES DE DETERMINADAS ORDENES. (SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1994.)**

*Doctrina de la sentencia.*—El contratista, como profesional que es en el ramo para el que ha sido contratado, debe de 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, no requiriéndose para ello otros conocimientos. Lo que no puede escudarse es en la simple y socorrida excusa de que hace lo que se le manda, 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 LA EXONERACION DE RESPONSABILIDAD SE REQUIERE QUE LA IMPOSIBILIDAD SEA SOBREVENIDA. (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1994.)**

*Hechos.*—Un futbolista aficionado del Club At. Tomelloso suscribió un contrato con la U.D. Salamanca. Pero sin llegar a incorporarse fichó por la U.D. Levante. El Salamanca reclama el incumplimiento del contrato y el Supremo le da la razón

*Doctrina de la sentencia.*—No se está discutiendo cuestión alguna sobre la relación profesional de naturaleza laboral que ligaría al jugador y la U.D. Salamanca a partir del momento en que aquél comenzara a prestar sus servicios a esta entidad deportiva, sino que se trata de que, habiéndose comprometido el jugador a hacerlo, incumplió la obligación contraída y contrató la prestación de sus servicios con el U.D. Levante, o sea, que en realidad, en ningún momento llegó a ser jugador profesional de la U.D. Salamanca, por lo que la relación laboral con ésta no llegó a establecerse, y entonces el objeto de este litigio se reduce a apreciar la trascendencia del incumplimiento del jugador

respecto a lo pactado con la U.D. Salamanca, y ello es ajeno a la rama social del Derecho, debiendo incardinarse entre las cuestiones que deben conocer los Tribunales del orden civil.

Se requiere para la exoneración de responsabilidad que la imposibilidad sea sobrevenida, es decir, posterior al nacimiento de la obligación, y que no sea imputable al deudor. Se exige también que el deudor observe la debida diligencia, haciendo todo lo posible para vencer la imposibilidad. El jugador era consciente, en el momento de contratar con la U.D. Salamanca, de su vinculación al Club Tomelloso, por lo que es indudable que la imposibilidad de prestar sus servicios con carácter profesional a la U.D. Salamanca existía en esa fecha; y este jugador se comprometió con el Salamanca sin asegurarse, como era extremadamente sencillo, de que el Club Tomelloso autorizaba su cesión.

**ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: LA FALTA DE CAUSA ES PRIMORDIAL.** (SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1994.)

*Doctrina de la sentencia.*—La doctrina jurisprudencial que veda el enriquecimiento injusto, va encaminada a evitar un lucro contrario a la equidad, se refiere a adquisiciones patrimoniales que no se corresponden con una causa válida de atribución, siendo la noción «sin causa» de la atribución, como observa la Sentencia de 28-1-1956, la primordial, definitiva y básica para corregir adjudicaciones patrimoniales antijurídicas con base en el presupuesto de una situación objetivamente injusta. Circunstancias las referidas que no concurren en el caso litigioso, carente de toda iniquidad e injusticia, como basado en un contrato válido y eficaz con fundamento, en el cual la ahora recurrida ejercitó su derecho a una liquidación a consecuencia de una baja de socio.

**CESION DE CREDITO. EFICACIA DE LA ANOTACION DE EMBARGO.** (SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1994.)

*Doctrina de la sentencia.*—La cesión de crédito no extingue el mismo al suponer una modificación subjetiva por cambio del acreedor, y, por tanto, tal mecanismo no implica de por sí liberación de la carga que aquél representa en tanto no se proceda a su cancelación registral.

El embargo no crea ni declara ningún derecho ni produce otros efectos que los que el acreedor que lo obtenga sea preferido en cuanto a los bienes anotados solamente, contra los acreedores que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad a la anotación; el favorecido por la anotación no goza de los beneficios protectores de la fe pública registral que otorgan los artículos 32, 34 y 37 de la LH, y sólo se antepone en absoluto a los títulos otorgados con posterioridad, pero sin que prevalezcan frente a actos dispositivo otorgados anteriormente, aunque no estén inscritos.

**ENRIQUECIMIENTO INJUSTO. NO SE PRODUCE A CAUSA DE UNA RESOLUCION JUDICIAL.** (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1994.)

*Doctrina de la sentencia.*—El fenómeno jurídico del enriquecimiento sin causa, según la definición y conceptos establecidos en nuestro ordenamiento

legal, no puede producirse a causa de una resolución judicial definidora de derechos entre las partes, y siempre motivada, la que sí incurrió en error puede ser corregida mediante el ejercicio, por la parte que se estime agraviada, de los remedios de fondo y procesales que las leyes tienen establecidos.

El abuso de derecho, al igual que el principio de enriquecimiento injusto, son abiertamente incompatibles con el ejercicio legítimo de un derecho por su titular, de acuerdo con la vieja máxima llegada inalterable hasta nuestros días, según la cual *qui jure suo utitur neminem laedit*. Consecuentemente, no es enriquecimiento injusto lo adquirido con base en preceptos legales concretos, y cuando el legislador así lo establece, los beneficiados directa o indirectamente no se enriquecen injustamente.

**COMPRAVENTA PARA QUE HAYA TRADICION INSTRUMENTAL SE PRECISA OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PUBLICA. (SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 1994.)**

*Hechos.*—Se firmó un contrato de compraventa de un piso en documento privado, en el que se decía que las partes «quieren que este documento tenga la misma fuerza y valor que si fuese público». El Tribunal Supremo rechaza que pueda equipararse dicho documento a una escritura pública a efectos de la tradición de la cosa vendida.

*Doctrina de la sentencia.*—En ningún caso puede quedar al criterio de los firmantes la calificación de un documento como público o privado.

La transmisión del dominio no afecta sólo a las partes en el contrato, sino que interesa a terceros, siendo ésta una de las razones por las que en el sistema del Código Civil, inspirado en el Derecho romano, la transmisión de la propiedad y demás derechos reales no se opera por la mera perfección del contrato si no es seguida de tradición (art. 609 y 1.095), conforme tiene reiteradamente declarado esta Sala (SS. de 18-12-1974 y 14-10-1985), y aunque el artículo 1.462-2.º admite una forma de *traditio ficta*, se precisa que medie el otorgamiento de escritura pública (tradición instrumental).

**PARA QUE HAYA DOBLE VENTA SE REQUIERE QUE AL PERFECCIONARSE LA SEGUNDA NO SE HAYA CONSUMADO LA PRIMERA. (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1994.)**

*Doctrina de la sentencia.*—La tipificación de la doble venta, que contempla el artículo 1.473 del Código Civil, requiere para su existencia que cuando se perfeccione la segunda venta, la primera no haya sido consumada todavía, lo que implica una cierta coetaneidad o proximidad cronológica entre ambas, pues si la primeramente concertada ya había quedado totalmente consumada por pago íntegro del precio por el comprador y entrega de la cosa por el vendedor, ya no existe un verdadero supuesto de doble venta, sino una venta de cosa ajena o inexistencia de la segunda enajenación por falta de objeto. La tesis que se sostiene responde a una obviedad hasta de Derecho Natural: «Quien vende una vez no puede vender la misma cosa otra vez» (verdad que late hasta en la información del art. 1.096 *in fine* del CC), lo que trasladado al mundo del Derecho sólo quiebra cuando el sucesivo comprador, o que compre la segunda vez, se considere tercer adquirente de buena fe, a través del mecanismo formal del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

**EN LA VENTA DE COSA ESPERADA NO EXISTE TRANSMISION DE DOMINIO AL COMPRADOR. (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1994.)**

*Doctrina de la sentencia.*—La perfección del contrato de compraventa y sus consecuentes efectos obligacionales no es suficiente para que se entienda transmitido el dominio del piso vendido, sino que se requiere la tradición mediante la entrega real de éste, o la forma admitida en el artículo 1.462-2.º *traditio ficta*.

No cabe inferir del hecho de que el objeto del contrato fuera una vivienda en construcción que el comprador se convierta en dueño de la obra, pues lo cierto es que, en este supuesto (*emptio rei speratae*) la entrega no puede realizarse hasta que se haya realizado la construcción y entretanto el contrato de compraventa produce sus efectos propios *inter partes*, pero no existe transmisión dominical en favor del comprador.

**COMUNIDAD POSMATRIMONIAL: SOLO RESPONDE POR LAS DEUDAS DEL VIUDO EN CUANTO A LA CUOTA QUE LE CORRESPONDERIA. (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1994.)**

*Doctrina de la sentencia.*—La extinción o disolución de la sociedad de gananciales, por el solo hecho de la muerte de alguno de los cónyuges, da paso a un estado de liquidación de la misma, en la que sólo tienen intervención el cónyuge viudo y los herederos, pero no a título de coherederos entre sí —el viudo no ostenta derecho hereditario de suyo—, sino de condóminos, y no a causa de la herencia, sino de la extinción de la sociedad de gananciales.

La aludida comunidad posmatrimonial comporta que el cónyuge superstite mantiene la comunidad que ostentaba en los bienes gananciales, si bien el régimen de dicha comunidad ya no puede ser el de la sociedad de gananciales, sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria, siéndole de aplicación los artículos 393 y 399 del Código Civil.

La tercería de dominio tiene por fin liberar del embargo bienes indebidamente trabados, siendo de tener presente la situación de dominio existente en la fecha de la traba, sin poder tomar en consideración situaciones surgidas con posterioridad.

El viudo no estaba facultado, sin el concurso de los herederos de su esposa, para responsabilizar la masa de la comunidad posmatrimonial a la que pertenecían las fincas embargadas; tales fincas tan sólo debieron haber sido objeto de la traba en la cuota que correspondía al ejecutado en la comunidad posmatrimonial del mismo y los herederos de su fallecida esposa.

**EL CONSENTIMIENTO «UXORIS» NO LEGITIMA LA SIMULACION DE UN CONTRATO CONCERTADO POR EL MARIDO. (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1994.)**

*Doctrina de la sentencia.*—El consentimiento, con carácter general, de la esposa respecto a actos dispositivos del marido sobre bienes inmuebles gananciales, no es determinante de la validez de un contrato absolutamente simulado por el marido, pues aquél ha de referirse a actos en que concurren los requisitos esenciales establecidos en el artículo 1.261 del Código Civil.

La sentencia impugnada declaró la inexistencia de causa en el contrato por simulación absoluta, derivada de la falta de precio, y razona con acierto que la concesión por la esposa del consentimiento exigido por el antiguo artículo 1.413 no obsta a que pueda ejercitar la acción de nulidad por falta de causa. Carece de sentido sostener que aquel consentimiento *uxoris* legitime la simulación absoluta de un contrato concertado por el marido.

**OBLIGACION DE PAGAR INTERESES AUNQUE LA DEUDA SEA ILIQUIDA.**  
(SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 1994.)

*Doctrina de la sentencia.*—Las consecuencias del principio *in liquidis non fit mora* ha sido ya materia de examen por esta Sala que ha atenuado el aparente automatismo aplicativo del expresado principio con la introducción de importantes matizaciones. Ya la Sentencia de 5 de abril de 1992 señalaba en torno al alcance que debe darse al mencionado brocado que, si se pretende conceder al acreedor a quien se debe una cantidad, una protección judicial completa de sus derechos, no basta con entregar aquello que en su día se le adeudaba, sino también lo que en el momento en que se le entrega debe representar tal suma, y ello no por tratarse de una deuda de valor, sino también porque si las cosas, incluso fungibles y dinerarias, son susceptibles de producir frutos o intereses, no parece justo que los produzcan en favor de quien debió entregarlas ya con anterioridad. Tal razonamiento cobra mayor fuerza si tenemos en cuenta que la sentencia no opera la creación de un derecho con carácter constitutivo, sino que tiene mero carácter declarativo, lo que permite concluir que a través de la misma no se hace sino declarar un derecho a la obtención de una cosa o cantidad, que con anterioridad a la resolución judicial ya pertenecía al acreedor. Si las cosas claman por su dueño y deben ser entregadas a éste con todos sus accesorios, frutos e intereses, no parece injusto que en aquellos supuestos en que pueda fácilmente 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. De no seguirse tal criterio en todos los supuestos en que la determinación del saldo no sea un obstáculo que aparezca como sumamente dificultoso y por encima de la voluntad de las partes, conduce a situaciones de desequilibrio económico que pueden ser buscadas por la parte renuente al pago como un medio de dilatarlo con beneficio, fomentándose al socaire de tales prácticas una litigiosidad artificial, y por tanto se estima que no debe acogerse la doctrina tradicional, sino la más moderna.

**LA PROTECCION QUE OTORGA EL ARTICULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA DERIVA DE LOS ASIENTOS QUE ANTECEDEN.**

*Hechos.*—Una sociedad farmacéutica compró un terreno con una nave industrial, en el término de Torrejón, en el año 79 y mediando escritura pública, que no se inscribió. El año 84 y por deudas de los vendedores se subastó el terreno, y se le adjudicó al Ayuntamiento de Torrejón. La sociedad farmacéutica inicia acción reivindicatoria, que culmina con éxito, pese a la defensa del Ayuntamiento que alegaba, entre otros, los artículos 32 y 34 LH.

*Doctrina de la sentencia.*—La tipificación de la doble venta que contempla

el artículo 1.473 del Código Civil requiere para su existencia que cuando se perfecciona la segunda venta, la primera no haya sido consumada todavía, lo que implica una cierta coetaneidad cronológica entre ellas, pues si la primeramente concertada ya había quedado totalmente consumada por pago íntegro del precio por el comprador y entrega de la cosa por el vendedor, ya no existe un verdadero supuesto de doble venta, sino una venta de cosa ajena, o inexistencia de la segunda enajenación por falta de objeto.

El artículo 32 de la Ley Hipotecaria presupone la creencia y conciencia de adquirir de quien es propietario y puede disponer de la cosa; de una interpretación declarativa del artículo 34 de la Ley Hipotecaria resulta que el contenido registral por el que entra en juego la protección que deriva del asiento, no procede de este mismo, sino de los asientos que le anteceden, principalmente de que el disponente sea titular inscrito.

Es sólo la transmisión mediante escritura pública la que transfiere el dominio y la acción real, sin necesidad de justificar la entrega material de la cosa vendida, no así cuando la base de la enajenación es un documento privado.

**RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION POR DAÑOS CAUSADOS AL PUBLICO EN UN LUGAR DE ESPARCIMIENTO. (SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 1994.)**

*Hechos.*—En un sitio conocido como «Fuente del Prior» en Burgos, se desprendió una gruesa rama de un árbol y causó graves lesiones a tres personas. La Administración es condenada a indemnizar.

*Doctrina de la sentencia.*—Si bien el desgajamiento de la rama que produjo las lesiones a las personas afectadas se ocasionó por el vendaval y rachas de fuerte viento, es patente que tales rachas de viento que son, no sólo previsibles, sino causa suficiente para derribar ramas como la que en efecto produjo las lesiones, ha de estimarse que no son absolutamente inevitables, si con la diligencia debida se hiciera una vigilancia adecuada del estado de la foresta y más aun exigible en zona no sólo transitada, sino especialmente dispuesta por ser playa artificial y estar en estación estival para el esparcimiento y solaz del público que a tal lugar acude, por lo que si además se añade que por la evolución de la doctrina hacia una objetivación de la culpa, que las Entidades de la Administración han de cuidar especialmente de los servicios que han de prestar, en condiciones aceptables, a la ciudadanía que contribuye con el pago de sus obligaciones fiscales al mantenimiento de aquéllas, aparece aquí esa figura de la teoría llamada del riesgo que propicia la indemnización de los daños que se producen por esa falta de diligencia extremadamente exigible en estos casos por mor de la seguridad física de quien, en zona público-lúdica recibe un daño propiciado por los agentes atmosféricos que son usuales en el tiempo y el lugar en que los de autos acontecieron.

**LOS USOS JURIDICOS NACEN DE UNA VOLUNTAD CONCORDE DE LAS PARTES. (SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1994.)**

*Hechos.*—En el año 1987 los medios de comunicación publicaron una serie de reportajes relativos al cálculo de intereses que realizaban las entidades financieras, lo cual determinó que alguno de los adquirentes de pisos hipote-

cados a la Caja de Ahorros de Cataluña, y una «Asociación para el Control de Sistemas y Productos» demandaran a dicha Caja, y solicitan que se la condene a calcular los intereses de modo que éstos no excedan del 14 por 100 pactado, y a publicar en los periódicos una relación de préstamos hipotecarios que estuviesen en el mismo caso, invitando a los prestatarios a recobrar las cantidades indebidamente cobradas. El Supremo estima la primera petición, pero no la segunda.

*Doctrina de la sentencia.*—Reconocido por la Audiencia el hecho cierto de que los contratos no permiten deducir cuál es el interés aplicado, no obstante consignarse en varias cláusulas el nominal del 14 por 100, esa oscuridad ni se justifica por un «uso de carácter bancario», ni por el hecho de que se consigne la cuota a pagar, si no se aclara la forma de llegar a ella para que el prestatario sepa con certeza las condiciones en que obtiene su crédito, inducido por la falta de claridad en la redacción del contrato, aunque no haya sido buscado de propósito por quien lo confeccionó, y no se requiere que dicha falta de claridad sea intencional, consciente o buscada de propósito para que el error sea corregido y se llegue a la equivalencia de las prestaciones, sin que la oscuridad pueda favorecer a quien la provoca. Y no se diga que las campañas en los medios de comunicación exceden el ámbito del problema y del derecho, porque lo único que ponen de manifiesto es la tan aludida oscuridad, la necesidad de salir del error.

Respecto al alegado «uso de carácter bancario», hay que decir que la existencia de una norma derivada del uso no nace de una voluntad individual aunque se repita, sino que requiere la convicción de cumplimiento de una norma jurídica (*opinio iuris*), que a su vez encuentra su origen en una voluntad concorde de las partes, aquí inexistente. Claro es que dichas entidades pueden pactar libremente el interés y la forma de liquidación, pero aclarándolo, y no pretendiendo que se intuya por el prestatario.

Salvo en los casos concretos que la Ley le otorga (protección al honor, intimidad y propia imagen), debe abstenerse el órgano jurisdiccional de otorgar mayor publicidad a sus resoluciones que las que le imponen las leyes de enjuiciamiento.

La acción popular no abarca en la actualidad al proceso civil. La protección de intereses legítimos colectivos legitima a las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción, pero no autoriza a cualquiera para que se atribuya tal defensa.

**NO PUEDE COMPENSARSE LO QUE CAREZCA YA DE VIGENCIA.** (SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1994.)

*Doctrina de la sentencia.*—El artículo 1.195 en relación al 1.202 del Código Civil contempla el instituto de la compensación que opera en forma tácita o por ministerio de la ley sobre la base de deudas recíprocas en las que concurren los requisitos del citado artículo 1.195 y del 1.196. No cabe, conforme proclama la doctrina de esta Sala, que se compense lo que no ha surgido a la vida jurídica o carezca ya de vigencia. En caso de controversia sobre la procedencia de las compensaciones alegadas, corresponde a los Tribunales de instancia fijar los datos fácticos en virtud de los cuales surgen los créditos al mundo del Derecho con fuerza obligacional de poder ser exigidos.

La compensación judicial puede tener lugar aunque no concurren todos los requisitos que la normativa exige para la procedencia de la legal y de esta manera cabe su actuación en trámite de ejecución de la sentencia en que se reconozca el crédito compensable.

**CONTRATO DE TRACTO SUCESIVO: LA IMPOSIBILIDAD ECONOMICA SOBREVENIDA IMPLICA LA RESOLUCION.** (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1994.)

*Doctrina de la sentencia.*—Siendo la causa la finalidad común perseguida por los contratantes, cuando la misma no se mantiene durante el tiempo de duración de la relación contractual en virtud de acontecimientos imprevisibles para las partes en el momento de su perfección, no puede sostenerse jurídicamente el entramado de derechos y obligaciones que forman su contenido, so pena de autorizar enriquecimientos a todas luces injustificados. No es que haya que moderar equitativamente el contrato, dejándolo subsistente, en virtud de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, porque carece de sentido que si la prestación de una de las partes se ha hecho imposible, la otra tenga que cumplir la suya, aun de forma más reducida. Tal doctrina sólo es aplicable en caso de notorio desequilibrio entre las prestaciones, no en caso de ausencia de una de ellas.

La imposibilidad de la prestación no sólo puede ser física o legal, sino económica, como cuando no produce ningún beneficio al que ha de recibirla, o cuando, como ocurre en el caso litigioso, es totalmente ruinoso para él recibirla. Existe entonces una frustración del fin del contrato, que impide jurídicamente su mantenimiento y faculta para resolverlo.

Ahora bien, la resolución contractual, por incidir en un contrato con prestaciones recíprocas de tracto sucesivo, no tiene efectos retroactivos, pues las realizadas hasta el acaecimiento que legitima para pedir la resolución han tenido su propia causa, han cumplido la finalidad perseguida.

**RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS ADMINISTRADORES DE UNA SOCIEDAD ANONIMA QUE NO CUMPLIERON LAS PREVISIONES LEGALES PARA SU LIQUIDACION.** (SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 1994.)

*Hechos.*—Una Sociedad Anónima, dedicada a la venta de papel y pintura, entró en crisis y cesó su actividad, llegando a un acuerdo con algunos de los acreedores. Los restantes, ante la situación de insolvencia de la sociedad, demandan a los administradores, que son condenados a indemnizar.

*Doctrina de la sentencia.*—La solución *de facto*, adoptada por los administradores, se sitúa dentro de la mala práctica, no por frecuente justificada, de conducir a los acreedores de una sociedad con responsabilidad limitada, en trance común grave, ya sean ignorantes de la situación, remisos o renuentes a «renegociar» la cuantía de su crédito o sus condiciones de pago ante una situación de hechos consumados, al margen de las previsiones legales que en garantía de la *pars conditio condictorum* y del orden legal de prelación de créditos y del respeto a los privilegios de cada uno, según su especie, exigen el cumplimiento de normas sobre la disolución y liquidación de las sociedades de esta naturaleza que tienen carácter imperativo. Es cierto que la penuria de

nuestro derecho concursal e incluso la polémica situación sobre el alcance y tutela de los privilegios anejos a los créditos laborales perjudican la nitidez de las situaciones críticas o terminales de las empresas, y la función de garantía que para el conjunto de los acreedores sus respectivas formalizaciones jurídicas cumplen. Pero en ningún caso la conveniencia de orillar esas situaciones puede excusar a las empresas que adoptan la forma de sociedades anónimas de respetar aquellas normas imperativas que hacen presente a los acreedores la situación patrimonial de la empresa, otorgándoles derechos y facultades de impugnación que no pueden cercenarse por vías de hecho.

Los administradores no prosiguieron con las provisiones legales para la liquidación del patrimonio. De ahí se deriva una negligencia grave.

Demostrado que la insolvencia que impidió hacer efectiva la deuda reclamada devino tras acuerdos extrajudiciales con alguno de los acreedores habidos en período ya crítico, que no se rigieron por el principio del consentimiento unánime, sino que causaron una situación de desequilibrio para otros acreedores, no cabe hacer cuestión de la relación de causalidad entre la negligencia grave de los administradores de la sociedad y el daño habido, consistente en el pago de la deuda.

J. Q. S.

#### 4. DERECHO PROCESAL

Por ERNESTO CALMARZA CUENCAS

*CUESTION DE COMPETENCIA.—CLAUSULAS DE SUMISION EN LETRAS DE CAMBIO.* (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1994.)

*Ponente:* Excmo. Sr. Don Jaime Santos Briz.

*Hechos.*—Se trata de un juicio ejecutivo tramitado en un Juzgado de Barcelona y basado en una letra de cambio librada en Arrecife de Lanzarote por la Entidad R., S. A., con domicilio en Barcelona, que fue aceptada por el demandado J. C., previas las frases: «Acepto. Pago. Fecha. Cantidad. Vto. Domicilio y Fuero del librador».

Iniciado el juicio ejecutivo en Barcelona, se plantea el 8 de mayo de 1992 cuestión de competencia por inhibitoria en el Juzgado de Arrecife que dicta Auto acordando requerir de inhibición. Sin embargo el testimonio de dicho auto se recibe en Barcelona cuando ya había recaído sentencia firme de remate (el 2 de septiembre de 1992), mandando seguir la ejecución adelante. Véase que la cuestión de competencia se plantea antes que la sentencia.

Dos son las cuestiones planteadas: A) Validez de la cláusula de sumisión, y B) Qué virtualidad tiene para la atribución de competencia que haya recaído sentencia de remate.

*Doctrina.*—A) Respecto a la primera cuestión se dice que del examen del estampillado en que consta el acepto y la sumisión expresa no resulta en modo alguno que hayan sido añadidas con posterioridad al acepto, toda vez que su ubicación acredita lo contrario.

Y es doctrina jurisprudencial constante que las cláusulas de sumisión con-

tenidas en las letras de cambio, cuando en la diligencia de protesto no se haya expresado alguna de las tachas procedentes, cual es la firma, son válidas, y también es válida la cláusula de sumisión que haya sido integrada en el espacio destinado a contener el acepto, dado que se trata de una práctica forense en el tráfico mercantil, cuya licitud no puede ser cuestionada.

B) En relación con la segunda cuestión planteada se hacen las siguientes consideraciones:

— El TS, en Sentencia de 16 de octubre de 1993, ha aceptado la validez del juicio posterior al planteamiento de la cuestión de competencia, pero con sentencia anterior a la realización del requerimiento al Juzgado que de él conocía, en virtud del principio constitucional de seguridad jurídica, artículo 9 CE.

— Sin embargo, el criterio contrario se ha seguido en muchas sentencias (1 de abril, 20 de junio, 3 de octubre de 1981, y 8 de julio de 1983), según las cuales, es intrascendente para atribuir competencia que exista sentencia con firmeza procesal, si fue producida con posterioridad a haberse propuesto la cuestión de competencia

En el presente caso, y visto que es válida la cláusula de sumisión, la competencia ha de ser atribuida al Juzgado de Barcelona, circunstancia que haría inútil y contraria a la economía procesal que habiendo recaído ya sentencia firme en tal Juzgado sobre el mismo asunto se declarase nulo lo actuado para volver al mismo Juzgado.

Pero este criterio no puede seguirse por dejar en manifiesta indefensión a la parte demandada, con clara infracción del artículo 24 de la Constitución, y por ello al imponerse la ineficacia del juicio ya resuelto en Barcelona, ha de volverse a repetir éste, dando oportunidad a la parte demandada para comparecer y defenderse como estime oportuno.

**RECURSO DE CASACION.—NO SE PUEDEN PLANTEAR CUESTIONES NUEVAS NO ALEGADAS PREVIAMENTE. NO PUEDE QUEDAR REDUCIDO A UNA TERCERA INSTANCIA.** (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1994.)

*Ponente:* Excmo. Sr. Don Rafael Casares Córdoba.

*Hechos.*—Al amparo del antiguo número 4 del artículo 1.694 LEC, en su redacción anterior a la Ley 10/1992, de 30 de abril, se plantea un recurso de casación por error en la apreciación de la prueba en la instancia, y al amparo del número 5 (hoy número 4) por aplicación, dice «de los artículos 1.947 y 1.968 del Código Civil en relación con el 1.504».

El TS rechaza tajantemente el recurso sentando la siguiente

*Doctrina.*—En el primer motivo del recurso de toda la documentación aportada, se pretende que éste se convierta en una repetición de las actuaciones y nuevo examen de las pruebas, reduciendo la casación a una tercera instancia.

Esto sería suficiente para rechazar el recurso, pero es que, además, propone un «estudio de los documentos» que cita para «deducir todo lo contrario» de lo sentado en la instancia, omitiendo así, además del requisito de la literosuficiencia de que ha de estar adornado el documento revelador del error, la mención del concreto error apreciado.

E igualmente rechazable es el motivo segundo, en el que se denuncia la

aplicación (sic) de unos preceptos —arts. 1.947 y 1.968 CC— que, además de que no se han citado siquiera por la sentencia recurrida, implican el examen de unos extremos —prescripción, ejercicio conjunto de acciones de resolución y cumplimiento contractual— que no fueron planteados por nadie en el período de alegaciones, con lo que son traídos a casación de espaldas al debate y, por tanto, sustraídos al examen de la contraparte, lo que, entre otras consideraciones, los inhabilita para la casación.

**INADMISION RECURSO DE CASACION.—SOLO TIENEN ABIERTA LA VIA CASACIONAL LAS RESOLUCIONES DEFINITIVAS. ARTICULO 1.690 1.º LEC. (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1994.)**

*Ponente:* Excmo. Sr. Don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

*Hechos.*—Ejercitada *actio communi dividundo* se promueve por los actores apelación ante la Audiencia para intentar combatir el que se hubiera decretado la existencia de un defecto o falta insubsanable, no corregido en el plazo de diez días, y el que se diese por terminada la comparecencia, con sobreseimiento del proceso y archivo de las actuaciones e imposición de costas a los actores.

La Audiencia acordó «revocar o dejar sin efecto el acuerdo de suspensión del juicio, en primer lugar, acordando en la comparecencia del mismo, y también todas las resoluciones apeladas sobre el sobreseimiento y archivo de los autos, que deberán seguir su curso con arreglo a derecho».

Contra este auto interponen recurso de casación los demandados.

*Doctrina.*—Siendo las normas reguladoras del proceso de orden público, lo primero que se plantea el TS «de oficio» es determinar si la resolución de la Audiencia era o no susceptible de casación, y en este sentido señala que el artículo 1.690.1.º LEC sólo considera que tendrán el concepto de definitivas «las resoluciones que, recayendo sobre un incidente o artículo, hagan *imposible* la continuación del juicio principal», es decir, que resuelvan exactamente lo contrario a lo que se resolvió en el presente caso, que permite seguir el juicio adelante.

Por lo tanto, este recurso debió ser inadmitido en su momento, y es doctrina reiteradísima que las causas de inadmisión se convierten en este trámite en causas de desestimación.

**RECURSO DE REVISION.—INTERPRETACION RESTRICTIVA. (SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1994.)**

*Ponente.* Excmo. Sr. Don Mariano Martín-Granizo Fernández.

*Doctrina.*—El TS hace constar que el promotor de la revisión no determina, como era su obligación, el supuesto del artículo 1.796 LEC en que se apoya la misma, limitándose a manifestar que «la causa o motivo de la revisión ha de estar comprendido en alguna de las hipótesis que se comprenden en el artículo 1.796 LEC», siendo más que una demanda de revisión una simple crítica a la sentencia cuya revisión se pretende.

Y es doctrina reiteradísima que la revisión, al implicar una cortapisa al sagrado principio de la cosa juzgada, ha de interpretarse con carácter restrictivo, lo que en este caso da lugar a que no habiéndose determinado por el promotor de esta revisión, cual era su obligación, el ordinal del artículo 1.796

LEC, en que se encardinaba la misma, ello provoca su desestimación, sin que tal solución suponga indefensión, dado que obedece a la directa conducta del revisionista.

*PROCEDIMIENTO DE EJECUCION HIPOTECARIA DEL BANCO HIPOTECARIO.—NULIDAD POR NO ANUNCIARSE LA SUBASTA EN EL «BOE». ARTICULO 34, LEY 2 DE DICIEMBRE DE 1872. (SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 1994.)*

*Ponente:* Excmo. Sr. Don José Almagro Nosete.

*Hechos.*—La Sociedad AI, S. A., adquirente anterior de los bienes subastados en virtud de ejecución hipotecaria, promueve juicio declarativo solicitando la nulidad de ese proceso de ejecución, alegando la infracción de lo dispuesto en los artículos 34 de la Ley de 2 de diciembre de 1872, de creación del Banco Hipotecario, y 11 del Decreto-Ley de 4 de agosto de 1928, que aprueba el Estatuto Orgánico de dicho Banco.

El citado artículo 34 exige que «cerciorado el Juez con la presentación del título de la legitimidad del crédito mande anunciar la subasta en la “Gaceta” (hoy *BOE*), Boletín Oficial (se entiende de la provincia) y en alguno de los periódicos de la provincia por término de quince días...»

Consta en los autos que, pese a tenerlo así solicitado el Banco Hipotecario ejecutante, nunca se accedió a publicar el correspondiente edicto de la subasta en el *BOE* por entender la juez que bastaba el anuncio en un Diario de los de mayor circulación en la provincia, lo que sí se hizo.

*Doctrina.*—La actuación de la juez, basada en una interpretación posible del artículo 1.488 LEC, en su redacción de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, teniendo en cuenta las disposiciones transitorias de la misma, la antigüedad de la ley aplicable y su carácter relativamente singular, es errónea, ya que es inveterado el principio de que ley general no deroga ley especial.

La extraordinaria limitación, presente en este procedimiento de ejecución hipotecaria, de la cognición procesal exige, precisamente, por la disminución de garantías que el mismo conlleva un rigor exquisito en el cumplimiento y observancia de las otras garantías que establece, dado que, prácticamente, el procedimiento se tramita *inaudita altera parte*; y no puede decirse que la falta de publicación en un diario oficial no suponga una merma o disminución de las garantías establecidas por la ley, en favor concretamente de los terceros con interés, pues sabedores éstos, cuando son avisados, de la exigencia de tal requisito, pueden estar atentos inútilmente a la lectura del referido medio oficial con olvido de publicaciones periódicas privadas que, por mucha que sea su difusión, puede que no susciten sus preferencias de lector.

*CUESTION DE COMPETENCIA. (SENTENCIA DE 18 DE JUNIO DE 1994.)*

*Ponente:* Excmo. Sr. Don Gumersindo Burgos Pérez de Andrade.

*Hechos*—La presente cuestión de competencia dimana de una demanda principal donde se ejercitan dos acciones acumuladas: la derivada de un contrato de compraventa de material eléctrico, y la que tiene su origen en un arrendamiento de servicios (reparación efectuada en los talleres de la demandante de ciertos elementos industriales).

Al insistir los dos Juzgados implicados en sus respectivas competencias, el TS señala la siguiente

*Doctrina.*—A pesar de que, como señala el propio Tribunal, la cuestión de competencia se ha interpuesto fuera del plazo de veinte días hábiles que hay para oponerse a la demanda, lo que por sí solo determinaría la competencia del Tribunal donde se presentó la demanda (Salamanca), a mayor abundamiento señala lo siguiente:

Respecto a la compraventa, resultando muy dudoso si el transporte del material vendido viajó de una plaza a otra a cargo y por cuenta del vendedor o del comprador, es de aplicación la doctrina jurisprudencial que determina como lugar de entrega el domicilio del vendedor (en este caso Salamanca).

Respecto al arrendamiento de servicios (reparaciones), se atribuye la competencia al lugar donde están ubicados los talleres y se prestó el servicio (asimismo Salamanca).

*DESESTIMACION RECURSO DE CASACION.—CUANTIA MINIMA. ARTICULO 1.687.1.º LEC. (SENTENCIA DE 24 DE JUNIO DE 1994.)*

*Ponente:* Excmo. Sr. Don Rafael Casares Córdoba.

*Hechos.*—Condenada en primera instancia determinada persona a pagar la cantidad de 2.071.644 pesetas y, confirmada esta resolución en apelación por la Audiencia Provincial, promueve la demandada recurso de casación por error en la apreciación de la prueba y por infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate.

*Doctrina.*—El TS, una vez más, con carácter previo a toda cuestión, se plantea «ex-officio» —dado el carácter de orden público que tienen las normas reguladoras del proceso— si tal sentencia de la Audiencia es susceptible de casación.

Y lo resuelve negativamente, dado que, estimada la demanda de la actora en 2.071.644 pesetas, esta cantidad está muy por debajo del umbral de los 3.000.000 de pesetas que, como mínimo, exige el artículo 1.687.1.º LEC, en su redacción aplicable a este caso, por lo que el recurso no debió admitirse. Artículo 1.697 LEC.

En la actualidad, a partir de la Ley 10/1992, de 30 de abril, esta cantidad ha de exceder de 6.000.000 de pesetas (actual art. 1.687.1.º letra c).

Siendo reiteradísima la doctrina que establece que las causas de inadmisión del recurso se convierten en este trámite en causas de desestimación, se desestima el recurso.

*CUESTION DE COMPETENCIA.—DOCTRINA. (SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1994.)*

*Ponente:* Excmo. Sr. Don Mariano Martín-Granizo Fernández.

*Hechos.*—La presente cuestión de competencia dimana de un juicio ejecutivo fundado en el impago de cuatro cambiales domiciliadas de pago en la Caja General de Ahorros de Granada, en su establecimiento de la ciudad de Jaén, siendo el librado «Talleres Hernández», con domicilio en dicha ciudad.

En el contrato suscrito entre la entidad actora «CSE, S A», domiciliada en Madrid, y la entidad demandada, aparece en el reverso como cláusula general número 8 la renuncia del comprador a cualquier otro fuero que pudiera corresponderle, sometiéndose expresamente a los tribunales de Madrid. Referido reverso y, consiguientemente, todas sus cláusulas, no aparecen firmados por ninguna de las partes intervinientes.

*Doctrina.*—1.º Según doctrina constante de esta Sala, aún cuando siendo la territorial una competencia que puede convenirse, ello requiere que dicho pacto o sumisión se lleve a cabo clara y terminantemente.

2.º Según dicha doctrina esto no acontece cuando la cláusula sumisoria no aparece firmada por todos los intervinientes en el contrato o pacto, como aquí acontece precisamente.

3.º Cuando se trata del ejercicio de acciones cambiarias, como aquí ocurre, las cláusulas de sumisión contenidas en el negocio jurídico subyacente que motivaron su libranza no son tenidas en cuenta.

Estas consideraciones conducen al TS a estimar competente a Jaén, ya que según el artículo 62 LEC, desconociéndose donde pudiera cumplirse la obligación, sólo subsisten, según ese último precepto, dos lugares a efectos de competencia territorial, ambos a elección del demandante: el del domicilio del demandado, que es Jaén; o el del lugar del contrato, que según el documento presentado con la demanda es igualmente Jaén.

#### CONCEPTO DE JURISPRUDENCIA. (SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1994.)

*Ponente:* Excmo. Sr. Don Pedro González Poveda.

*Hechos.*—Se trata de un juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre validez y existencia de contrato verbal de sociedad civil, disolución de la misma y liquidación en trámite de ejecución de sentencia, en el que se llega al TS alegando, entre otros motivos, infracción del artículo 1.708 del Código Civil por aplicación indebida y la doctrina jurisprudencial contenida en la Sentencia de fecha 16 de mayo de 1989. En síntesis, se aboga por la inclusión como gasto de la sociedad del concepto de retribución al socio que llevó la gestión y administración del negocio que constituía el objeto social.

Este motivo, a diferencia de los motivos primero y segundo que son estimados, no son admitidos por la Sala, estableciendo la siguiente doctrina acerca de la Jurisprudencia.

*Doctrina*—Definida la Jurisprudencia en el artículo 1.6 del Código Civil como la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho, la propia Jurisprudencia viene exigiendo para su invocación al amparo del número 5.º (hoy 4.º) del artículo 1.692 de la LEC, la cita de, al menos, dos sentencias de esta Sala comprensivas de la misma doctrina.

Por otra parte, no es bastante la cita mediante su fecha de las sentencias que se invocan, sino que ha de ponerse de manifiesto cuál es la doctrina legal que de ellas emana y en qué sentido ha sido vulnerada por el Tribunal *a quo*.

*LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO.—PRELACION DE CREDITOS. (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1994.)*

*Ponente:* Excmo. Sr. Don Rafael Casares Córdoba.

*Hechos.*—Se formula demanda de tercería de mejor derecho contra el Sindicato de Riegos de Almería capital, declarado en rebeldía, y contra la Recaudación de Tributos del Estado, en la que se pedía que se declarase el mejor derecho de los trabajadores al cobro de las «indemnizaciones para dar por finalizado el contrato laboral», y que con el producto de los bienes embargados se les haga pago con preferencia a la Recaudación de Tributos del Estado demandada.

Por la Audiencia Provincial, en apelación, se dictó sentencia declarando el derecho preferente de los terceristas a ser reintegrados por el importe de sus créditos salariales frente a los del Estado resultantes de débitos a la Confederación Hidrográfica del Sur de España, cuyo embargo figuraba también anotado preventivamente a petición de la Recaudación de Tributos del Estado que ordenó la traba del local del mismo deudor, Sindicato de Riegos de Almería.

Contra esta sentencia se alza el Abogado del Estado articulando dos motivos de casación:

1.º Al amparo del número 3 del artículo 1.692 LEC, acusa infracción de las normas que rigen los actos y las garantías procesales por quebrantamiento de la doctrina que rige el litis consorcio pasivo necesario, denunciando no haberse traído al proceso a la Confederación Hidrográfica del Sur, titular del crédito según el recurrente.

2.º Se acusa infracción del artículo 44 de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 1.923.4 del Código Civil.

Ambos motivos decaen en base a la siguiente

*Doctrina.*—1.º Los Organismos Autónomos a los que, con personalidad y patrimonio propio, se encomienda en régimen de descentralización la administración de algún servicio público, son Hacienda Pública. En el presente caso el expediente ejecutivo no sólo se sigue «contra el deudor a la Hacienda Pública» citado, apremiado por la Tesorería correspondiente, sino que la presencia a lo largo de todas las instancias de la Abogacía del Estado, representante legal de la Administración, impide que pueda hablarse de indefensión alguna del Organismo Autónomo integrado en ella, que es requisito *sine qua non* que la norma de cobertura procesal exige para la viabilidad del motivo articulado bajo el número 3 del artículo 1.692 LEC

2.º Si bien es verdad que la preferencia que declara el artículo 1.923.4 del Código Civil a favor de la prioridad de la anotación preventiva de embargo, es respecto de créditos contra el mismo deudor contraídos con posterioridad a la anotación de embargo, no es menos cierto que las «indemnizaciones» reclamadas quedan comprendidas a los efectos de la tercería de mejor derecho, dentro del concepto de salario y, por consiguiente, con la aplicación del artículo 32, párrafo 3.º del Estatuto de los Trabajadores.

**CONDENA EN COSTAS —INAPLICACION DEL ARTICULO 523 LEC. (SENTENCIA DE 29 DE JUNIO DE 1994)**

*Ponente:* Excmo. Sr. Don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade.

*Hechos.*—El presente recurso sólo plantea un problema: la impugnación casacional de la condena en costas de la primera instancia, de la que han sido objeto los recurrentes, y que figura solamente en el fallo de la sentencia de apelación.

Se trata de unos autos acumulados de los años 1981 y 1982 en los que recae sentencia en la instancia que dispone: «En cuanto a las costas causadas, y dadas las circunstancias que concurren en este pleito, y que no todas las pretensiones de los demandantes han sido estimadas, y en atención a lo previsto en el artículo 523 LEC, no se hará expresa declaración de las mismas».

Apelada la sentencia, la Audiencia dicta otra en la que por lo que aquí nos interesa dispone: «Sin embargo, en cuanto a las costas de primera instancia, es procedente, en aplicación del artículo 523 LEC, imponerles las costas al rechazarse íntegramente sus pretensiones».

Interpuesto recurso de casación, el Supremo sienta la siguiente

*Doctrina.*—Iniciada la litis a virtud de los autos acumulados de los años 1981 y 1982, evidentemente que no les era de aplicación, durante la primera instancia, la reforma procesal de la Ley 34/1984, de 6 de agosto

Al regirse la tramitación en primera instancia por la legislación anterior, era de aplicación en materia de costas el principio de temeridad o mala fe procesal, que necesariamente tenía que ser declarado por el juzgador para fundamentar una condena en tal sentido.

En el presente caso tal declaración de mala fe no figura en primera instancia ni tampoco se menciona por la Audiencia, luego no es posible aplicarles la condena que supone la imposición de las costas. Por consiguiente se estiman los dos motivos del recurso y se casa la sentencia recurrida en el único punto de la misma referido a la condena en las costas causadas en la primera instancia.

**RECURSO DE REVISION.—EL PLAZO DE TRES MESES PARA INTERPONERLO ES DE CADUCIDAD. ADEMÁS NO ES UN PLAZO DE NATURALEZA PROCESAL SINO CIVIL, EN EL QUE NO SE DESCUENTAN LOS DIAS INHABILES. (SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 1994.)**

*Ponente:* Excmo. Sr. Don Antonio Gullón Ballesteros.

*Doctrina.*—No se puede acceder a la demanda de revisión de la sentencia firme, puesto que el plazo de tres meses para interponerla (art. 1.798 LEC), que es un plazo de caducidad según doctrina reiterada y constante, ha de contarse de fecha a fecha (art. 5.1 CC), siendo el *dies a quo* el del conocimiento del fraude, y si este día fue el 16 de julio de 1992, según dice expresamente la demanda, es claro que cuando se demanda de revisión con fecha 14 de noviembre de 1992, el plazo legal había transcurrido, ya que no es un plazo de naturaleza procesal sino civil, en el que no se descuentan los días inhábiles (art. 5.2 CC) ni, por tanto, los del mes de agosto.

*RECURSO DE CASACION EN EJECUCION DE SENTENCIA.—ARTICULO 1.687.2º LEC. (SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 1994.)*

*Ponente:* Excmo. Sr. Don Mariano Martín-Granizo Fernández.

*Doctrina.*—Interpuesto recurso de casación en ejecución de sentencia, en el que se alega que «El Auto dictado por la Audiencia Provincial de Navarra, objeto del presente recurso, resuelve puntos sustanciales no controvertidos en el pleito», se DESESTIMA, ya que como aparece claramente de los presupuestos fácticos que se recojen en la propia sentencia, nada hay en el Auto impugnado que implique resolución de aspectos no controvertidos en el pleito.

*ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE. (SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 1994.)*

*Ponente:* Excmo. Sr. Don Rafael Casares Córdoba.

*Hechos.*—Una constructora, con motivo de un contrato de obras públicas, ostentaba un crédito contra determinado Ayuntamiento. Una vez que este Ayuntamiento aprobó las certificaciones de obras, originadoras, en consecuencia, de derechos subjetivos para el contratista, éste emitió la correspondiente orden de pago a favor de la Caixa D'Estalvis a la que hizo, por endoso, la transmisión del crédito. De esta transmisión tuvo conocimiento y tomó razón el Ayuntamiento.

La Caixa D'Estalvis formula demanda en juicio de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia contra el Ayuntamiento, dictando dicho Juzgado auto en el que «se inhiere en favor de la jurisdicción contencioso-administrativa». El Juzgado se basa en el carácter público de la relación de que trae causa el derecho de crédito invocado por el cesionario en la demanda, participa del carácter público del inicial contrato cuya naturaleza no puede ser alterada en sus consecuencias por la mera sustitución personal del acreedor contratista

Rechazado tanto el recurso de reposición como el de apelación interpuestos por la Caixa, se formula ahora recurso de casación al amparo del artículo 1.692.1.º LEC, concretamente por defecto en el ejercicio de jurisdicción.

*Doctrina.*—El Ayuntamiento, al tener conocimiento y tomar razón de la cesión del crédito, asumió la nueva relación obligacional creada por aquel acuerdo de cesión, cuyos efectos no pueden detenerse remitiendo a otra jurisdicción, so pretexto de una lejana procedencia administrativa del crédito transmitido.

Hay que tener en cuenta el nuevo círculo obligacional creado a raíz del acuerdo municipal aprobatorio del crédito, así como la posterior cesión del derecho adquirido por el contratista a favor de la entidad cesionaria demandante, cesión cuya validez y efectos han de proclamarse conformes a lo dispuesto en los artículos 1.112 y 1.526 del Código Civil, sin que la prestación debida pueda eludirse o ser demorada, siquiera temporalmente, remitiendo la reclamación del acreedor cesionario a un Tribunal distinto del Ordinario civil para que conozca del contrato innegablemente civil.



INFORMACION  
BIBLIOGRAFICA



BENDITO CAÑIZARES, MARÍA TERESA: *La anotación preventiva de embargo sobre bienes gananciales*, Editorial Trivium, Madrid, 1993

En la presente obra que se analiza se desea obtener como objetivo el contestar al interrogante de si la anotación preventiva de embargo sobre bienes gananciales es útil para el fin para el que fue y ha sido diseñada, para ello se concatenan el concepto de anotación preventiva de embargo y la noción de anotación preventiva en general, así como mostrar los peligros que, amenazando el fundamento de la anotación preventiva de embargo, justificaron sus distintas redacciones y también analizar su práctica. El fin de la anotación preventiva de embargo es impedir que el deudor embargado pueda acudir o burlar el embargo con sólo disponer del inmueble a favor de posteriores adquirentes, frustrando con ello las legítimas esperanzas del acreedor y dejando inoperante el procedimiento de ejecución.

A lo largo de la obra que estudiamos se observa que el fundamento de la anotación preventiva de embargo sobre bienes gananciales es el mismo que el que motiva la creación de la anotación preventiva de embargo. ASEGURAR LAS RESULTAS DE UN PROCEDIMIENTO FRENTE A LA POSIBLE MALA FE DEL DEUDOR CUANDO INTENTE DISTRAER SUS BIENES DEL COBRO DEL ACREEDOR.

La anotación preventiva de embargo sobre bienes gananciales comienza siendo una figura jurídica especial y desgajada de la ya existente anotación preventiva de embargo, para dar solución a los problemas prácticos que venían produciéndose en torno a dos temas: 1) a la consideración de la inscripción de los bienes adquiridos de forma onerosa por la mujer casada durante el matrimonio, y sin demostración de la procedencia, con o sin aseveración de su marido acerca de la procedencia del dinero empleado en tal adquisición, y sus dos problemas anexos. el de la exigencia o no de consentimiento *uxoris* a la hora de la disposición del bien adquirido en la forma descrita, y el de la posibilidad de ejercicio al acreedor consorcial si dicha inscripción considerase el bien privativo del cónyuge no deudor, y 2) a la desprotección de los que se harán cotitulares de los bienes conyugales tras la disolución de la sociedad de gananciales el cónyuge supérstite no puede representar a la misma, para más tarde ir completando su fundamento a favor del crédito en función de que la burla o fraude no sólo perjudique al acreedor sino al cónyuge no deudor.

Nos encontramos con dos formas de obstaculizar la anotación preventiva de embargo, y por tanto al crédito, cuando estamos en presencia de un régimen económico matrimonial como el de la sociedad de gananciales:

- la realizada por un cónyuge, o confesión de carácter privativo del bien adquirido por el otro durante el matrimonio y de forma onerosa;
- la más actual o realizada por los dos cónyuges en capitulaciones matrimoniales.

Al lado de estas formas también se ha intentado utilizar la protección del crédito manifestada en la anotación preventiva de embargo, en fraude del cónyuge no deudor, simulando deudas al acreedor y el cónyuge deudor cuando éste quería disponer del inmueble ganancial sin el consentimiento ni asentimiento de su cónyuge legalmente exigido.

El fundamento antes dicho de la anotación preventiva de embargo sobre bienes gananciales de asegurar las resultas de un procedimiento frente a la posible mala fe del deudor cuando intente distraer sus bienes del cobro del acreedor, se verá amenazado cuando el deudor sea un cónyuge inmerso en un sistema económico matrimonial como el de la sociedad de gananciales, porque este tipo de deudor puede burlar, con o sin intención, la protección del crédito dispensada a través de la anotación preventiva de embargo con sólo dejar adquirir bienes a su consorte y confesar, no acreditándolo, que el dinero empleado en dicha adquisición era propio del cónyuge adquirente. Pues bien, si a dicha aseveración se le otorga el valor de que el bien se inscriba a nombre del cónyuge adquirente con carácter privativo, se está propiciando que no pueda anotarse preventivamente un embargo si éste recayó sobre un bien de naturaleza ganancial y contra una persona que no es la que aparece como titular registral. Contrariamente, si no se le otorga a la confesión valor alguno, podrá seguirse anotando preventivamente el embargo recaído sobre un bien ganancial con independencia de la persona que aparezca como titular formal. Pero la solución a este problema viene íntimamente ligada a dos etapas distintas por las que pasa la concepción del Registro para la Dirección General:

A) 1947, año en que se concibe el Registro como instituto desconectado de la realidad extrarregistral, y donde el tipo de adquisiciones vistas serán no prejuzgadas. A pesar de esta concepción, como podría entenderse que se estaba olvidando la presunción de ganancialidad de los bienes, tenía que decirse que se quería mantener la protección del crédito por encima del juego del principio del tracto sucesivo. Y ello motivó la redacción del párrafo 1 del artículo 144 RH.

B) 1982, fecha en la que se concibe el Registro como instrumento reflejo de la realidad jurídica a la que debe de servir, de forma que se intenta dar valor a la aseveración realizada por un cónyuge para estar acorde con la reforma del Código Civil operada por Ley de 13 de mayo de 1981. Ello llevará a considerar de carácter privativo al bien adquirido como propio por confesión del consorte. Y como tal calificación era poner en peligro cualquier anotación preventiva de embargo en virtud de los principios de legitimación y tracto sucesivo, se hace necesario un pronunciamiento favorable al respecto por parte del Reglamento Hipotecario, afirmación que dará lugar al actual número 2 del artículo 144.

En realidad, tanto en 1947 como en 1982, y por consiguiente, tanto en la concepción del Registro como instrumento aparte de la realidad extrarregistral, como en la de instituto al servicio de dicha realidad jurídica se hizo necesario un pronunciamiento acerca de la anotación preventiva de embargo cuando recaía sobre bienes que deberían considerarse presuntivamente gananciales, y que no obstante ello, se calificaron sin carácter alguno o con carácter privativo. El pronunciamiento que se hizo y se hace fue y es en el sentido de la protección del crédito frente a la posible actuación del cónyuge deudor dentro de la sociedad de gananciales.

En la actualidad, la fórmula empleada por el cónyuge deudor será el em-

pleo de las capitulaciones matrimoniales, pues al mismo tiempo que los cónyuges disuelven su sociedad de gananciales y pasan a un régimen de separación absoluta de bienes, liquidan el patrimonio ganancial, bien sin haber sufragado primero las deudas a cargo de dicha masa, bien adjudicando los bienes existentes al excónyuge que en el tráfico jurídico no es responsable de las obligaciones asumidas por su exconsorte.

La autora, a lo largo de esta obra, discrepa del criterio de la Dirección General y propugna la inclusión en el seno del artículo 144 RH de un nuevo número en el que se regule expresamente, en consonancia con el fundamento de la anotación preventiva de embargo, la anotación del embargo recaído sobre bienes gananciales cuando la fecha de la admisión a trámite de la demanda sea anterior a la de la inscripción de la adjudicación del bien por efecto de las capitulaciones en el Registro de la Propiedad.

Pero, al lado de la protección del fundamento común a toda anotación preventiva de embargo (o tutela del crédito), se tutelará a los que serán cotitulares de los bienes conyugales tras la disolución de la sociedad de gananciales por muerte de uno de los cónyuges, llamando al procedimiento de embargo a través del instrumento de la demanda, a los adjudicatarios del bien embargado (si la partición estuviera inscrita), o a los herederos forzosos del premuerto y al cónyuge supérstite (si la partición no estuviere inscrita), ya que tras la disolución el cónyuge supérstite no puede por sí solo representar a la extinta sociedad.

Será la forma de tutela señalada o codemanda la que se utilizará a partir del Reglamento Hipotecario de 1959 en el artículo 144 RH mencionado para intentar cohonestar el interés del acreedor con el del cónyuge no deudor, el cual podrá ver burlado su interés en participar en la disposición del bien ganancial, si se dejase anotar el embargo al que por confabulación de su cónyuge y el acreedor se hubiere llegado. La codemanda exigida reglamentariamente llegará convertida en notificación al año 1982, gracias a la interpretación dada por la Dirección, pese a lo cual se vuelve a insistir en la misma cuando la deuda origen del embargo sea una deuda ganancial o común.

Analiza el capítulo 2 del libro la necesidad o no de respetar el requisito de la codemanda o demanda conjunta a ambos cónyuges, exigida para anotar el embargo trabado sobre un bien de naturaleza ganancial o presuntivamente ganancial. Argumentos.

a) De orden procesal. aunque se hubiera intentado demandar en juicio ejecutivo al cónyuge no deudor, lo más probable es que el Juzgado no hubiese despachado ejecución.

b) De jerarquía normativa: se denomina así por el principio de jerarquía existente entre las diferentes normas que se dan cita a la hora de cumplimentar el requisito exigido de la codemanda.

Se produce una colisión de normas entre Reglamento Hipotecario y Ley de Enjuiciamiento Civil y entre Reglamento Hipotecario y Código Civil. De ellas se defiende la postura de que la Ley Hipotecaria en su parte sustantiva sigue siendo un trozo del Código Civil.

En realidad, se analiza y estudia a lo largo del capítulo 2, objeto de examen riguroso y recapitulativo por mi parte, que lo que sirvió de soporte para la interpretación del requisito de la codemanda como demanda para dar a conocer la litis o como mera notificación fue la minusvaloración de la capacidad

de la mujer. A ello se une el problema del grado de protección que otorgaba al cónyuge no deudor su demanda o su notificación. La respuesta a este interrogante planteado se resuelve consistiendo en comunicar al cónyuge la existencia de un procedimiento de embargo contra su consorte y sobre un bien ganancial.

A partir de 1975 la situación de desigualdad de los cónyuges desaparece, y con la reforma introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, del Código Civil, ya no puede sostenerse el requisito de la codemanda pretendido por el vigente artículo 144 RH.

Además, la cuestión que se planteará de si la notificación otorga un grado de protección mayor o menor que la demanda conjunta, se analizará propugnando la llamada al procedimiento del cónyuge no deudor al objeto de que no le produzca indefensión la posibilidad de ser declarado responsable sin haber sido oído en juicio. Esa llamada al procedimiento se ha de realizar a través de demanda y no de notificación, porque el cónyuge no deudor no tiene las mismas posibilidades de defensa si tan sólo se le notificase el embargo, pues la notificación sólo es exigida en el momento en que se pida en ejecución de sentencia el embargo del bien ganancial, instante en el que se produce la perjudicial declaración de ganancialidad de la deuda, sin posibilidad de adoptar ya defensa por parte del cónyuge notificado por lo que respecta a mantener la privatividad de la deuda.

También existe, como se verá a lo largo del capítulo 2 de la obra, el riesgo de perder bienes propios el cónyuge no deudor al ser considerado parte demandada en el procedimiento, de lo que se desgaja que esta medida no es practicable desde el régimen económico de gananciales, la razón es que este régimen no prevé el caso de responsabilidad de bienes propios por deudas comunes cuando el cónyuge no intervino para contraer el débito.

El motivo de que resurja el requisito de la demanda conjunta a ambos cónyuges, no es la capacidad de obrar que en forma igualitaria presenta o confirma plenamente el Código Civil tras la reforma operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, sino el diferente tipo de responsabilidad que dicha reforma establece a través de dos tipos de deuda: la ganancial y la privativa.

Se analiza en el capítulo 3 el tema del cambio del titular inscrito en el caso de otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, y al hilo de este problema del cambio de titular inscrito, la incidencia del artículo 1.373 del Código Civil en la solución de dicho problema.

El problema dicho se circunscribe a los siguientes datos:

a) Se contrae una deuda por un cónyuge constante matrimonio y vigente el régimen de sociedad de gananciales.

b) Ante la insatisfacción del crédito, el acreedor inicia un procedimiento contra su deudor y al perseguir bienes gananciales con el propósito de obtener en su día la anotación de embargo sobre los mismos, pide en su demanda que se le notifique al cónyuge del deudor (art. 144.1 RH).

c) Obtenido el embargo de dicha finca y llegar éste al Registro de la Propiedad, el Registrador deniega la anotación solicitada por estar la finca a nombre de persona distinta a la que consta en el mandamiento judicial como demandada.

Ante la negativa pues, del Registrador a anotar el embargo trabado sobre un bien ganancial por estar la finca a nombre de persona distinta de la deman-

dada, la cuestión que surge para el acreedor es, ¿cuál es la causa que originó el cambio de titular inscrito y el carácter del bien? La respuesta es que se ha producido la disolución de la sociedad de gananciales que regía el matrimonio del cónyuge con quien contrató por efecto de unas capitulaciones matrimoniales otorgadas de común acuerdo por los esposos. (Observación: por capitulaciones matrimoniales vamos a entender aquéllos pactos que dan lugar a la modificación del régimen económico matrimonial.)

En realidad, las capitulaciones que son objeto del problema práctico son las capitulaciones que se otorgaron con posterioridad a la celebración del matrimonio. La razón es la siguiente: el problema registral que surgirá cuando se deniegue la anotación preventiva del embargo trabado sobre un bien ganancial se debe a que el acreedor confió en el Registro, cuando contrajo el crédito, o cuando entabló su demanda, sabía que a pesar de la inscripción, el bien podía ser ganancial si había sido adquirido constante matrimonio por uno de los cónyuges sin demostración que el caudal empleado en su adquisición era ganancial. Pero, cuando ya ha obtenido el embargo de dicho bien, éste aparece en el mismo Registro con otro carácter y a nombre de una persona que no demandó, por efecto del cambio de régimen económico matrimonial operado por capitulaciones matrimoniales y sólo se pudo producir este problema cuando se dejó a los cónyuges cambiar su régimen económico matrimonial.

La concreción del supuesto de hecho que motiva el capítulo 4 es el intento por parte del acreedor que inicia un procedimiento contra el cónyuge deudor, de anotar preventivamente el embargo sobre un bien ganancial o presuntivamente ganancial, por deuda contraída por uno solo de los cónyuges, cuando se ha disuelto la sociedad de gananciales por muerte del cónyuge no deudor, pero cuando aún no ha sido inscrita la liquidación de la comunidad conyugal en el Registro.

ISABEL MORATILLA GALÁN

RIVAS TORRALBA, RAFAEL ANTONIO: *Anotaciones de embargo II*, Editorial Cívitas, 1994, 522 págs.

La monografía objeto de la presente reseña es, en realidad, una segunda edición de otra publicada en 1992 y que tiene 352 páginas. La razón de llevar a cabo la reseña no es otra, lo digo de antemano, que la admiración profesional y el afecto personal que tengo al autor que une a su condición de Registrador de la Propiedad la de Profesor Asociado de Derecho Civil de la Universidad de Murcia en la que somos compañeros.

La obra está estructurada en ocho grandes apartados, el primero de los cuales denominado el embargo, se ocupa del embargo judicial y del embargo administrativo. En relación al embargo judicial el autor prescinde, como hace en todo el trabajo, de discusiones doctrinales estériles y se centra en el problema de la localización de bienes a embargar, a la vez que resalta como en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil no se exige ni prevé la colaboración del ejecutado ni indica que puede hacer el Juez para alcanzar tal conocimiento, dejándose toda la labor que puede hacer el acreedor en este sentido. Sin embargo, parece que el legislador se ha sensibilizado ante este problema e intenta tímidamente ofrecer alguna solución. En lo concerniente a la traba o afección de los bienes, se examinan con detalle los efectos que produce, como

son la atribución al órgano jurisdiccional de la potestad de llevar a cabo válidamente actos dispositivos sobre los bienes embargados, restricción de facultades dominicales, naturaleza del crédito del actor, etc.

El embargo administrativo se examina en distintos aspectos y trámites del procedimiento, así órganos de recaudación, iniciación del período ejecutivo, título ejecutivo, providencia de apremio, providencia de embargo, notificaciones y la anotación de embargo que se examina más detalladamente, dado el objeto de la monografía.

El segundo gran apartado de la obra se ocupa de la anotación preventiva de embargo y sus efectos. Tras justificar el porqué de no examinar la teoría general de las anotaciones preventivas, dada la dificultad de extraer de ella principios generales aplicables a todas las anotaciones preventivas, se lleva a cabo una reflexión sobre distintos aspectos de la anotación de embargo, para lo cual el autor maneja con gran acierto y claridad la amplia doctrina sobre la materia. En relación al carácter constitutivo de la anotación de embargo se examinan las posiciones doctrinales a favor y en contra del carácter constitutivo, las sentencias del Tribunal Supremo y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado; se concluye demostrando que defender el carácter constitutivo de la anotación de embargo llevaría a una serie de consecuencias que estarían en abierta pugna con normas de Derecho positivo como inembargabilidad de las fincas no inmatriculadas, la imposibilidad de iniciar la vía de apremio antes de practicar la anotación y la cancelación por caducidad de la anotación llevaría consigo la extinción del embargo.

A continuación se plantea el problema de la eficacia de la anotación de embargo y se señala que no crea ni constituye un verdadero derecho subjetivo privado de carácter o naturaleza real. Se analiza cómo los principios de inoponibilidad y fe pública no juegan a favor del acreedor que ha obtenido anotación de embargo y cómo la anotación de embargo no cierra el Registro. Este segundo apartado se concluye con un amplio examen de los efectos propios de la anotación de embargo, teniendo en cuenta los artículos 44 y 71 de la Ley Hipotecaria, debiendo destacarse, para empezar, el esmerado examen doctrinal que se lleva a cabo, aunque esto no es exclusivo de este punto sino que es una constante en toda la monografía. Se parte del hecho de que el artículo 44 de la Ley Hipotecaria no es precisamente un modelo de claridad y que el artículo 71 del mismo texto legal no es un precepto exclusivamente dedicado a las anotaciones de embargo. Por lo cual se hace necesario concretar la operatividad de ambos preceptos, delimitando qué supone o representa para el acreedor anotante, tanto la preferencia especial que proclama el primero, como el hecho de que no pueda perjudicarle la enajenación o el gravamen del bien anotado que establece el segundo. El autor, tras señalar que puede decirse que la anotación de embargo contamina los asientos posteriores, cubriéndoles de un velo de cancelabilidad, pone de relieve cómo esta regla general a veces choca con una realidad que no es tan sencilla. Puede darse la circunstancia de que no exista correspondencia entre el orden cronológico de los títulos y el de los asientos, porque es posible que un título tenga fecha posterior al embargo y anterior a la anotación y, siendo así, puede llegar al Registro antes o después de que se presente el correspondiente mandamiento. Con gran claridad RIVAS TORRALBA analiza el diferente orden cronológico que puede darse entre embargo y su anotación en el Registro y un acto dispositivo realizado por el titular del bien embargado y su inscripción en el Registro. Con gran exhaustividad se estudian los criterios de la Dirección General de los

Registros y del Notariado, de los Tribunales y la rica doctrina en la materia. Toda la casuística examinada en relación a las tercerías de dominio es, probablemente, uno de los capítulos del libro más logrados. Otra cuestión estudiada ampliamente es la referencia que el artículo 44 de la Ley Hipotecaria hace al artículo 1.923-4 del Código Civil y que debe ponerse en relación con el 1.927-4 del mismo cuerpo legal. En un tema tan espinoso como éste, el autor examina la preferencia del crédito garantizado con anotación de embargo con gran minuciosidad, sin soslayar ninguna de estas cuestiones que, como es sabido, son muy complejas.

El tercer gran apartado del libro es el dedicado a la calificación de los mandamientos judiciales y administrativos, aunque, como es obvio, el papel del Registrador es bastante distinto en lo que se refiere a estos últimos, por lo que son los judiciales los que se examinan en mayor medida. El artículo 100 del Reglamento Hipotecario es objeto de un amplio análisis que comienza con la competencia del Juzgado o Tribunal, distinguiéndose en este punto entre competencia objetiva, funcional y territorial. Después se examina la congruencia entre mandato y procedimiento, es decir, se trata de comprobar que lo que el Juez ordena puede ser efectivamente ordenado en el proceso en curso, atendida su naturaleza y finalidad. Las formalidades extrínsecas del documento de mandamiento de embargo han sido objeto de grandes discrepancias como la de determinar quién debe expedirlo, si sólo y necesariamente el Juez o si también por sí solo, el secretario judicial. Para solucionar esta cuestión el autor lleva a cabo una enumeración de los distintos actos procesales implicados para determinar luego cuál es el órgano judicial al que están encomendados. Debiéndose distinguir entre resolución decretando el embargo, resolución decretándose la práctica de la anotación preventiva y expedición del mandamiento. Posteriormente se estudian los requisitos meramente formales que debe contener el mandamiento y las circunstancias o datos que debe contener o expresar. El punto dedicado a los mandamientos judiciales se concluye con lo que el citado artículo 100 del Reglamento Hipotecario denomina los obstáculos derivados del Registro. Objeto de calificación son las circunstancias de si hay inscripción a favor del demandado y el carácter inalienable o inembargable de los bienes, incluyéndose también el control de las notificaciones que para determinados supuestos exige el Reglamento Hipotecario. Se concluye este apartado con los mandamientos administrativos, en relación con los cuales el autor señala que la delimitación que el artículo 99 del Reglamento Hipotecario hace del ámbito de la calificación de los documentos administrativos es menos rigurosa que la establecida para los judiciales, puesto que cuando se trata de los primeros permite que el control registral se extienda, además de los extremos previstos para los segundos, a los trámites e incidencias esenciales del procedimiento.

El cuarto apartado denominado Supuestos especiales es el más amplio de todos en los que está dividida la monografía. Además es, en lo que a mí concierne, el de más interés porque se estudian diversas situaciones en las que se llevan a cabo anotaciones de embargo. La primera de ellas y más frecuente en la práctica es la que RIVAS TORRALBA llama anotación de embargo y sociedad de gananciales, en la que distingue los problemas que se plantean durante la vigencia de la sociedad de gananciales, cuando la sociedad de gananciales está disuelta y no liquidada y, por último, aquellos que tienen lugar cuando la sociedad de gananciales está disuelta y liquidada. Constante la sociedad de gananciales, la primera cuestión abordada es la anotación de embargo sobre

bienes inscritos a favor de ambos cónyuges con carácter ganancial o sobre bienes inscritos a favor del cónyuge demandado, sea como privativos, sea como presuntivamente gananciales o sea para la sociedad de gananciales; nadie discute que la anotación puede llevarse a cabo si junto a la correspondiente demanda contra uno de los cónyuges se notifica al otro tal extremo (ni que decir tiene que si la demanda se ha entablado contra los dos cónyuges no existe problema alguno). La duda puede plantearse con relación a los bienes inscritos a favor del cónyuge no demandado y al respecto RIVAS TORRALBA se inclina a favor de la posibilidad de la anotación de embargo sobre bienes inscritos como presuntivamente gananciales a favor del cónyuge no deudor. Si bien, con la particularidad de que si tras el embargo o su anotación el titular registral puede justificar el carácter privativo del bien embargado, tendría a su disposición la posibilidad de interponer tercería de dominio, tanto si la deuda causante del embargo era privativa del demandado, como si se trataba de deuda del otro cónyuge que fuera, además, deuda de la sociedad, a salvo el supuesto del artículo 1.319.

Páginas especialmente brillantes son las dedicadas al artículo 1.373 del Código Civil que plantea diversas cuestiones. Tras señalar que este precepto no es de aplicación en los procedimientos administrativos de apremio, se aborda el problema de la deuda propia del cónyuge demandado y la aplicación o no del citado precepto a hipótesis como deudas de juego, supuesto del artículo 1.370, deudas personales de un cónyuge cuando el otro, sin contraer conjuntamente la deuda, consiente la sujeción de los bienes gananciales a la responsabilidad, deudas privativas afianzadas solidariamente por el otro y créditos particulares que pueda ostentar un cónyuge frente a otro. Respecto a qué bienes pueden ser embargados, se sostiene por el autor que el acreedor puede pedir el embargo de bienes gananciales concretos sin límite de cuantía en contra de lo defendido por otros que postulan la existencia de una limitación de no sobrepasar la mitad del valor del patrimonio ganancial. La dificultad para el acreedor de conocer la totalidad de los bienes gananciales, dado que en el juicio ejecutivo no hay cauce procesal adecuado para efectuar la valoración del patrimonio ganancial y la posibilidad de que los bienes gananciales no trabados pueden ser transmitidos libres de embargo con posible perjuicio del acreedor, son razones entre otras, que justifican el que no haya un límite de cuantía de bienes gananciales susceptibles de embargo. Otra cuestión estudiada ampliamente es la del embargo de cuota en sus diferentes vertientes de anotación, consecuencias registrales y liquidación de la sociedad de gananciales. A continuación hay un capítulo referido a los bienes inscritos como privativos por confesión, en el que se plantea la cuestión de cómo actuar cuando la deuda haya sido contraída solamente por el cónyuge no favorecido por la confesión en los distintos supuestos que pueden presentarse en la práctica. El último capítulo del apartado dedicado a la anotación de embargo, estando vigente la sociedad de gananciales, se ocupa de los problemas que suscita la vivienda habitual de la familia en relación a la citada anotación. Al respecto se señala que con el artículo 144-5 del Reglamento Hipotecario se ha querido complementar el régimen protector hacia tal tipo de vivienda apuntado por los artículos 1.320 del Código Civil y 91-1 del propio Reglamento, pero las cuestiones que deja pendientes son tantas o más que las que quedan resueltas.

Cuando la sociedad de gananciales está disuelta y no liquidada, el régimen jurídico del antiguo patrimonio ganancial sufre importantes modificaciones, la existencia, contenido y exigibilidad de gananciales, aunque el régimen aplica-

ble al patrimonio en liquidación origina importantes diferencias, como que no cabe anotar el embargo de una unidad indivisa de una finca inscrita a favor del demandado y para su sociedad conyugal con su esposa fallecida al iniciarse el procedimiento. Por el contrario sí cabe anotar el embargo sobre la parte que al viudo demandado corresponde en la sociedad de gananciales en liquidación. Por otra parte, si se pretende embargar bienes concretos de los que integran la masa común en liquidación, surge el problema de la legitimación pasiva. En relación con la sociedad de gananciales disuelta y liquidada, se estudia con detalle el problema de gran alcance práctico de aquellas situaciones en las que se pacta en capítulos matrimoniales el cambio de régimen de gananciales por el de separación absoluta de bienes; se liquida, acto seguido, la sociedad de gananciales, adjudicando a uno de los cónyuges los bienes muebles de difícil identificación. Cuando impagada una deuda el acreedor intenta la anotación del embargo trabado sobre alguno de los inmuebles inicialmente gananciales se produce la inevitable calificación desfavorable motivada por las exigencias de los principios de legitimación y tracto sucesivo, en cuanto tales bienes aparecen ahora inscritos a favor del cónyuge no deudor, como único titular registral, que no ha sido demandado.

La anotación de embargo sobre participaciones indivisas es otro de los capítulos examinados. No admite duda que la parte, cuota o participación de cada uno de los copropietarios de un bien puede ser objeto de embargo que se reflejará en el Registro de la Propiedad cuando tenga por objeto bienes inmuebles a través de la correspondiente anotación preventiva. Pero puede ocurrir que, después de anotado el embargo y antes de que culmine la vía de apremio, los copartícipes acuerden disolver la comunidad, dividiendo la finca materialmente en porciones o parcelas independientes que se adjudican a los distintos comuneros en pago de su haber. Cabe preguntarse si la extinción del dominio afecta en alguna medida al embargo anotado y al procedimiento ejecutivo en curso, por lo cual el autor examina los aspectos civiles o registrales íntimamente relacionados. Otro capítulo se ocupa del tema de las anotaciones de embargo sobre fincas sujetas a prohibiciones de disponer en el que se ha producido una evolución doctrinal desde posiciones restrictivas a llevar a cabo tal tipo de anotación a posturas recientes abiertamente permisivas. RIVAS TORRALBA examina las distintas posturas doctrinales, inclinándose por aquélla que entiende que una cosa es el poder dispositivo del ejecutado sobre su patrimonio y otra el poder de disposición del ejecutor; que el ejecutor puede realizar eficazmente actos sobre el patrimonio del ejecutado que éste no puede llevar a cabo, porque el órgano jurisdiccional actúa en el proceso de ejecución en ejercicio de una potestad pública, la potestad jurisdiccional, que le otorga el ordenamiento por su condición de órgano estatal. También se analiza la anotación de embargo de los bienes inscritos a favor de personas declaradas en suspensión de pagos, pudiendo darse las hipótesis de que el mandamiento de embargo se haya presentado en el Registro antes de que se haya inscrito el convenio entre suspenso y acreedores y después de que se haya inscrito tal convenio. Igualmente se examina la posibilidad de extender anotaciones de embargo sobre bienes pertenecientes a persona declarada en situación de quiebra o concurso de acreedores, tras la publicidad registral de dicho estado legal, supuestos que presentan mayores dificultades que el de suspensión de pagos, habida cuenta que la inhabilitación patrimonial derivada de aquellas situaciones y el embargo colectivo que implica el desapoderamiento de sus bienes, juegan en contra de aquella posibilidad.

En el capítulo dedicado a la anotación de embargo y propiedad horizontal se estudian separadamente la afección real del artículo 9-5 de la Ley de Propiedad Horizontal, la Comunidad de Propietarios como demandada y la Comunidad de Propietarios como demandante. Respecto a la primera cuestión la citada Ley prescribe, como es sabido, la obligación por parte del titular del piso o local de contribuir con arreglo a su cuota al pago de los gastos generales y de los tributos y cargas no susceptibles de individualización. La Ley de Propiedad Horizontal en su artículo 20-2 facilita el embargo preventivo que traiga causa de impago de las cantidades que acaban de mencionarse y el artículo 9-5 del propio texto legal establece la afección del piso o local al pago de ciertos gastos. Todo ello es adecuadamente estudiado en la presente monografía. Igualmente si pueden ser embargados las viviendas o locales que, como elementos privativos, integran el edificio en régimen de propiedad horizontal y si debe denegarse o no la anotación de embargo proveniente de un procedimiento en el que la comunidad actúe como demandante de cantidades adeudadas.

El capítulo dedicado a la anotación de embargo por créditos salariales está dedicado a los problemas registrales que suele plantear el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores cuya insuficiente regulación atribuye a dichos créditos una especial preferencia de cobro pero deja sin determinar el mecanismo adecuado para hacerla efectiva. Tanto la doctrina laboralista como la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo entienden que la citada anotación goza de una eficacia superior a la que las normas procesales e hipotecarias establecen para este tipo de asientos, siempre que se observen determinados requisitos formales.

El apartado que estamos examinando sigue con las anotaciones de embargo sobre bienes en las que se dan las circunstancias siguientes: comprados con pacto de sobrevivencia, cedidos en arrendamiento financiero, existencia de un derecho de opción de compra, vendidos con pacto de reserva de dominio, sujetos a reserva, sujetos a retracto convencional, afectos a sustitución fideicomisaria, inscritos a favor del causante *mortis causa* del demandado, inscritos a favor de menores o incapacitados, donados con cláusula de reversión, gravados con un derecho de usufructo. La anotación de embargo del derecho del vendedor de un inmueble a cobrar el precio aplazado garantizado con condición resolutoria plantea algunos problemas, el primero de los cuales es si la transmisión o cesión de los derechos del vendedor puede tener acceso al Registro. La doctrina y la Dirección General de los Registros y del Notariado han defendido posturas contradictorias, aunque en este momento predomina la tesis que sostiene que el vendedor debe tener acceso al Registro, para poder defender su derecho y, consiguientemente, puede llevarse a cabo una anotación de embargo sobre tal derecho, aunque, como señala el autor, pueden surgir dificultades como, por ejemplo, cuando se han emitido letras de cambio como medio de pago de la cantidad aplazada. Las anotaciones de embargo por deudas del cedente —deudor sobre bienes inscritos a favor del acreedor— cesionario para pago de deudas, es objeto de amplio tratamiento, tanto en el aspecto dogmático como en el jurisprudencial y registral. En un tema tan complicado como éste, RIVAS TORRALBA describe con gran precisión las posiciones jurídicas de cedente y cesionario, a la vez que detalla los requisitos para el acceso al Registro de las adjudicaciones para pago de deudas.

Si el quinto gran apartado se ocupa de la vigencia y prórroga de las anotaciones de embargo, el sexto se refiere a las actuaciones registrales durante la vigencia de la anotación, en el que el autor estudia las últimas reformas de

la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Reglamento Hipotecario y que, como él dice, han impuesto al Registrador una obligación de nuevo cuño consistente en comunicar ciertas incidencias al órgano judicial y han perfilado de forma muy diferente a la tradicional, la antigua e imprescindible actuación registral de expedición de la certificación de cargas.

El séptimo apartado está dedicado a la extinción y cancelación del asiento de anotación de embargo. Se señala que por regla general el modo de extinción de este asiento es la cancelación y ello se producirá tras una resolución judicial firme, para llevarla a cabo, como es sabido, se presenta testimonio de la resolución judicial firme o mandamiento donde se ordene llevarla a cabo, aunque hay numerosos supuestos en los que la cancelación debe practicarse sin necesidad de mandamiento cancelatorio. Así se analizan las hipótesis de extinción de las anotaciones de embargo por caducidad, confusión de derechos, renuncia, desistimiento y caducidad de la instancia, nulidad material o formal y extinción de la finca trabada. Igualmente se dedica un amplio capítulo a lo que el autor agrupa bajo un epígrafe denominado extinción del derecho embargado. En él se estudian una serie de supuestos caracterizados por la nota común de que la pérdida de eficacia y consiguiente cancelación de la anotación de embargo se produce como consecuencia de la extinción, por causas ajenas a la voluntad tanto del demandante como del demandado, del derecho que en su día fue objeto de la traba. Son los casos de cumplimiento de condición resolutoria a instancias del vendedor por impago del precio aplazado, ejercicio del derecho de retracto convencional o legal, expropiación forzosa de la finca, ejercicio del derecho de opción de compra y las cancelaciones derivadas de los procesos de ejecución que son objeto de un amplio tratamiento. Para centrar la cuestión se dice que sólo interesa el hecho de que la enajenación de inmuebles derivada de cualquier tipo de proceso de ejecución o vía de apremio determina la cancelación de las inscripciones y anotaciones posteriores o no preferentes a la hipoteca que se ejecuta o a la anotación de embargo que garantiza el crédito ejecutado. Ante la circunstancia de que el juez ordena la cancelación de todo tipo de asiento posterior surgen las dudas cuando se intenta concretar a cuáles deben alcanzar tal resolución. Tales dudas son alimentadas por la grave imprecisión de las normas hipotecarias que hablan de las cargas o gravámenes anteriores y los preferentes, de inscripciones o anotaciones posteriores, de gravámenes anteriores o preferentes, etc. Las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado al respecto son ampliamente examinadas, al igual que el régimen notarial y el posterior a las reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el Reglamento Hipotecario.

El último apartado de la obra se ocupa de la inscripción del auto de adjudicación. La adjudicación judicial se empieza a examinar reparando en la naturaleza jurídica de la enajenación que da fin al proceso de ejecución, a continuación se pasa revista a cuestiones como lo que representa la adquisición derivativa de tales bienes, la posición jurídica del adjudicatario con amplio examen jurisprudencial, el saneamiento de evicción en tales casos y la subrogación por parte del rematante en los gravámenes anteriores y preferentes. El Título inscribible tras la reforma de los artículos 1 514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 224 del Reglamento Hipotecario se estudia detalladamente al igual que la denominada jurisprudencia registral sobre este punto. La obra concluye con el estudio de los puntos más importantes de la adjudicación administrativa como título inscribible, calificación registral y adjudicación a favor del Estado.

En conclusión, creo que RIVAS TORRALBA ha llevado a cabo un trabajo magnífico y que su monografía tiene un gran interés. Yo resaltaría, de un lado, la infinidad de cuestiones tratadas desde la perspectiva procesal, registral o civil por decirlo con una terminología usual. De otro, el tratamiento exhaustivo de la doctrina científica, de las sentencias del Tribunal Supremo y de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. En suma, y creo que es lo mejor que se puede decir de un trabajo jurídico, es una monografía a la que pueden acudir tanto teóricos como prácticos del derecho (aunque creo con DE CASTRO que esa disociación no es correcta) porque van a encontrar en ella solución a sus problemas en relación a las anotaciones de embargo.

JOSÉ ANTONIO COBACHO GÓMEZ  
Catedrático de Derecho Civil  
de la Universidad de Murcia

MARTÍNEZ VAL, JOSÉ MARÍA: *El Derecho en las grandes religiones*, Editorial Comares, Granada, 1995.

Nos encontramos con un libro que, como dice su prologuista, «ha tomado su luz de muchos soles» y trata de comunicar al lector sus conjeturas, a fin de esclarecer las profundas relaciones entre Derecho y Religión. Es libro que el autor confiesa ser un «pequeño libro de pensamiento», el prologuista lo considera como «una gráfica prolongación extrahumana de su autor». Ante todo ello, yo —siguiendo a PEMÁN— me encuentro «enmedio y sin saber, sin saber flor de romero, si te quiero o no te quiero como te quiero querer», pues para mí tanto el prólogo como el contenido del libro han sido una agradable sorpresa que a la hora de la recensión se le van escapando expresiones para poder ofrecer la grandeza y profundidad de todo lo que se dice.

El prologuista —FEDERICO F. DE BUJÁN (Catedrático de Derecho Romano)— dice que el libro está escrito por un jurista que cree en el Derecho y también cree que la fuente última de producción del Derecho debe necesariamente referirse a Dios, Creador de la naturaleza social humana, de la que el Derecho trae su causa. El Derecho, así visto, cobra vida en el mensaje de las grandes religiones. La Justicia, que ya no es sólo dar a cada uno lo suyo, como decían los griegos, o dar a cada uno su derecho, como decían los romanos, pues desde Cristo es Justicia dar sabiendo que no es suyo o renunciar sabiendo que se tiene derecho. Es un nuevo orden. Es el horizonte de las bienaventuranzas.

El autor —amigo mío— anuncia que este libro puede ser el último suyo, ya que su salud es precaria y su ánimo resulta «flaco» ante esas sus reflexiones sobre la miseria moral en que está cayendo la sociedad. Su carácter de humanista y hombre del Derecho le hace reaccionar frente a la crisis moral y religiosa de la sociedad y, por ello, considerar como columna vertebral de la misma al Derecho desde la perspectiva de las grandes religiones.

Iniciar una recensión con la belleza de las ideas expresadas por el prologuista y el autor, me pone en un serio aprieto, ya que mis contactos conceptuales del Derecho con la Religión solamente las remonto al mundo simbólico, mágico y hasta sacramental de la forma. La forma es Derecho, pero no religión: es rito, liturgia, solemnidad. NÚÑEZ LAGOS escribió a este respecto que «La religión santifica y legitima los primeros actos del hombre —matrimonio,

nacimiento—; el sacerdote define conductas y es en cierta medida juez y legislador. Nada tiene de extraño que las primitivas formas jurídicas remedeen el ceremonial religioso y que los hombres en sus actos y contratos impetren el auxilio de la divinidad para que bendiga a los contrayentes y castigue al desleal. La forma es fórmula mágica, rito, tabú, conjuro y sortilegio, palabras misteriosas y exactas en los lindes de la hechicería. El formalismo jurídico tiene contactos conceptuales con el rito y la liturgia...»

De ahí que, después de esta cita que podría prolongar, pues NÚÑEZ LAGOS es pródigo en expresiones bellas sobre la forma, nada o casi nada pueda añadir, ya que para mí el mundo de la forma, el mundo mágico de la forma, ha sido sustituido en los tiempos modernos por el mundo efectivo de la publicidad. La publicidad produce efectos y seguridades, mientras que la forma se convierte en «medio» para su logro.

Después de leer el libro, que para mí es una asombrosa aportación de conocimientos, considero que su autor ha llegado a ese punto crucial de madurez que ORTEGA definía o precisaba como la de aquellas personas que «están viendo la espalda a las cosas» y no por estar de vuelta, sino por ver cómo huyen. Son momentos de reflexión, son momentos serios que exigen meditación y que están pidiendo con urgencia su exteriorización. Esta es la forma en que entiendo la razón por la que su autor, con un gran bagaje de conocimientos, nos ofrece esta publicación. Mi forma reverencial de recibirla, por mi prolongada estancia en el país vecino, es a través de una expresión que por allí arriba se utiliza mucho: ¡Hay que quitarse la boina!

Ya hay que entrar de mano del autor en el mundo de las religiones —de las grandes religiones— y para ello dividir el sumario agrupando materias para ofrecer «genéricamente» lo que el autor hace minuciosamente y así llegar en una primera fase desde la prehistoria a Zaratrusta, en un segundo momento detenernos en Grecia y en Roma, para luego pasar al Islám y a la religión hebraica y terminar cuando llega Jesucristo. Es una licencia que me tomo frente a la exposición del autor, pero yo sé que él aprecia mi buena voluntad y comprende mi desconocimiento.

Convendría, antes de afrontar estas partes, delimitar el propósito que sirve de lazarillo al autor. Nos dice —siguiendo a MAZZINI— que «Cualquiera que sea el sistema civil al que os afiliéis estad seguros de que, sin Dios, no hallaréis otra cosa más que la fuerza ciega, bruta y tiránica». Es decir, el anti-Derecho. Al hablar de las «grandes religiones» el autor se refiere no sólo a las que han logrado un desarrollo dogmático, ideológico y moral (budismo y religiones «de libro» como la hebraica, la cristiana y musulmana), sino a las que proceden del culto a los muertos, de la prehistoria y de los pueblos primitivos. En todas hay relación religión-derecho, ya que abarcan prácticamente la humanidad entera.

## PRIMERA PARTE

Al abordar el tema de la etapa prehistórica destaca el autor la «sorpresa de la muerte» y los rituales funerarios de raíz religiosa que implican una «ordenación» y una jerarquía dentro de cada colectivo humano. La vivencia de la muerte ajena, como envés de la vida, raíz de la religión —dice el autor— se nos presenta como primera fuente del Derecho, por lo menos en cuanto norma ritual de aquellas creencias primigenias. Otra raíz religiosa al lado de la fune-

raria, pero probablemente posterior por exigir más observación y más raciocinio, es la astrológica y la de los ciclos vitales de la Tierra. De otra parte, los usos y costumbres familiares, aunque anclados en la religión natural, forman también un derecho. el derecho de la familia, inescindible de aquel origen religioso. Desde la prehistoria al primitivismo, esa grande y misteriosa religión natural que acompaña al hombre desde su origen nos conduce también hasta el Derecho.

Espectacular es el capítulo que el autor titula «De la mano del arte», donde nos habla del «sello de Babilonia o cilindro de la tentación» y de la «estela» del rey babilónico HAMMURABI, conocido como el más antiguo código en la literatura jurídica, en el que existe una innegable conexión entre la Divinidad, fuente del Derecho, y la realeza, en cuanto instrumento para establecer y realizar la Justicia

Con más citas de tablillas, kudurrus, etc., se llega a la figura del faraón y el autor dice que en Egipto se identifica la religión con el derecho, pues el faraón es, en su soberanía incontestada, fuente única del mismo. Todo ello se completa con la figura de OSIRIS y el «Libro de los muertos». En la «densa sombra del caos» aparece la India y la invasión de los arios, pero en tal sistema el molde religioso ha sido la causa de un derecho corrompido y de una injusticia permanente.

Sigue el autor su exposición, ofreciéndonos la figura de BUDA, restaurador de lo humano, pero sin que el budismo haya dejado huellas sobre el Derecho. Después de exponer lo que se denomina «siglos cruciales y encrucijada de idiomas» llega a la cuarta religión «de libro», el «taoismo», plasmado en el «Libro del camino recto» o *Tao-teh-King*, para llegar a CONFUCIO y la llamada «huella perdida» de ZARATRUSTA, donde están muy claras las líneas de subordinación que bajan desde Dios, por la ley moral, hasta el cumplimiento de las obligaciones de derecho.

## SEGUNDA PARTE

GRECIA, en la que el culto a «las piedras», el «culto a los árboles» y el «culto a los animales», no encuentra a Dios, pero juzga y condena a Sócrates. En su profundo y confuso politeísmo, Dios se les escapó a los griegos, pero con SÓCRATES encontraron un admirable ejemplo humano, un testigo, un mártir de la creencia en que el Derecho, no la simple y mera ley positiva, exige que la Justicia esté fundada en la razón humana y en la voluntad divina hacia el Bien.

ROMA es testimonio de la íntima relación entre religión y derecho. El autor nos dice —después de una evolución preciosa— que hasta en las épocas de mayor decadencia y corrupción, los juristas romanos conservan, como doctrina válida y permanente, el recuerdo de tan íntima relación entre la religión y el Derecho, que sin ella no se comprende la tan recordada definición que de la jurisprudencia hace el gran jurista ULPIANO: «el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto».

## TERCERA PARTE

Bajo la idea de la «confusión de la religión con el derecho» que da título al capítulo destinado a examinar el Islam, el autor, en su extenso estudio, va

ofreciéndonos la promoción cultural del Islam, la figura de MAHOMA y su impronta personal, así como su obra *El Corán*, para luego abordar la dogmática y el Derecho en el Corán. No es posible seguir paso a paso al autor en la brevedad de una reseña y, por ello, me conformo con apuntar su idea esencial. El islamismo ofrece una primera y estrecha relación entre la religión y el derecho a través del poder político, en el que se igualan la facultad de mantener el culto y dirigir las plegarias, con la potestad de hacer las leyes y aplicarlas de conformidad con lo que ha establecido ALA, el dios único, en el Corán, su «libro religioso».

El estudio que el autor dedica a los hebreos y su religión inevitablemente está protagonizado por Abraham y Moisés y el Antiguo Testamento de la Biblia, sobre cuya redacción da pautas y sienta afirmaciones. El estudio comprende una parte dedicada a los libros históricos, el profetismo, la libertad y el derecho y los libros sapienciales y el problema del mal. En todo ello se pone de manifiesto la relación con el Derecho que cobra una dimensión de trascendencia. El autor concluye diciendo que esta palingenesis, constante y variada, de religión y justicia, ha llegado a ser, desbordando su origen hebraico, un legado común de la Humanidad.

#### CUARTA PARTE

Bajo el título de *Jesucristo* llega, se escribe el último capítulo de esta singular obra. Y es claro que aquí también cabría entrar en el amplio contenido del comentario en el que se contempla a Jesucristo en la historia, la libertad y el Derecho en Cristo, Cristo profetizado, el mensaje de Jesús, base de justicia social, etc. El autor pone como colofón a este estudio las siguientes palabras: «Por eso el cristianismo, con todos los errores que le son atribuibles a lo largo de los dos mil años de historia, sigue siendo el testimonio de la estrecha relación existente entre Religión y Derecho».

Y aquí hay que hacer punto final. Me hubiera gustado haber profundizado más en el estudio, pues su contenido ofrece singulares observaciones y conocimientos dignos de un mayor comentario. Era preciso un artículo y no una reseña. En pie queda la cosa.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

VÁZQUEZ BOTE, E.. «Derecho Inmobiliario Registral», Tomos XIV y XV de la obra *Tratado teórico, práctico y crítico de Derecho privado puertorriqueño*, San Juan de Puerto Rico, 1992.

Hace muy poco han llegado a mis manos los dos tomos que se ocupan de la materia hipotecaria dentro de la monumental obra que VÁZQUEZ BOTE escribe sobre DERECHO PRIVADO. Difícilmente puedo señalar el momento en que telefónicamente el autor me anuncia el envío, pero fue hace mucho tiempo. Creo que tanto como tardó MAGALLANES en dar su vuelta al mundo, cosa que ignoro en estos momentos, aunque todos los años puntualmente veo el monumento que la ciudad de Guetaria le dedica con su famosa inscripción *primum circumdediti mei*. Es la prueba del «txakolí», más que la lectura de la inscripción, lo que me obliga a acudir a la cita. Pues bien, si Magallanes cumplió esa

hazaña, el segundo que ha dado la vuelta al mundo en el mismo tiempo son estos dos tomos sobre Derecho Hipotecario que hoy traigo a recensión.

Debo recordar que entre los años 1973-75 a estas páginas traje la recensión de una obra semejante a ésta, no de tantos volúmenes, pero sí sobre el mismo tema, constituyendo tomo y volumen aparte, lo que el autor denominaba «Elementos de Derecho Hipotecario puertorriqueño». Hago la cita como recuerdo nostálgico, pues lo que aquí se pretende no es destacar las diferencias que la nueva obra tiene con la anterior, sino el contenido de la misma en cuanto refleja la legalidad vigente. De la famosa Ley Hipotecaria para Ultramar, que es un trasunto de la Ley Hipotecaria de 1861, hasta la vigente de 8 de agosto de 1979, hay un cuadro importante de novedades que, en el fondo, motivan la publicación. Aparte de ello, creo que es importante detenerse con el autor en el sistema norteamericano que él ha estudiado muy a fondo en diversas publicaciones y artículos.

No creo que sea necesario presentar a VÁZQUEZ BOTE, pues los lectores de la revista conocen todos sus trabajos en ella publicados, los asistentes a los Congresos Internacionales también saben de sus aportaciones a la materia registral y los que fueron sus condiscípulos y alumnos en la Universidad de Madrid, saben perfectamente de su persona y conocimientos. Amigo mío hace tiempo, debo reconocer sus múltiples deferencias hacia mí y sus constantes llamadas para viajar a Puerto Rico. Es un estudioso del Derecho Hipotecario, es hombre minucioso, constante y trabajador infatigable. En su delgadez, casi quijotesca, no sé de dónde saca fuerzas para llevar a puerto, Puerto Rico en este caso, una obra tan monumental de la que estos dos tomos son una muestra: son gigantes y no molinos.

Para proceder a la recensión creo necesario dividir el contenido en los dos volúmenes que constituyen la parte hipotecaria y, dentro de cada uno, ajustarnos lo más posible al cuestionario que le sirve de base y que no difiere mucho de los tradicionales utilizados por los hipotecaristas actuales, con ligeras y honrosas excepciones. En este punto todo depende de la *finalidad* que el autor busque en la exposición que puede ser didáctica, ajustada a un previo cuestionario, sometida a los trámites del procedimiento de inscripción, especulativa en cuanto a los efectos que de la inscripción se derivan, circunscrita al comentario de artículos, etc. Es curioso cómo al estar impartiendo clases en los «master» jurídicos se presenta el problema de cómo debes explicar esta materia a la que el licenciado en Derecho mira con recelo, le suena a «música celestial» y tarda en descubrir su necesidad. Yo, en esto, me uno a J. ESSER y les expongo los tres momentos de la ciencia jurídica: el descubrimiento de problemas que lleva consigo detectar que el sistema de la forma debe ser sustituido por el imperio de la publicidad; la creación de un sistema donde la forma es el medio para lograr a través del Registro la publicidad deseada y la configuración dogmática de los principios que sustentan la institución así creada... Y parece que está dando buenos resultados.

El autor es más tradicional o quizá más nostálgico de aquellos esquemas que se le ofrecían cuando fue opositor y que ahora parecen reflejarse en el método que emplea para brindarnos el contenido del Derecho Hipotecario de Puerto Rico. El llama —en esa línea progresista— Derecho registral a lo que yo todavía no acepto, pues las diferentes clases de Registros no permiten un tratamiento unitario. La Ley sigue llamándose Hipotecaria, más de su mitad está destinada a la regulación de la hipoteca..., y al pan —aquí— le seguimos llamando pan y no «pen», y al queso no se nos ocurre decirle «fromage».

## TOMO I

Fundamentalmente podemos distinguir estas partes: la esencia del Derecho Inmobiliario, los sistemas que explican la fuerza de la publicidad y logran la seguridad jurídica, la postura norteamericana, los antecedentes del sistema puertorriqueño y su legislación vigente.

## A ESENCIA DEL DERECHO INMOBILIARIO

En esta parte el autor aborda los conceptos «básicos» o «pilares» que dan fuerza a la institución que logra la finalidad de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliaria a través de una publicidad «efecto» y no «noticia». De esta forma explica las posibles «acepciones» del Derecho Registral, los caracteres que le encuadran en los marcos jurídicos, el contenido y las relaciones que el mismo tiene con otras materias. Es una exposición clásica, sin rebeliones frente a los criterios tradicionales, lo cual, al ser conservador, no desdice de su enfoque de futuro.

Acepta esa tremenda desviación de ROCA SASTRE al pretender que la Legislación Hipotecaria española tiene tres acepciones de lo que debemos entender por Registro de la Propiedad: el Registro como oficina, como conjunto de libros y como institución. Es como si para definir lo que es un juzgado deberíamos acudir a los legajos que componen su archivo, al local donde están situados las oficinas, al personal que lo compone y a los trabajos que allí se realizan. A lo más que puede llegarse es a decir que la institución del Registro se sirve de unos medios materiales para cumplir su finalidad.

En materia de fines precisa la distinción de dos momentos: aquél en que se aprueba la Ley, en el que se pretende consolidar el *acceso* a la propiedad, y aquel otro en que, consolidada la misma, se intenta *robustecer* el crédito territorial. Fines estos que vienen a ser los mismos que la legislación de Puerto Rico y que manteniendo un carácter político se complementan con los de la publicidad, información, tutelar el crédito hipotecario, garantizar la seguridad jurídica, etc. Especialmente se estudia la publicidad y su importancia a través de los tiempos y en la actual legislación. El momento presente, para el autor, es que junto a la realidad innegable del Registro de la Propiedad español, se ha producido un retroceso metodológico en su entendimiento y llevanza, al mismo tiempo que se arropa todo el sistema con el seguro de títulos anglosajón-norteamericano.

## B. SISTEMAS DE ORDENACIÓN DE LA PROPIEDAD INMUEBLE

Ajustándose a los cánones tradicionales y admitiendo la idea de que la diversidad de sistemas supone una diferente forma de organización del tráfico inmobiliario, explica las líneas básicas del sistema francés, el alemán, australiano, el suizo y hace referencia a otros que han tenido influencia en los momentos actuales, como el italiano, el portugués, el belga, el austriaco, el venezolano, japonés y egipcio.

## C. EL SISTEMA DE AMÉRICA DEL NORTE

Divide la materia distinguiendo de una parte el sistema de transmisión inmobiliaria y el seguro de títulos, pues ambos se complementan.

a) *Sistema de transmisión inmobiliaria*

El tema para el autor es uno de sus preferidos o, por lo menos, el que con más profundidad ha estudiado y nos ha ofrecido su esencia a los «legos» en la materia. Por ello parte de la advertencia de que solamente ONCE de los Estados americanos tienen una especie de Registro y en el resto sólo existe una especie de «archivo inmobiliario». Igualmente distingue en la transmisión dos aspectos sistemáticamente diversos y sucesivos: *el acuerdo causal* (asimilable al precontrato o a una minuta) y *el acto unilateral de transferencia*, incluyendo entre ambos como presupuestos intermedios de trámite las condiciones de eficacia y el cierre (*closing*) del convenio.

Ello le lleva al examen de los presupuestos de validez (capacidad, identidad y legitimación) y elementos esenciales (forma, contenido y causa), para luego destacar los presupuestos intermedios entre el acuerdo causal y el acto unilateral de entrega o transferencia, como pueden ser entre los primeros la exigencia de que el título «tenga mercado» y el «cierre del negocio» y dentro de los segundos el «*warranty*», «*legal warranty deed*», «*quitclaim deed*». Termina con el examen de los presupuestos de validez para el acto de transferencia, así como la entrega del *deed* (*delivery*).

A las dificultades que encierra la traducción comprensiva de la esencia de las figuras, se añade por el autor los defectos del sistema, derivados de la eficacia traslativa de la «*delivery*», de la duplicidad contractual, del carácter causal del negocio de transferencia, de la falta de intervención notarial técnico-jurídica y del propio sistema jurídico. Claro que, junto a ella, el autor nos brinda las posibles soluciones aplicadas para reducir los inconvenientes del sistema.

b) *El seguro de títulos*

El sistema traslativo americano es sumamente oneroso, poco ajustable a una sociedad moderna y altamente industrializada, así como en ningún caso contempla el interés específico del adquirente, todo ello ha exigido un nuevo método al que ha recurrido la sociedad norteamericana: el seguro de títulos. Es un contrato aleatorio por cuya virtud una de las partes, asegurador, garantiza a la otra, asegurado, los riesgos inherentes a una posible privación de un bien inmueble o reducción de su contenido económico, adquirido conforme a la ley o al *common law*, a cambio de una prima correspondiente.

Merece la pena ir profundizando, como hace el autor, en la esencia, caracteres y efectos de esta figura, pero nosotros sólo podemos apuntar aquí sus posibles modalidades: el contrato de seguro con póliza de propietario y el contrato de seguro con póliza de garantía de préstamo. Por último, el autor, en una especie de reflexión final, hace un examen comparativo de ventajas y defectos entre el sistema americano y el de Puerto Rico, ofreciendo el primero una incompleta seguridad, mientras que el segundo una tranquilidad sustan-

tiva y procesal, siendo sus tres ventajas: la seguridad en la transacción, la rapidez en el trámite y la economía de costos

#### D EL SISTEMA DE PUERTO RICO Y SU LEGISLACIÓN VIGENTE

Para llegar a la legislación vigente en Puerto Rico —en alguno de sus preceptos opinamos personalmente en visita especial— el autor va ensamblando el sistema genuino con las influencias americanas, así como las raíces hispanas de la legislación que ha regido hasta el momento presente

La Ley vigente es de 8 de agosto de 1979, y en este primer tomo de la obra se limita el autor a ofrecernos unas consideraciones de carácter general, la precisión de los principios en que se apoya, la estructura de la Ley y el juicio crítico que le merece

#### TOMO II

Este Tomo II, que parte del concepto de los principios hipotecarios elaborados por don JERÓNIMO GONZÁLEZ, está destinado a su exposición y desarrollo en el nuevo texto, así como al estudio de otros elementos que intervienen en la realización del mecanismo registral. Por ello, y con una especie de brevedad sintética, podemos hacer aquí dos apartados:

##### A. PRINCIPIOS HIPOTECARIOS

Arranca el autor con el estudio del principio de inscripción y su valoración en orden a la creación y eficacia del derecho real, tocando los temas de la inscripción declarativa, constitutiva y obligatoria, así como la teoría del título y el modo. En el principio de publicidad —que es el que sigue a la inscripción— se examina el aspecto de la legitimación, la fe pública registral, los requisitos que debe reunir el tercero para ser protegido y la precisión del concepto.

No agota el examen con los puntos citados, pues señala las *excepciones* y las *suspensivas* del principio de publicidad, así como la materialización de la publicidad en sus dos manifestaciones formales: las certificaciones y las manifestaciones de los asientos.

Tema especial permite al autor estudiar el problema de la posesión y el Registro, así como el fenómeno de la prescripción. La rogación y la forma y personas que pueden ejercitarla, así como el principio del consentimiento, son objeto de un especial estudio, destacando en este último algunas de las manifestaciones recogidas del consentimiento formal.

El principio de prioridad acepta la incomprensible solución argentina de la *reserva de prioridad*, que tal y como está concebida no hace más que proteger a un «derecho no nacido», frente a otro que «habiendo nacido» no puede tener acceso al Registro. Permite un claro fraude entre vendedor y comprador frente a un posible titular de un embargo. Creo que todo esto quedó bien claro en uno de los Congresos Internacionales y ha sido rechazado por el sistema español en una de sus últimas reformas.

Tres últimos principios son expuestos en su correspondiente dimensión y

requisitos: la calificación registral, la especialidad y el principio de tracto sucesivo.

#### B. OTROS ELEMENTOS DE LA REGISTRACIÓN

El recorrido de todo ello es «familiar», pues los temas se concretan en los títulos inscribibles, los derechos objeto de inscripción, el titular y el Registro, las condiciones y acciones en su juego publicitario, los asientos del Registro (presentación, inscripción, cancelación, notas y anotaciones preventivas).

El lector sabrá comprender que descender al examen de cada uno de los puntos señalados haría interminable esta referencia. Hay materia para que en uno o varios artículos de la revista penetremos en varios de los puntos claves de esta legislación y hacer una comparación valorativa de los posibles avances que una legislación reciente puede ofrecer, aunque me temo que no es así.

La obra, como no podía esperarse menos de un investigador del Derecho, lleva en cada capítulo un conjunto de notas, unos índices temático y de jurisprudencia y unos apéndices legislativos. Obra bien presentada, perfectamente sistematizada y muy asequible al estudio y la lectura. Prometo volver sobre ella por si algún día «hay que regresar» a Puerto Rico.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

VELARDOCCHIO-FLORES, DOMINIQUE: *Les accords extra-estatutaires entre associés*, Presses Universitaires d'Aix en Marseille, 1993.

En el diseño de la LSA y del Reglamento del Registro Mercantil se prescindió de las orientaciones de modistos tipo Bocchini que asignaban al Registro amplias funciones informativas extra-jurídicas y mecanismos susceptibles de facilitarlas con rapidez y extensión, dada su acogida a los más novedosos procedimientos y la práctica integración en un solo organismo para todo el Estado.

Se siguieron los encorsetados trazos hipotecarios, cuya lentitud y carestía no quedan siempre compensadas con la seguridad que anuncian, y además se instauraron órganos inapelables, como son auditores, que al vivir exclusivamente sobre documentación permiten perfectamente la doble contabilidad o la de *expertos*, denominación que poco tiene de científica, que dictaminan sobre valores de apreciación más subjetiva y circunstancial que objetiva.

En el adelantado proyecto de Ley sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada, aunque más flexible, se recogen algunas de aquellas deficiencias que hacen recordar la expresión de don Jerónimo: organismos que todo lo engullen y nada expulsan. Por ello tiene un cierto interés el examen de la obra epigrafiada que, de hecho, constituye una revisión de la legislación francesa de 1966 que la práctica, acompañada por doctrina y jurisprudencia, han rectificado con las divisas de libertad, flexibilidad y contractualización, plasmadas en protocolos previos, preámbulos estatutarios, acuerdos de colaboración, convenciones de voto, etc., traducidas en las denominadas *clause omelette*, *clause roulette russe*, *clause texane*, susceptibles de surtir efecto en todo momento (*sudden death*) o sólo pasado cierto periodo (*honey moon*). Aparte queda el proyecto de ley de sociedad por acciones simplificada que, con otros comple-

mentos interesantes, se reproduce en los apéndices de la obra cuya autora forma parte del profesorado del *Institut de Droit des Affaires d'Aix en Provence*.

Después de examinar el discutiblemente acertado tránsito de contrato a institución, efectuado por la dogmática y recogido por la legislación, en especial al aceptar las sociedades unipersonales, señala las numerosas sociedades todavía contractuales como la de participación, los Sindicatos de banqueros, los *pools* de inversión y aun las no registradas, carentes de personalidad, y anota las tendencias actuales de estatutos breves, complementados con abundantes acuerdos extraestatutarios que no sólo facilitan y encauzan su funcionamiento, sino que les dan mayor fortaleza, recordando a Thaller: derecho comercial es derecho de los fuertes.

La obra es un detalle casi exhaustivo de los referidos acuerdos: sobre la estructura, con referencia a la *affectio societatis* que han pasado a simple voluntad de colaboración desde una perspectiva interesada y a las *holdings*, que tantas posibilidades admiten, sobre los derechos sociales, políticos, económicos o de información, sobre la transmisión de derechos sociales y aún acuerdos particulares concretados, en ocasiones en reglamentos interiores, tan desarrollados en Asociaciones, Fundaciones y Agrupaciones Económicas.

Con las limitaciones impuestas por Ley y Estatutos, tales acuerdos están regidos por el Código Civil y tienen carácter meramente personal. Hay que examinar cada caso concreto para determinar su validez y eficacia, dada la complejidad y variedad de acuerdos; hay que concretar lo que sean los protocolos, que parecen ser simples preliminares; hay que tener muy en cuenta los casos en que es admisible la unanimidad exclusivamente para la modificación de la situación objetiva creada y se recuerda algún supuesto en que la Ley exige su publicación.

Los temas que abarca el estudio son muy amplios. las clasificaciones de VIANDIER y CAUSSAIN sobre el protocolo meta-estatutario, previo a la constitución y el reglamento interior, infra-estatutario; la insuficiente información que facilitan los registros, que deberían ser accesibles por medios telemáticos o informáticos, la falta de atención a la ingeniería jurídico-financiera para la obtención de fondos; la difícil armonización de sistemas jurídicos en momentos en que las sociedades pasan a ser europeas o mundiales; los diferentes criterios sobre los *Trusts*, no admitidos en Francia, y las sociedades por acciones simplificadas, con amplia vocación a la libertad contractual, aunque no pueden apelar al ahorro públicamente, etc.

Creados por la práctica, con el silencio de la Ley, los contratos extraestatutarios pasan a constituir las modalidades de expresión natural de relaciones jurídicas en las que el individuo se halla en el corazón de las relaciones sociales.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

IGLESIAS PRADA, JUAN LUIS: *La protección jurídica de los descubrimientos genéticos y el Proyecto Genoma Humano*, Editorial Cívitas, Madrid, 1995, 173 págs.

El estudio de la genética, y singularmente las aplicaciones prácticas que de dicho estudio pueden derivarse, constituye probablemente la mayor revolución de la humanidad. Asusta pensar las consecuencias a que puede llegarse. Quizá

HUSLEY no exageró en su conocida obra *Un mundo feliz*. Los avances son constantes, y no pasa un día sin que aparezcan noticias sobre el descubrimiento de algún nuevo gen.

El mundo del Derecho no puede ser ajeno a esta revolución. El intento de encauzar jurídicamente todo este campo supone un verdadero reto para los juristas. Las viejas fórmulas (algunas no tan viejas) no parece puedan solucionar los problemas que se van planteando. Si las normas jurídicas siempre han de tener un fundamento moral o ético, en este campo con mucha mayor importancia. No se olvide que estamos ante la propia vida humana. Se experimenta con embriones, se alteran genéticamente especies animales (¿se tardará mucho en realizarse con humanos?), introduciendo alteraciones genéticas que se transmiten a los descendientes, etc.

La obra que ahora comento aborda uno de los aspectos claves desde la óptica jurídica en relación a estos descubrimientos, como es la búsqueda de una fórmula adecuada para su protección jurídica, y muy especialmente su patentabilidad. Pero no sólo estudia los aspectos jurídicos, sino que, como no podía ser de otra forma, dado el tema que aborda (y la personalidad del autor), se adentra en los aspectos éticos de la cuestión, y la necesaria protección de la dignidad humana que ha de presidir cualquier solución.

La evolución jurídica en este campo es permanente. Así, por ejemplo, pocos días después de publicarse este libro, el Parlamento Europeo ha vetado la Directiva sobre Protección Legal de Invenciones Tecnológicas, que pretendía autorizar patentes sobre materias genéticas humanas y animales, cuyo proyecto es analizado en profundidad en la obra.

La obra consta de cinco capítulos y un apéndice con diversos textos legales. El primer capítulo es una pequeña introducción en la que el autor pone de relieve cómo en la actualidad se está produciendo un proceso de adaptación del Derecho de patentes clásico en relación con las invenciones biotecnológicas, y en concreto con las invenciones en materia genética, de forma análoga a como en su día un Derecho de patentes que se basaba en invenciones de la física hubo de adaptarse a las características de las invenciones químicas.

El capítulo segundo contiene unas consideraciones básicas aplicables a las invenciones biotecnológicas, partiendo del principio de que la protección jurídica de estas invenciones no requiere la creación de un derecho específico que sustituya al Derecho de patentes, si bien éste ha de adaptarse o complementarse en determinados puntos. No existe en nuestro Derecho ninguna prohibición expresa que impida la patentabilidad de la materia viva como tal (pág. 24). Ya en esta parte de la obra el autor plantea una cuestión trascendental: La conveniencia de promulgar normas específicas que regulen los aspectos éticos, cuyo contenido debería ser imperativo, sin posibilidad de interpretación restrictiva o abrogatoria por la Oficina de Patentes. Resalta, igualmente, cómo la cuestión ética no ha de resolverse de manera diferente, según exista o no protección por patente. La investigación científica tiene necesariamente que estar subordinada a los fines del hombre.

Termina esta parte con una exposición del sistema de trabajo de toda la obra, dada la complejidad de la materia. Así, debe estudiarse en primer lugar, la patentabilidad de material biológico en estadio de microorganismo (de origen animal o vegetal), para posteriormente abordar su problemática en relación a las invenciones sobre animales transgénicos o manipulados genéticamente y, finalmente, analizar la última fase, como es la que afecta a las

invenciones relativas al ser humano, donde el juicio de patentabilidad recae casi con exclusividad en el factor ético.

El capítulo tercero estudia las *Prohibiciones legales de patentabilidad*, analizando los problemas que encuentran las invenciones biotecnológicas (tanto las de ingeniería genética como las llevadas a cabo por métodos tradicionales) para cumplir las exigencias de patentabilidad. Pero a pesar de esas dificultades las invenciones en este campo acceden de hecho a los Registros de Patentes, destacando la tendencia aperturista de la Oficina Europea de Patentes. Para demostrar esta aseveración se analizan diversas Decisiones de esta oficina, destacando, sin duda, la Decisión Onco-Ratón/Harvard de 3 de octubre de 1990, que incide de modo indirecto en el problema de la patentabilidad de las invenciones que afectan a la materia viva humana. Termina el capítulo analizando el proceso de formación de la Propuesta Modificada de Directiva CEE, relativa a la Protección Jurídica de las Invenciones Biotecnológicas, y las cuestiones suscitadas en el proceso de elaboración. Como antes apunto, dicha Directiva ha sido vetada recientemente por el Parlamento Europeo.

*La protección de los animales transgénicos* se aborda en el capítulo cuarto de la obra. Animal transgénico es aquel en el que se ha introducido un gen ajeno, que se desea expresar en su genoma y que se transmite a sus descendientes. Surge aquí, ya con fuerza, el orden público como límite a la patentabilidad. La concesión de patentes se ha venido dificultando en este campo por dos problemas fundamentales, ambos de orden ético, como son la protección del medio ambiente contra la difusión incontrolada de animales portadores de tumores, y el sufrimiento causado a los animales. El autor llega a una conclusión clara (pág. 63): En el ámbito de la legislación interna la patente debe ser posible siempre que sea lícito causar la agresión al animal, es decir, si la legislación del Estado permite la experimentación genética con animales, también ha de ser posible en este ámbito la patente genética. Entiende, por tanto, que la concesión de patentes relativas a animales transgénicos no debería hallar obstáculos en los principios sobre los que se asienta el orden jurídico de la sociedad moderna.

La cuestión cambia cuando se trata de patentes que puedan afectar al ser humano. Con ello el autor entra en el capítulo quinto que aborda directamente *La protección de los descubrimientos genéticos sobre el ser humano*, que sin duda constituye la parte más apasionante de la obra. Comienza con unas consideraciones generales sobre el Proyecto Genoma Humano, dirigido en esencia a la descodificación de las secuencias parciales de ADN complementario. Plantea desde un punto de vista jurídico graves problemas (libertad conatural del ser humano, derecho a la intimidad, etc.), si bien el autor aclara que su estudio se limita al análisis de la patentabilidad de los descubrimientos relativos a la identificación de las secuencias de los genes y de la posterior aplicación de estos descubrimientos.

En la actualidad son pocos los casos en que se ha llegado a conocer la aplicación que puede darse a los genes, lo que dificulta la patentabilidad, al requerir el otorgamiento de una patente la existencia de un hallazgo técnico susceptible de aplicación efectiva. De ahí que no sea fácil con las normas actuales conseguir la protección mediante patente de la identificación de genes sin función conocida. No obstante, el autor pone de relieve cómo ciertos grupos de presión patrocinan la posibilidad de patentar genes aun sin haber descubierto la función que desempeñan. No debe olvidarse, añade, que la no admisión de la patente puede ocasionar a la Humanidad el doble perjuicio de

frenar la investigación y propiciar la ocultación de los resultados a la comunidad científica.

Las actividades de descubrir y describir las secuencias de ADN humano son descubrimientos científicos, y por tanto no susceptibles de protección por vía de patente de producto. No obstante, el autor aclara cómo cuando la sustancia o producto natural puede ser aislado de su entorno por un procedimiento particular desarrollado para su obtención, ha de entenderse que no nos hallamos ante un simple descubrimiento, y por lo tanto es posible la patente de producto o de procedimiento, según la sustancia ya hubiese sido aislada o fuese la primera vez que se aísla (pág. 71). Así ocurrió, por ejemplo, con las patentes de microorganismos y de productos químicos, respecto de los cuales los tribunales y oficinas de patentes llegaron a la solución de conceder la patente siempre que se haya determinado la función del objeto patentado, es decir, cuando tenga una aplicación práctica.

El autor analiza, seguidamente, no sólo si estos principios serían aplicables al material genético, sino también, si en las invenciones genéticas concurren otros dos requisitos necesarios para obtener la patente, como son la novedad y la actividad inventiva, llegando a la conclusión de que estos dos últimos obstáculos pueden superarse, centrando el análisis en el requisito de la aplicación industrial. El problema sería que el conocimiento técnico adquirido no se ha materializado en una invención concreta. Parece pues que el descubrimiento como tal (la secuencia) no es patentable, ni tampoco debería serlo la invención que se deduzca de un modo evidente del estado de la técnica, pues faltaría el requisito de la actividad inventiva.

La obra se adentra a continuación en un tema fundamental como es la cuestión ética y el orden público como límite a la patentabilidad. Si bien el orden público es un serio obstáculo para la admisión de la patentabilidad de la materia viva, lo cierto es que, como reconoce el autor, su noción ha de abordarse con extrema cautela, valorándose tanto desde el punto de vista del Derecho Interno como del Derecho Internacional. El profesor IGLESIAS estudia el concepto del orden público, tanto en el Convenio de Munich, sobre la patente europea, como en la Constitución española. En relación a nuestro texto constitucional, el autor parte de la consideración del orden público como el conjunto de valores reconocidos socialmente que no deben ser transgredidos y que lo serían cuando se concediera una determinada patente. No resulta fácil, sin embargo, identificar el conjunto de valores asumidos por nuestra Constitución. El autor considera básico a este respecto el artículo 10-2 de nuestra Ley Fundamental, singularmente su referencia a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los Tratados y Convenios internacionales como criterios de interpretación de los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce.

Por ello el orden público constitucional en el campo específico de la ingeniería genética sobre el hombre se halla indisolublemente ligado a la dignidad humana, y no debe olvidarse el riesgo de algunas iniciativas que podrían considerarse atentatorias a este principio (pág. 92). La cuestión reside entonces en determinar los límites y contenido de la dignidad humana en su aplicación a las invenciones genéticas. Entiende el autor que debe excluirse la patentabilidad de aquellas intervenciones en la línea germinal humana que puedan suponer la creación de seres humanos cuyo libre desarrollo esté limitado de antemano, así como las intervenciones en la línea somática que supongan una autolesión o restrinjan para el propio sujeto su

libre desarrollo, aunque sean consentidas por los propios individuos, mayores de edad.

Se plantea el autor cuáles deben ser las fronteras de la investigación y la patente, preguntándose si incluso no late en nuestras Leyes de 28 de diciembre de 1988 (de donación de embriones y fetos humanos no viables) y de 22 de noviembre del mismo año (de técnicas de reproducción asistida), una cierta infravaloración del ser humano.

Rechaza que sean organismos administrativos especializados los que ponderen los aspectos relativos al orden público cuando se trata de patentes sobre materia viva, debiendo esta función confiarse más bien a la jurisdicción ordinaria.

Contiene la obra a continuación un extenso análisis del concepto de orden público en la Propuesta de Directiva, que establecía que no serían patentables ni el cuerpo humano o elementos del mismo como tales, ni los procedimientos de modificación de la identidad genética del cuerpo humano contrarios a la dignidad de la persona humana, si bien ambas exclusiones no resultan fáciles de delimitar. En relación a la segunda de las exclusiones, el autor analiza con detenimiento la patentabilidad o no, según las cuatro variantes que pueden presentarse, como son: Procedimientos germinales no terapéuticos (cuya patentabilidad debe rechazarse de plano), procedimientos somáticos no terapéuticos (que deben considerarse en principio patentables), procedimientos germinales terapéuticos (que hoy por hoy deben rechazarse, pues en el estado actual de la técnica se opera sobre embriones) y procedimientos somáticos terapéuticos (cuya patentabilidad en principio debe admitirse).

La obra aborda a continuación el estudio de otras posibles vías de protección de los descubrimientos genéticos sobre el ser humano, como podría ser a través del derecho de autor (que plantea serias reservas en su aplicación a las invenciones genéticas), o por vía de la competencia desleal (que para el autor, igualmente, suscita serias dudas sin que parezca de fácil fundamentación en el actual Derecho positivo).

La obra termina con una breve referencia sobre la Declaración de Bilbao (mayo de 1993) para propiciar una serena y ponderada reflexión sobre los problemas que plantea el Proyecto Genoma Humano.

Como Apéndice se incluyen los textos de la Directiva, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, en la versión adoptada por el Consejo de la Unión Europea en su Posición Común el día 7 de febrero de 1994, de la Exposición de Motivos del Consejo de la Unión Europea, relativo a las modificaciones introducidas en su Posición Común sobre la Directiva, y de las enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo.

Estamos en presencia de una obra densa y brillante, no sólo por la profundidad de su contenido jurídico (lo cual, conociendo al autor, estaba garantizado), sino también porque invita al lector a reflexionar sobre un tema apasionante (y yo diría que preocupante). Cuando la dignidad humana está en juego, las precauciones deben extremarse. Todos estamos obligados a reflexionar sobre ello. La lectura de una obra como la que comento nos ayuda a formar opinión jurídica, y, lo que probablemente sea aún más importante, a meditar sobre los aspectos éticos que ha de respetar cualquier disciplina.



PAU PEDRÓN, ANTONIO: *Curso de práctica registral*, Editorial Universidad Pontificia de Comillas (Madrid), 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1995, 326 págs.

Las segundas ediciones son, a veces, reimpresiones simplemente retocadas, y a veces, nuevos libros. En este segundo caso está el *Curso de práctica registral*, de Antonio Pau Pedrón, que apareció en 1986 y aparece ahora, casi diez años después, íntegramente reelaborado, y duplicado el número de sus páginas. Sólo la estructura se ha conservado con absoluta fidelidad: una introducción sobre la publicidad registral, y el estudio sucesivo de diversos Registros jurídicos siguiendo un mismo esquema: I. Concepto y régimen jurídico. II. Fundamento III. Organización. IV. Objeto V. Procedimiento. VI. Efectos. VII. Conocimiento.

Pero esa idéntica estructura tiene ahora distinto contenido. En primer lugar, porque la introducción sobre la publicidad es más extensa, y contiene referencias más detenidas a la doctrina que se ha ocupado de la materia. En segundo lugar, porque los Registros que se exponen no coinciden totalmente con los analizados en la versión anterior; como escribe el autor en el prólogo, «desde la anterior edición de esta obra —en 1986— se ha dado nueva regulación al Registro Mercantil, a los Registros de la Propiedad Intelectual e Industrial, al Registro de Cooperativas y, en gran parte, al Registro de Últimas Voluntades. Un Registro ha desaparecido —el de Sociedades— y dos han surgido —el Mercantil Central y el Contable de Valores Anotados—. El de Cooperativas ha pasado de tener un tinte administrativo a orientarse plenamente hacia la seguridad jurídica de los particulares. Todos los demás han recibido, en cuestiones de detalle, una regulación nueva y generalmente más eficaz».

Cabría preguntarse porqué se ha producido esa llamativa renovación del régimen jurídico de los Registros jurídicos. Y quizá haya que contestar, con el autor, que esa renovación responde a la preocupación del legislador por la seguridad preventiva, por evitar los litigios, a lo que contribuye decisivamente la institución registral. El legislador ha comprobado que los secretos menos litigiosos son los cubiertos por Registros jurídicos, y de ahí que tienda a extender el ámbito de éstos: en estos últimos años ha ordenado al Gobierno la creación de dos nuevos Registros, el de bienes muebles y el de fundaciones.

Importante novedad de esta edición es el estudio de determinados Registros que no ha sido objeto aún de análisis monográficos: el Registro Contable de Valores Anotados, el Registro Mercantil Central y el Registro de Cooperativas. En otros casos, el libro que reseñamos ofrece un estudio actualizado de instituciones que han sido objeto de reforma muy reciente: el Registro de la Propiedad Intelectual, el Registro de la Propiedad Industrial —*Oficina Española de Patentes y Marcas*— y el Registro de Últimas Voluntades.

El mayor número de páginas se dedica a los dos Registros que disponen de una regulación más detallada y una elaboración doctrinal más profunda: el Registro de la Propiedad y el Registro Mercantil. Buena parte del régimen estrictamente hipotecario sirve de régimen supletorio de otros Registros —como el de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento—, y en otros casos de fuente de inspiración: basta con leer el nuevo Reglamento del Registro de la Propiedad Intelectual para comprobar la filiación hipotecaria de muchas de sus normas.

Es indudable la originalidad de este libro, que cubre un hueco de la bibliografía española. Nadie hasta ahora había abordado un estudio paralelo, con idéntico sistema expositivo, de diversos Registros jurídicos. Este enfoque tiene

enorme interés: cotejando los capítulos paralelos —por ejemplo, los respectivos capítulos VI, *Eficacia*— pueden hacerse interesantes comparaciones, y extraer conclusiones provechosas.

Este libro ha surgido de una doble experiencia de su autor: la docencia ininterrumpida a lo largo de once años en la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad de Comillas (Madrid), y la llevanza —ésta interrumpida por el desempeño de diversos cargos públicos— de Registros de la Propiedad. El resultado es una obra concisa, *lúneal* —como dice el autor en el prólogo— y madura. Podría hacersele un único reproche: ¿porqué se alude en el título a la *práctica* registral cuando se trata de una obra teórica, de una aportación doctrinal muy elaborada? ¿Fidelidad al título de la primera edición? ¿Deseo de mantener el nombre de la materia que el autor imparte en las aulas? No creo que la justificación que da el propio autor sea suficiente: que la práctica es teoría aplicada, que la mejor práctica es una buena teoría, y que la práctica —entendida en sentido estricto— no se pueden enseñar, porque es sólo la combinación de una cierta aptitud natural con una teoría bien sabida. Es cierto, sin embargo, que la doctrina que se ofrece en este *Curso* es la más próxima a la práctica, la más utilizable en las relaciones con los Registros; «he prescindido de exponer las discusiones doctrinales, aunque las he tenido, naturalmente, en cuenta —escribe ANTONIO PAU—. Evoluciones históricas, naturalezas jurídicas y derechos extranjeros aparecen raramente; sólo cuando explican o resaltan algún aspecto de las instituciones o las normas de manera particularmente eficaz».

Si hay libros nuevos que se acogen con ilusión e interés, a veces sucede lo mismo con las nuevas ediciones de algunas obras ya conocidas. Cuando las nuevas ediciones aparecen íntegramente reelaboradas —como sucede con este *Curso de Práctica Registral*, de ANTONIO PAU—, y puede verse en ellas la evolución del pensamiento de su autor, el interés con el que se las acoge es máximo. Sólo esperamos que este libro, que tuvo tan buena acogida en su primera edición, y la tendrá sin duda, mayor, en esta segunda, siga reeditándose en el futuro, enriqueciéndose con la experiencia y la reflexión de su autor.

ENRIQUE MADERO JARABO

GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL: *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria*, Editorial Cívitas, Madrid, 1994. Un tomo de 386 págs.

El procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria ha llegado a ser el pan nuestro de cada día. Las circunstancias económicas actuales han hecho que los impagos de créditos asegurados con hipoteca sean más frecuentes de lo normal, pues al tercer día y al de enmedio tenemos en los despachos documentos judiciales de adjudicación por este medio. Bajo la fría apariencia de un documento más, encierran, sin embargo, un buen cúmulo de cuestiones, tanto para los interesados como para los abogados y funcionarios que en ellos han de intervenir.

El autor de este libro, nuestro buen amigo y compañero JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, Registrador de la Propiedad de Barcelona, no necesita presentación porque es uno de los más conocidos y prestigiosos tratadistas en la materia. Con este libro obtiene un acierto más en su numerosa bibliografía, estudiando ahora una cuestión de patente actualidad con su maestría habitual.

El procedimiento del artículo 131 se caracteriza por ser en el fondo una aplicación del principio de legitimación registral. El demandante sólo tiene que pedir que se haga efectiva la ejecución y el juez la pone en marcha tan sólo con que se le acredite que la hipoteca está inscrita y vigente y que el deudor no ha pagado. No hace falta otra prueba ni más alegaciones; basta con el contenido de la inscripción.

Las consecuencias del procedimiento son también registrales, en cuanto que se produce la inscripción de la adjudicación y se cancelan los derechos y cargas existentes sobre la finca hipotecada.

Estas características presuponen la necesidad de conceder al Registro un notable papel que se manifiesta en la calificación que garantiza la defensa de los afectados. Así lo hace la legislación y lo reconoce la jurisprudencia, tanto de los tribunales como la registral.

Con esta perspectiva ha compuesto JOSÉ MANUEL GARCÍA un completo estudio del procedimiento en este libro que habremos de tener a mano en adelante para consultar los problemas que se nos presenten.

Hay veces que la tendencia a la simplificación, originada por el cúmulo de trabajo y las prisas, dan lugar a que los documentos judiciales se redacten en términos escuetos que no siempre permiten poder calificar como es debido lo que por Ley es esencial para poder inscribirlos. Por eso el autor aquí hace un esfuerzo para señalar claramente cuáles son esos trámites esenciales que deben constar por ser garantía tanto de los afectados como de los terceros.

El libro comienza con el origen y precedentes de este procedimiento, cuya regulación no arranca de la primitiva Ley Hipotecaria de 1861, sino de su reforma de 1909, calcada de la Ley Hipotecaria de Ultramar. Luego ha sido objeto de retoques, el último de los cuales, por ahora, es el de la Ley 10/1992, de 30 de abril, que suprimió la sumisión de competencias, y que ha dejado al artículo 131 en sus términos actuales, de todos conocidos.

Han sido varias las teorías que han tratado de explicar la naturaleza jurídica de este procedimiento, empezando por la que lo incluyó entre los actos de jurisdicción voluntaria al no haber posibilidad de controversia entre acreedor y deudor dentro del procedimiento; otros creen que se trata de un proceso ejecutivo documental, ya que no hay contienda; otro grupo, entre ellos el procesalista GUASP, opinan que es un verdadero proceso de ejecución, por faltar en él una fase destinada a que el juez reciba y compare alegaciones contradictorias de las partes. La jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como la del Supremo, ha señalado que se trata de una vía de apremio. Y el autor completa esta gama de opiniones diciendo que no hay inconveniente en calificar este procedimiento como proceso de ejecución o vía de apremio, pero con la característica especial de tener una base estrictamente registral, de tal modo que lo que no está inscrito en el Registro no puede ejecutarse, ya que el procedimiento se basa en los principios de inscripción constitutiva de la hipoteca y de legitimación registral.

Por eso resalta el autor que la calificación registral es aquí fundamental, no sólo en el momento de la inscripción de la hipoteca, que servirá de base de la ulterior ejecución, sino también después, en el momento de calificar el auto de adjudicación el procedimiento, teniendo en cuenta los obstáculos del Registro, la competencia territorial, la congruencia, conforme al artículo 100 del Reglamento Hipotecario y, principalmente, las notificaciones a titulares registrales, las consignaciones y que no se ejecute la hipoteca por cantidades superiores a las reflejadas en la inscripción, ya que si fuera así no se justi-

ficaría esta vía de apremio basada en la inscripción registral y habría indefensión de terceros.

Después estudia los caracteres del procedimiento, destacando esa base registral, la ausencia de la fase de audiencia, la rogación, la aplicación del principio de la buena fe procesal y la imposibilidad de alterar sus trámites por convenio. Esa falta de trámite de audiencia ha hecho que se suscite el problema de la posible inconstitucionalidad del procedimiento ante el Tribunal Constitucional, el cual ha rechazado tales pretensiones en varias sentencias que el autor recoge y comenta.

Entrando ya en los trámites, estudia como requisitos previos la fijación del domicilio para notificaciones y el tipo para la subasta, que figuran en la inscripción de la hipoteca. Luego entra en la competencia del Juzgado tras la reforma de 1992, los sujetos o partes de este procedimiento, el contenido del escrito de demanda y los documentos que la acompañan. Atención especial merece la certificación registral de dominio y cargas de la regla 4.ª, con la nota marginal de su expedición que produce efectos decisivos respecto a terceros posteriores y analiza las imprescindibles y también decisivas notificaciones al tercer poseedor y acreedores posteriores de la regla 5.ª, ya que a ellas alcanza de modo especial la calificación del Registrador.

La fase de la subasta es la central y la de adjudicación es esencial en este procedimiento, por lo que han requerido la atención que el autor les concede, exponiendo todos los trámites de su desarrollo y su necesaria manifestación con detalle en la documentación judicial subsiguiente. Aquí el autor explica por qué y cuáles puntos concretos deben ser calificados en el auto de adjudicación y en el mandamiento cancelatorio, en cuanto que el Registrador, antes de practicar los asientos correspondientes, debe asegurarse de que no se produce indefensión a los terceros.

Las cuestiones que suscitan los créditos especialmente privilegiados a la hora de cancelar asientos, la distribución del sobrante de la subasta, la carga de los arrendamientos que subsisten y debieran desaparecer y el problema de la retroacción de la quiebra son puntos que el autor analiza cuidadosamente.

Después de lo resumido, ya podemos repetir lo que dijimos al principio y es que el libro es completísimo en cuanto recoge toda la legislación, jurisprudencia y doctrina sobre todas y cada una de las fases que componen este procedimiento ejecutivo especial.

Una vez más tenemos que agradecer a JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA su enorme contribución al estudio de las diversas cuestiones que integran el amplio campo del Derecho Registral. A la altura científica se une el interés práctico de este libro que pasa a ser, uno más del mismo autor, indispensable para nuestros despachos.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS  
Registrador de la Propiedad



# REVISTA DE REVISTAS



## REVISTA GENERAL DE DERECHO

### Número 607 (Abril 1995)

- «La responsabilidad del contratista por sus auxiliares. estudio jurisprudencial del artículo 1.596 del Código Civil en relación con la responsabilidad decenal», por ISABEL ZURITA MARTÍN, pág. 3161.
- «Aspectos procesales de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994», por CARLOS GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, pág. 3181
- «El derecho a la intimidad informática en el ordenamiento español», por CARLOS RUIZ MIGUEL, pág. 3207.
- «El nacimiento del juez reclutado por oposición: el artículo 94 de la Constitución de 1869 y la LOPJ de 1870», por MANUEL MARTÍNEZ SOSPEDRA, pág. 3309.
- «Derecho y Sida: Persona, responsabilidad y tutela», por JAIME VIDAL MARTÍNEZ, pág. 3601.
- «Sida y derecho al trabajo y a la educación», por JOSEFINA ALVENTOSA DEL RÍO, pág. 3611.

## REVISTA DE DERECHO PRIVADO

### (Junio 1995)

- «La multipropiedad y la Resolución de 4 de marzo de 1993», por JAVIER LETE ACHIRICA, págs. 523 a 537.
- «Los artículos 820.2.º, 887 y 891 del Código Civil: posible concurrencia e incompatibilidad», por MARGARITA ISABEL POVEDA BERNAL, págs. 538 a 562.

## ACTUALIDAD CIVIL

### Número 24 (1995)

- «Aproximación al derecho de visita», por MARTA SALANOVA VILLANUEVA, págs. 485 a 517.

### Número 25 (1995)

- «Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos», por MARÍA DEL CARMEN GÓMEZ LAPLAZA, págs. 519 a 544.

## Número 26 (1995)

«La Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU) de 1994: duración y renta de los contratos», por JUAN PEDRO YLLANES SUÁREZ y FEDERICO JIMÉNEZ BALLESTER, págs. 545 a 563.

## Número 27 (1995)

«Resumen de la doctrina de la Dirección General de los Registros sobre estado civil durante el año 1994», por JESÚS DÍEZ DEL CORRAL, págs. 565 a 597.

## REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

## Número 215 (Enero-Marzo 1995)

«Cuestiones en materia de electrónica y de documentación en los créditos documentarios», por ANDRÉS RECALDE CASTELLS, pág. 7.

«Competencia desleal a través de la publicidad comparativa», por EMILIO DÍAZ RUIZ, pág. 59.

«La introducción en España del Convenio de 1976 sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de derecho marítimo», por JUSTINO F. DUQUE DOMÍNGUEZ, pág. 177.

«La reforma del Derecho concursal alemán», por VICENTE GONZALO LÓPEZ, pág. 211.

«La libertad de empresa en la Constitución Económica Española. especial referencia al principio de la libre competencia», por GERARDO RUIZ-RICO RUIZ, pág. 223.

## REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANONICO

## Número 138 (Enero-Junio 1995)

«Controversias sinodiales. El sínodo ovetense de 1769», por J. GARCÍA SÁNCHEZ, págs. 9-79.

«El debate científico en torno a la síntesis teológico-jurídica de la canónica propuesta por Morsdorf y su escuela», por A. CATTANEO, págs. 81-98.

«El matrimonio de los menores de edad en España. Cuestiones canónicas y pastorales», por M. CORTÉS DIÉGUEZ, págs. 99-155.

«Las uniones homosexuales ante la legislación eclesiástica», por F. R. AZNAR GIL, págs. 157-190.

«La Iglesia ante los organismos internacionales. El hecho y su sentido», por J. MANZANARES, págs. 191-215.

«Antropología del tiempo litúrgico», por M. MANDIANES, págs. 219-229.

«Normas del Tribunal de la Rota Romana. Texto y comentario», por J. L. ACEBAL LUJÁN, págs. 231-279.

«Luces y sombras en la evolución del Derecho español de familia (1981-1990)», por G. GARCÍA CANTERO, págs. 281-291

- «La celebración de festividades religiosas en los Acuerdos de cooperación de 1992», por J. BONET NAVARRO, págs. 293-306
- «Boletín de Legislación Canónica Particular Española, 1994», por F. R. AZNAR GIL, págs. 307-336.

## REVISTA JURIDICA JALISCIENSE

### Número 1 (Enero-Abril 1995)

- «La reforma de la justicia de amparo: necesidad impostergable», por JOSÉ DE JESÚS GUDIÑO PELAYO, págs. 11-14.
- «Algunas consideraciones en torno a la última reforma constitucional relativa a la impartición de justicia», por JUAN MANUEL VILLANUEVA GÓMEZ, págs. 15-34
- «La reinstauración de los juicios de constitucionalidad con efectos generales en México», por JUAN JOSÉ MATEOS SANTILLÁN, págs. 35-66
- «Estado democrático de derecho y reforma del Poder Judicial», por RUBÉN JAIME FLORES MEDINA, págs. 67-113.
- «El control de la constitucionalidad», por CARLOS SEPÚLVEDA VALLE, págs. 115-140.
- «Reformas y actualización de las normas que rigen los contratos del juego y la apuesta y algunas consideraciones sobre los sorteos, rifas y la Lotería Nacional», por J. REFUGIO PARGA INIGUEZ, págs. 141-195.
- «El paradigma ambiental», por RAQUEL GUTIÉRREZ NÁJERA, págs. 165-195.
- «Una aproximación a algunos medios alternativos para la solución de controversias en los Tribunales de los Estados Unidos y del Distrito de Columbia», por EDITH BARNETT, págs. 197-218.
- «La criminología en la formación del abogado penalista: breve aproximación», por MANUEL VIDAURRI ARECHIGA, págs. 219-227.

## REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO

### Números 2-3 (1993)

- «Mensaje del Hon. José A. Andreu García, Juez Presidente del Tribunal Supremo de Puerto Rico», pág. 173.
- «El abogado y la solicitud de clientela», por MANUEL IZQUIERDO ENCARNACIÓN, pág. 177.
- «Análisis crítico de la jurisprudencia puertorriqueña del legado de parte alícuota», por YOLANDA EILEEN RIVERA VEGA, pág. 189.
- «El derecho a la intimidad en Puerto Rico y la Ley sobre Grabaciones de Conversaciones no Telefónicas», por ROSA M. GUTIÉRREZ DORRINGTON, pág. 201.
- «La autenticación e identificación de la evidencia demostrativa en el Derecho puertorriqueño», por RAMÓN L. MELÉNDEZ RIVERA, pág. 207
- «La reserva de empleo del artículo 5 (A) de la Ley de Compensaciones por Accidentes del Trabajo», por LYNTHA A. FIGUEROA RIVERA, pág. 225.
- «Los límites de la reversión de la expropiación forzosa: una reflexión crítica», por JESSICA TORRES CARLO, pág. 239.

REVISTA DE LA ASOCIACION DE ESCRIBANOS  
DEL URUGUAY  
Números 1-6 (Enero-Julio 1994)

- «Análisis comparativo de cesión de crédito, cesión de contrato, delegación y novación», por ROQUE MOLLA, pág. 11.
- «Comentarios sobre el contencioso registral», por CARLOS MILANO, pág. 25.
- «Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores», por RUBÉN SANTOS BELANDRO, pág. 39.
- «Informe sobre la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales», por MARTHA SZEINBLUM, pág. 49.
- «La aceptación de la herencia por los acreedores», por RAÚL ANIDO, pág. 53
- «Poder para donar», por HUGO SPINELLI, pág. 97.
- «Reflexiones sobre el alcance de la Ley 16.081», por CRISTINA ACOSTA Y OTRAS, pág. 107.

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO  
Vol. LXIX (1993)

- «Actos Autorizativos Jurídico-Públicos e Responsabilidade por Danos Ambientais», por JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, pág. 1.
- «Algumas Notas sobre o Finalismo no Direito Civil», por JORGE RIBEIRO DE FARIA, pág. 71.
- «Les Clauses Limitatives et Exoneratoires de Responsabilité et la Protection du Consommateur», por ANTONIO PINTO MONTEIRO, pág. 161.
- «Breves Considerações sobre o Estado Actual da Questao Metodonomológica», por FERNANDO JOSÉ BRONZE, pág. 177.
- «O Valor do Silêncio do Legislador Penal e o Problema das Transplantações», por JOSÉ DE FARIA COSTA, pág. 201.
- «Luis Cabral de Moncada (1888-1974) e as suas Relações com a Alemanha», por ERIK JAYME, pág. 233.
- «La Protection de l'Acheteur de Choses Défectueuses en Droit Portugais», por ANTONIO PINTO MONTEIRO y PAULO MOTA PINTO, pág. 259.
- «Fonction et Statut des Notaires Belges. Etat Actuel et Perspective», por LEÓN RAUCENT, pág. 289.
- «La Hiérarchie des normes d'Urbanisme en Droit Français», por HENRI JACQUOT, pág. 301.
- «Noção de Pessoa no Direito Brasileiro. Direitos da Personalidade», por LUIS ROLDAO DE FREITAS GOMES, pág. 319.
- «Harmonisierung des Portugiesischen Verbraucherschutzrechts», por ANTONIO PINTO MONTEIRO, pág. 351.
- «As Definições Legais de Dolo e de Negligência enquanto Problema de Aplicação e Interpretação das Normas Definitórias em Direito Penal», por JOSÉ DE FARIA COSTA, pág. 361.
- «Jurisprudência do Tribunal Constitucional em Matéria Fiscal», por JOSÉ CASALTA NABAIS, pág. 387.
- «A Relevância Constitucional do Procedimento Cautelar da Suspensão Judi-

- cial da Eficácia dos Actos Administrativos», por MARÍA FERNANDA DOS SANTOS MAÇAS, pág. 435
- «O Direito à Reserva a Intimidade da Vida Privada», por PAULO MOTA PINTO, pág. 479.
- «Aparência de Poderes de Representação e Tutela de Terceiros», por PAULO MOTA PINTO, pág. 587.
- «O Estabelecimento da Filiação no Direito Internacional Privado Português», por NUNO GONÇALO DA ASCENSAO SILVA, pág. 647.

## NOTICIAS DE LA UNION EUROPEA

### Número 125 (Junio 1995)

- «El mercado interior de la electricidad en Europa. Estado de la cuestión y tendencias en el umbral de 1995», por GASPAR ARIÑO ORTIZ, pág. 11.
- «La armonización fiscal comunitaria en la imposición indirecta y sus consecuencias para España», por DOMINGO CARBAJO VASCO, pág. 27
- «La competencia consultiva en materia de contratos administrativos otorgados por las Comunidades Europeas. La Comisión Consultiva de Compras y Contratos de la Comisión (C.C.C.C.)», por MIGUEL DÍAZ-LLANOS LA ROCHE, pág. 39.
- «El arbitraje en el Tratado de Maastricht y el nuevo Acuerdo General de Comercio», por JOSÉ DÍEZ CLAVERO, pág. 47.
- «Estudio de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de cuestiones prejudiciales», por JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS, pág. 53.
- «Consideraciones sobre la repercusión de la adhesión de España a la Comunidad Europea en el régimen jurídico relativo al mercado de valores y a las entidades de crédito», por RITA LARGO GIL, pág. 61.
- «El Sector Agroalimentario Español en la Comunidad (1986-1995)», por ALBERT MASSOT MARTÍ, pág. 75.
- «La recepción del Derecho Comunitario Europeo en el ordenamiento español», por DAVID ORDÓÑEZ SOLÍS, pág. 99.
- «Incidencia de la normativa comunitaria en materia de responsabilidad contractual y extracontractual», por MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ, pág. 115.





