

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXI ° Enero-Febrero 1995 ° Núm. 626

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

D. José Poveda Díaz.
D. Carlos M. Hernández Crespo.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
D. Manuel Amorós Guardiola.
D. José Antonio Nortes Triviño.
D. José María Chico Ortiz.
D. Fernando Muñoz Cariñanos.
D. José Manuel García García.
D. 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.B.N. 84-500-5636-5

Depósito legal: M. 968-1958

S U M A R I O

Págs

ESTUDIOS

«Cien años de jurisprudencia sobre contratos en especial», por FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ	9
«El <i>dies a quo</i> para el cómputo del plazo de la acción revocatoria o Pauliana (con motivo de una jurisprudencia reciente)», por FRANCISCO JORDANO FRAGA	71
«Parejas no casadas, capítulos matrimoniales y normas de régimen económico matrimonial», por M. ^a DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ	129

DICTAMENES Y NOTAS

«Informe sobre tratamiento fiscal de los incrementos patrimoniales producidos en inmuebles pertenecientes al patrimonio histórico de las Mutuas», por JOSÉ MENÉNDEZ HERNÁNDEZ	157
---	-----

ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	181
--	-----

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	201
II. Resoluciones de la Dirección General, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ e IGNACIO BURGOS BRAVO	211

III. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Derecho Civil:

b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA ...	235
e) Sucesiones, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	242

4. Jurisprudencia procesal, por ERNESTO CALMARZA CUENCAS ...	251
--	-----

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

«Cómo aprobar oposiciones», de M. SALAS PARRILLA, «Las oposiciones celestiales», de L. CEMBORAIN CHAVARRÍA, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	259
«Principios civiles y registrales de la expropiación forzosa», de J. J. FERNÁNDEZ VARA, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	262
«Comentarios a la Ley de Agrupaciones de Interés Económico», de A. PAU PEDRÓN, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	264
«Seguridad jurídica y revisión crítica de los principios hipotecarios», de JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS ..	266
«La propiedad inmueble y el Mercado Hipotecario», de TOMÁS RUBIO GARRIDO, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	269

REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN	273
---	-----

ESTUDIOS

Cien años de jurisprudencia sobre contratos en especial (*)

1. INTRODUCCION

Aunque siempre consideré un honor el haberme sido confiada esta ponencia sobre «Cien años de jurisprudencia sobre contratos en especial», en más de una ocasión me he preguntado por qué acepté sin protesta o sugerencia modificadora y si no sobrepasa un tema tan amplio, desde todos los puntos de vista, unas (mis) posibilidades razonables de desarrollarlo dignamente. Porque a nadie se le ocultará que no es cosa fácil intentar aprehender esos cien años de jurisprudencia en una serie de consideraciones que puedan suscitar interés y alguna reflexión entre juristas, máxime cuando es evidente que muchas cosas se me pueden escapar: cuestiones que no aludiré y que algunos echarán en falta, problemas en que no he profundizado suficientemente, extremos interesantes y sentencias de cierta trascendencia en que quizá no he reparado.

Dejando de lado otras consideraciones, obsérvese enseguida que ese marco temporal, cien años, son muchos años, pues en ese tiempo han ocurrido demasiadas cosas en la sociedad española, tanto en su evolución socioeconómica y en sus concepciones éticas y sociales como en el plano de los valores jurídicos; que una visión jurisprudencial de (todos) los contratos en especial abarca demasiados contratos, cada uno de ellos con muchos problemas generales y concretos; que ese planteamiento es susceptible de diferentes perspectivas (estadística, sociológica, evolutiva, dogmática...), no excluyentes y sí necesitadas de un conjugado tratamiento; y que un estudio de la jurisprudencia requiere no ya una cita más o menos larga y oportuna de sentencias con distintas clasificaciones y ordenación, sino,

(*) Este trabajo fue —como puede deducirse de sus primeras líneas— la ponencia presentada por el autor al «Congreso Internacional sobre la Reforma del Derecho Contractual y de la Protección de los Consumidores», celebrado en Zaragoza, 15-18 noviembre 1993, con ligeras modificaciones (notas y presentación formal).

sobre todo, una cuidada ponderación de los pronunciamientos jurisprudenciales en relación con las situaciones fácticas respectivas, referido todo ello a contratos aislados y sus problemas específicos, para poder sacar algún tipo de conclusión generalizable.

Enfrentado hace años el profesor Díez-PICAZO a un problema semejante, pudo decir, tras sugerir la necesidad de la «depuración de la jurisprudencia», que «sería necesario tratar de buscar las líneas maestras de la evolución, sociológica y técnica, acotando para ello períodos de tiempo muy cualificados y, monográficamente, instituciones o temas» (1). Si llevamos esta oportuna reflexión a los parámetros temporales, objetivos y funcionales de mi ponencia comprenderán enseguida mi preocupación y trasladarán a quien eligió el tema y su alcance buena parte de la responsabilidad de lo limitado (incompleto y deficiente) de mi trabajo y conclusiones a que pueda llegar. Soy consciente de que el único mérito que pueda tener esta modesta ponencia es el de haber iniciado un camino, que necesitará de otros continuadores y otros itinerarios.

1.1. PANORAMA DE FONDO. HISTORIA Y REALIDAD

Los cien años de jurisprudencia que voy a revisar se corresponden, aproximadamente, con la edad de nuestro Código Civil. Por tanto esa es la legalidad vigente a lo largo de la evolución jurisprudencial que nos interesa. Sin embargo, las resoluciones judiciales (también las del Tribunal Supremo) no son precisamente la conclusión de un puro silogismo cuya premisa mayor es la norma aplicable. La jurisprudencia no es producto de un puro razonamiento formal y lineal, sino tributario del *hic et nunc* y de una serie de condicionamientos sociales, políticos, económicos e ideológicos que rodean en cada momento a la realidad litigiosa, al conflicto de intereses subyacente. A ese respecto, en los cien años de referencia han ocurrido muchas cosas —como ya anticipé—, algunas precisamente de las que más influyen en la evolución jurisprudencial que aquí interesa.

En el *orden político*, la vida de nuestro país durante los últimos cien años no ha sido demasiado tranquila, y avatares de ese signo han tenido notable trascendencia en la evolución de nuestra sociedad. Desde la monarquía liberal decimonónica y un sistema de partidos políticos poco anclados en la sociedad y turnantes en el Gobierno —en cuyo ambiente se gestó y nació el Código Civil—, que desembocó en una dictadura, hubo luego una República con enorme impacto ideológico, una guerra civil con graves conmociones sociales, otra dictadura y, con la nueva Monarquía, una Cons-

(1) *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, t. I (Madrid, 1966), pág. 38.

titución que recogió nuevos principios jurídicos, expresión de nuevos valores éticos y sociales.

Ha habido, de otro lado, grandes cambios en la *realidad socioeconómica*, con un inevitable reflejo en la evolución jurídica —en la real, como es la jurisprudencia, más que en la formal o normativa, aunque también en ésta, con evidente influencia en aquélla—. Nuestro país ha pasado en esos cien años, con ritmos distintos según épocas, de una sociedad (eminentemente) agraria a una sociedad y economía industrial y de servicios, y, paralelamente, de una sociedad rural a una sociedad urbana. Ello ha traído, entre otros, graves problemas de vivienda para la población desplazada (repercusión en los contratos de arrendamientos urbanos). Relacionado con la recesión económica de entreguerras, y tras la Guerra Civil, aparece la devaluación monetaria (discusión nominalismo/valorismo, cláusulas de estabilización...) y los precios tasados para ciertos bienes y servicios de trascendencia social —para el jurista, problema de validez de los contratos que los infrinjan—. La producción en masa de bienes y servicios ha dado lugar a nuevas formas de contratación y a nuevos contratos. La socialización de ciertos riesgos, aneja a nuevas formas de producción y de vida ha determinado la necesidad y proliferación de los seguros (obligatorios algunos). La incertidumbre de la vida moderna y sus riesgos han inducido a cubrirlos con el contrato de seguro también. La aparición de nuevas energías y su tráfico económico y jurídico, el capitalismo financiero, han dado lugar a nuevos contratos, no tipificados. Una nueva concepción de la relación laboral y de servicio por cuenta ajena ha desplazado del ámbito del Código Civil y de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo el contrato de trabajo.

Ha habido en ese tiempo, igualmente, notables *cambios jurídicos*, de signo dogmático unos, de tipo legal otros. Entre los primeros, la llegada a nuestro país de la dogmática alemana y construcciones foráneas sobre, por ejemplo, la teoría de la representación (con influencia en la jurisprudencia sobre mandato y su régimen funcional), el autocontrato (su posibilidad y límites), la caducidad (que ha afectado al ejercicio de no pocas acciones contractuales), la distinción clara entre nulidad radical y anulabilidad del contrato, la protección de la apariencia jurídica (con varias manifestaciones), las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada (que han quitado mucho terreno a la sociedad civil), nuevas formas de presentación del contrato (de adhesión, reglamentados...), etcétera. Como cambios normativos importantes cabe citar la regulación por leyes especiales de no pocos contratos, la evolución del Derecho de daños, el avance del Derecho mercantil y la progresiva injerencia del Estado en la contratación privada, amén de la aparición de la Constitución de 1978 (cfr. arts. 38 y 51) y ciertas reformas postconstitucionales que han repercutido en el régimen de algunos contratos.

Como consecuencia de todos esos cambios, el propio Derecho de obligaciones y contratos, sin duda la parte más dinámica del Derecho privado, ha evolucionado notablemente, aquí, igual que en otros países de nuestra área cultural y jurídica, donde se acusa parecido cambio (2). Es bien conocido que nuestro Código Civil, congruente con la doctrina economicoliberal y la mentalidad individualista bajo la que nació y que le caracteriza, hizo pivotar su contrucción del contrato (en general, y de los contratos en especial) alrededor de la idea, que elevó a la categoría de principio, de la autonomía de la voluntad con tres importantes consecuencias, que se constituyeron en sendos pilares del Derecho de contratación: la libertad contractual, la fuerza obligatoria del contrato y su eficacia relativa (*inter partes*). Pues bien: los cambios económicos y sociales habidos durante el último siglo, antes aludidos, han socavado profundamente aquel principio capital de nuestro Derecho de contratos, que hoy sigue vigente (principios constitucionales) pero funciona limitada o matizadamente en varios aspectos, y de ahí que también se hayan visto alteradas las otras mencionadas consecuencias y pilares dichos: *a)* han aparecido numerosas restricciones a la libertad contractual (que doy por conocidas); *b)* la fuerza obligatoria del contrato encuentra notables limitaciones de vario signo; *c)* la eficacia relativa de los contratos tiene cada día más excepciones (unas de tipo legal, otras de origen jurisprudencial).

1.2. SISTEMÁTICA Y DISTINCIÓN DE CUESTIONES

Llegado a este punto, cuando voy a adentrarme en el objeto de esta ponencia, la dificultad mayor para mí es la de escoger las cuestiones que abordar aquí, entre las muchas posibles, en el estudio jurisprudencial que pretendo. La elección es comprometida, pero me parece inevitable, aun a riesgo de no acertar en el empeño o incluso dejar desaprovechada alguna buena opción.

He aquí las líneas fundamentales de lo que me propongo examinar:

Como cuestión previa, una duda y un problema metodológico: ¿cabe separar la evolución y el estudio jurisprudencial de los contratos en especial de la del contrato en general?

Creo ineludible hacer alguna alusión, siquiera sea breve y limitada, a la evolución cuantitativa y cualitativa de la jurisprudencia sobre contratos

(2) Puede verse sobre esta cuestión, en Francia, J. P. MESTRE, «L'évolution du contrat en Droit privé français», en *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats* (Journées René Savatier, Poitiers, 24-25 octobre 1985), París, 1986, págs. 41 y sigs (pág. 42).

especiales: puede ser luminosa y orientadora sin necesidad de ser exhaustiva ni demasiado precisa en datos aportados.

Ante la práctica imposibilidad, en el contexto en que aquí nos movemos, de hacer un seguimiento particularizado de la evolución jurisprudencial de cada contrato —lo que sería, además, inoportuno y desaconsejado por casuístico—, me parece preferible tratar de inducir de esa jurisprudencia algunos datos y unas líneas directrices, a modo de principios o conclusiones, de valor más general. Lo intentaré al menos.

Me ocuparé luego de la incidencia que ha tenido la jurisprudencia sobre contratos especiales en la teoría general del contrato y de las obligaciones, donde podremos constatar cómo ha influido aquélla en la (re)construcción de ciertos conceptos y categorías generales relativas a las obligaciones y al contrato, *in genere*, y analizaré su alcance y algunos casos concretos.

Estudiaré, finalmente, en el marco de la evolución del Derecho de contratos y jurisprudencia correspondiente, algunos contratos especiales de clara estirpe pretoriana, por su origen o por la influencia que en su formación y régimen jurídico ha tenido la jurisprudencia, lo que me dará ocasión para contemplar la aparición de nuevas formas de presentación de contratos típicos y la formación de contratos atípicos a cuya consolidación ha contribuido de forma decisiva el Tribunal Supremo.

2. LOS CONTRATOS EN ESPECIAL Y LA TEORIA GENERAL DEL CONTRATO. PUNTO DE PARTIDA Y DE LLEGADA

Se me ha pedido un estudio jurisprudencial sobre contratos en especial, pero ¿cabe separar la evolución y el estudio jurisprudencial de los contratos en especial de la del contrato en general? Ante esa duda —problema metodológico también como he dejado apuntado—, pienso que si no inseparable, es muy difícil pretender hacer un estudio exclusivo de los primeros, autónomo y aislado de la teoría del contrato en general, si no se quiere caer en una visión poco más que estadística y muy ceñida a lo concreto, poco elevada y nada generalizable.

Un estudio serio y racional de la amplia jurisprudencia sobre contratos permite concluir enseguida que una buena parte de la teoría general de las obligaciones y del contrato se ha formado y (re)construido con ocasión de la jurisprudencia recaída sobre contratos concretos. Hay una continua reelaboración de las más importantes cuestiones relativas al *contrato* a través de las soluciones jurisprudenciales dictadas respecto de contratos en especial. Una buena parte de la doctrina y reflexión jurídica habida respecto de muchas categorías jurídicas generales del ámbito de las obligaciones y del contrato provienen casi siempre de la problemática concreta de compraven-

tas, arrendamientos, donaciones, fianzas...; no hay, ciertamente, solidaridad, obligación genérica o alternativa, nulidad parcial u obligación accesorial en abstracto, sino fiador solidario, venta de trigo, venta de vivienda de protección oficial a precio superior al tasado, la obligación de un fiador subordinada a los avatares jurídicos de la obligación principal, etc.

Al propio tiempo, paralelamente, si bien es cierto que bajo la égira del Código Civil —estos cien años de jurisprudencia— la situación es bien distinta a la del Derecho romano, en que sólo había contratos especiales (nominados) y no una teoría general del contrato o de las obligaciones, y fue precisamente partiendo del juego funcional de aquellos contratos y de sus problemas concretos en relación con específicos conflictos de intereses como fue construida una gran parte de la teoría general del contrato y de las obligaciones; durante este siglo de jurisprudencia muchos conceptos y categorías jurídicas sobre el contrato y las obligaciones, no obstante regulados en el Código Civil, han quedado rediseñados y mejor perfilados gracias a esa jurisprudencia recaída en relación con los contratos en especial. Se ha completado así, por este nuevo procedimiento inductivo, una labor (re)constructiva que, de forma tópica más que dogmática, ha terminado de definir figuras tan importantes como el negocio indirecto o el contrato mixto, la acción directa (que tanto debe al art. 1.597), el contrato a favor de tercero, las categorías de simulación/disimulación, la revisabilidad del contrato por modificación sobrevenida de las circunstancias, la relatividad de los efectos del contrato, la legitimación por sustitución, el contrato de fijación y un largo etcétera.

Para este trabajo y estudio no se puede prescindir del punto de partida: la situación de hace cien años. A este respecto puede observarse que la tipología contractual de nuestro Código Civil es el reflejo y expresión, desde el punto de vista socioeconómico, de la sociedad y la economía española del siglo XIX (más quizá la de mediados que de fines del mismo, por la influencia del proyecto de 1851 sobre el CC de 1889); y desde el punto de vista jurídico, del Derecho romano (por conducto de Partidas y Novísima Recopilación) y del *Code Napoleon*, que tanto influyó en el nuestro —en materia contractual mucho más que en Derecho de familia o de sucesiones—. El elenco y el régimen legal ciertos los contratos en el Código nació viejo, anacrónico; su tipificación, para otros, enseguida quedó anticuada, desbordada por una realidad económica y tráfico contractual en continuo cambio, sobre todo para algunos contratos (arrendamientos rústicos y urbanos, de obra y de servicios, por ejemplo). Esa nueva realidad negocial, las exigencias de la vida social y de los importantes cambios socioeconómicos habidos desde fines del siglo XIX exigían e impusieron cambios paralelos en el ámbito contractual, tanto en el tráfico mercantil diario como en el de los conflictos jurídicos derivados de contratos; en

consecuencia, también en el orden judicial y jurisprudencial (mucho menos en el plano legislativo: de ahí el envejecimiento de los tipos contractuales y su régimen jurídico).

Por lo que respecta a la evolución jurisprudencial, se ha producido en varios sentidos: desde la aparición de figuras especiales y nuevas formas de presentación de contratos típicos o contratos de esta clase con pactos atípicos, hasta la cada día más frecuente formación de contratos atípicos, de varias clases. Añádase a esa labor jurisprudencial la no menos importante de clarificación y consolidación del régimen de algunos contratos con deficiente regulación en el Código o en leyes especiales.

En el terreno introductorio en que todavía me encuentro, y sin perjuicio de ulteriores concreciones, quede constancia también de que ciertos contratos o formas especiales de su presentación van declinando paralelamente al incremento de otros o la aparición de aquellos nuevos; y respecto de algunos, la jurisprudencia, en paralelismo con la realidad vivida, ha dictado en la práctica su verdadera acta de defunción.

3. EVOLUCION CUANTITATIVA Y CUALITATIVA DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE CONTRATOS EN ESPECIAL

Un recorrido medianamente atento por la Colección Legislativa y los repertorios de jurisprudencia al uso demuestra, aun sin emplear depuradas técnicas estadísticas, que ha habido importantes cambios en la litigiosidad y en los tipos de asuntos que han llegado al Tribunal Supremo en estos últimos cien años: por tanto, también el de la jurisprudencia producida.

3.1. CAMBIOS CUANTITATIVOS POR ASUNTOS. ALGUNOS DATOS

De un examen cuantitativo y semiestadístico —me atrevo a llamarlo estadístico, por sujeto a error, en un difícil recuento manual de sentencias publicadas en la Colección Legislativa— (3) se puede constatar un progresivo aumento de las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo

(3) He podido contar con recientes datos informáticos jurisprudenciales de Editorial Aranzadi, que me ha proporcionado generosamente y desde aquí agradezco de nuevo. Mas ellos se refieren a los últimos doce o catorce años, en que las cifras absolutas y relativas son mucho mayores y los criterios (informáticos) cualitativos y de calificación no son siempre idénticos a los manejados en mi recuento y examen personal, por lo que no me resulta fácil integrar aquellos datos de Editorial Aranzadi en el esquema general, referidos sustancialmente a la primera mitad del tiempo que abarca mi estudio.

relativas a contratos en relación con el total y en comparación con otros asuntos de la misma Sala que disminuyen paralela y proporcionalmente (por ejemplo, las pobrezaas, las cuestiones procesales y los asuntos de Derecho de sucesiones en general).

Intentaré dar algunos datos aproximativos a título de orientación —empleo estos términos porque no puedo garantizar la exactitud de mi cálculo, más por lo que afecta a los datos relativos que a los números absolutos de cada año.

En el año 1890 hay casi el doble número de asuntos sobre sucesiones (que he tomado como dato corporativo de Derecho material) que sobre compraventas: unos 40 de aquéllos, frente a unos 22 de éstas, incluida una venta de esclavos negros en Cuba (sobre 434 asuntos en total). El número de sentencias sobre asuntos sucesorios y compraventas se igualan en 1900, con unos 30 de cada clase si no he contado mal (de un total de 315 sentencias). En 1910 el número de sentencias sobre compraventa (unas 52) comienza a superar al de sucesiones (41), sobre un total de 413. En 1920 aumenta esa diferencia, con unas 55 sentencias sobre compraventa frente a unas 30 sobre sucesiones, acentuándose la diferencia en el mismo sentido en años posteriores. Así, en 1930, de unos 820 asuntos en total (de los que una gran parte son cuestiones de competencia), las compraventas duplican holgadamente a los asuntos sucesorios (unas 85 de aquéllas frente a 36 ó 38 de éstos) y han aumentado los arrendamientos de cosas (más rústicos que urbanos), los de obra y servicios y los asuntos relativos a mandato y préstamo. En cambio, descienden espectacularmente todos los asuntos en 1940 (secuela de la guerra civil), lo que distorsiona toda comparación —por ejemplo, los asuntos sucesorios igualan ahora a los relativos a compraventa y a los arrendamientos *grosso modo*— (3 bis).

Dentro de los contratos, además de la progresión, en cifras absolutas y porcentual (ésta a ritmo menor), de las sentencias sobre compraventas (algunas, cada vez más, mercantiles), se constata un espectacular aumento de los pleitos sobre arrendamientos urbanos (al principio casi todos sobre desahucio) a partir de los años 40 y 50. En términos semejantes, y antes, los arrendamientos rústicos, que pasan pronto a la Sala de lo Social. En cambio, hasta 1930 aproximadamente, el número y proporción de unos y

(3 bis) Por conducto del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo —al que también quedo reconocido— he obtenido algunos datos de los últimos años. Quiero destacar el de la proporción de asuntos relativos a contratos respecto del total de recursos de casación que han llegado a la Sala 1.^a del Tribunal Supremo: en 1990, de un total de 3.126 de estos últimos, un 29,20 por 100 se referían a contratos, en 1991, de 3 280, un 24,90 por 100 están relacionados con contratos, y en 1992, de un total de 3.164, un 23,90 por 100 eran sobre contratos. Otros datos son más imprecisos y de difícil integración en este trabajo y su planteamiento.

otros era bajo, menor incluso algunos años que los casos sobre arrendamiento de obra (que crecen también de forma espectacular a partir de 1960).

Declinan, en cambio, los asuntos sobre precario (todos relativos a desahucio) hasta desaparecer prácticamente en la Sala Primera del Tribunal Supremo en las últimas décadas los arrendamientos de servicios al pasar a la jurisdicción laboral (salvo en los últimos años, en que han vuelto a incrementarse, pero ahora algunos específicos, los servicios de profesiones liberales, como médicos, arquitectos, abogados) y las permutas y préstamos (relativamente numerosos por usura hasta 1920, en que bajan). También disminuye el número de sentencias sobre contrato de sociedad (alto hasta 1900), con espectacular incremento y desplazamiento al ámbito mercantil luego, a partir de la eclosión de las sociedades capitalistas en los años 50.

No aprecio gran variación en el número absoluto y porcentaje (salvo por los desplazamientos relativos que arrastra el incremento de otros) respecto de los contratos de mandato, depósito (siempre bajo), seguro (frecuente a principio de siglo el de y por incendio), fianza (que sube y se diversifica en las dos últimas décadas); y relativamente bajo siempre el número absoluto y relativo de sentencias sobre donaciones, salvo en los últimos decenios (por culpa, creo, de las disimuladas, indirectas y otras anómalas). No me atrevo por ahora a mayores concreciones.

Un estudio estadístico de todas estas cuestiones, interesante y necesario, amén de útil, requerirá mucho más tiempo y quizá otra metodología (estadística y sociológica), de todo lo cual no dispongo yo ahora ni es propósito de esta ponencia.

3.2. EVOLUCIÓN CUALITATIVA DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE CONTRATOS

Quizá tanto o más interesante que la evolución cuantitativa (para el mero jurista, sin veleidades sociológicas o de otra clase, por más que sugestivas) ha sido el cambio cualitativo, de diferente etiología y con incidencia en varios sentidos.

Nótase, en primer lugar, cierta reducción del ámbito de los contratos civiles por desplazamiento de algunos a otras áreas jurídicas. El caso más notorio es el del contrato de arrendamiento de servicios, que en los años 20 y 30 se convierte en su mayor parte en el contrato de trabajo, con legislación y jurisdicción separadas, quedando prácticamente reducido aquel contrato, en la jurisprudencia que aquí interesa, al de servicios de profesiones liberales.

Aparece luego una cada día mayor mercantilización de los contratos (la «comercialización del Derecho civil» de que hablara GARRIGUES) por la penetración de la Economía y la gran empresa mercantil en el ámbito

negocial, con gran poder absorbente de ese Derecho y número creciente de los contratos mercantiles (transporte, seguros, depósito irregular, préstamo y otros contratos bancarios, depósito en establecimientos mercantiles, sociedades anónimas...). Leyes especiales que regulan ciertos contratos son ya mercantiles, como las de seguros, de propiedad industrial, de operaciones bursátiles, en buena medida la de venta de bienes muebles a plazos, y otras. Gran parte de la contratación en masa, de notoria importancia numérica y económica, es también mercantil en su gestación, vida y problemática jurídica (discusiones teóricas aparte). Las fronteras entre el contrato civil y el mercantil (en compraventa, mandato, depósito y otros contratos) son cada día más sutiles y oscilantes, como muestra la jurisprudencia. Todo ello obliga a pensar de nuevo y seriamente en la *vexata quaestio* de la unificación del Derecho de contratos (no prejuzgo el sentido ni el alcance).

Un fenómeno semejante se produce en relación con la Administración y el Derecho administrativo. El ámbito de los contratos ha sido, quizá, el que más ha acusado la conocida injerencia de la Administración Pública en el Derecho privado por mor de la defensa de los intereses sociales y públicos. Recordaré sólo la imposición de precios tasados a ciertos bienes y servicios, la prórroga legal de algunos contratos (arrendamientos rústicos o urbanos sobre todo), la gestión pública de determinados contratos, la gestión de servicios generales por empresas en régimen de exclusiva (transporte, gas, electricidad, teléfono, etc.), la defensa de la moneda nacional, la regulación imperativa de la relación laboral, la protección de consumidores y usuarios, la regulación administrativa de las condiciones generales de contratos sobre ciertos servicios (agua, gas, electricidad, seguros y demás).

Todo ello ha dado lugar a la aparición de nuevos contratos y nuevas formas contractuales (contratos forzosos, prohibidos, reglamentados, normativos...) y ha tenido, entre otras consecuencias, una especial repercusión y desplazamiento al ámbito judicial (y a la jurisprudencia por tanto) de aquella injerencia iuspublicista y preocupación social y de equidad, y en la búsqueda de soluciones *ad hoc*: como, por ejemplo, en el establecimiento del equilibrio entre las prestaciones contractuales, vulneradas por la excesiva onerosidad sobrevenida (problemas de la devaluación monetaria, entre otros), que determinó la intervención judicial correctora en la fase de ejecución del contrato (numerosas sentencias sobre aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus*), pero también una importante jurisprudencia en materia de arrendamientos rústicos y urbanos, o sobre ventas a precio superior al legal (con problemas sobre la validez o no, total o parcial, del contrato), o de protección de consumidores frente al poder de grandes empresas de producción en masa y de servicios —lo que ha hecho que estas últimas cuestiones han desplazado en los tribunales (y cada vez más ante el Supremo) a los viejos problemas sobre vicios y defectos ocultos en la compra-

venta—, etc. Todo eso no ya en términos generales y abstractos, sino en concretos contratos de préstamo, de renta vitalicia, compraventa, arrendamiento de fincas o de obra, etc.

Por otra parte, la Administración Pública se ha convertido en el más importante consumidor de bienes y servicios, parte contractual muy relevante en el orden económico, cuantitativo y cualitativo. Ha regulado con normas propias muchos de los contratos que celebra, cuyo conocimiento judicial ha llevado a una jurisdicción especial (contencioso-administrativa). La Ley reguladora de esta jurisdicción (de 27 octubre 1956) determinó los contratos cuyo conocimiento quedaba sometido a la misma (los celebrados por la Administración Pública, que tuvieron por objeto obras y servicios públicos de toda especie: art. 3.º). Esto ha dado lugar a una interesante jurisprudencia sobre calificación de esos contratos (Ss. Sala 1.ª de 3 enero 1962, 15 octubre 1963, 26 mayo 1964 y 16 diciembre 1970; muchas más de las Salas 3.ª y 4.ª TS) y a un desplazamiento (otra vez) de muchos de ellos fuera del ámbito civil y de la Sala 1.ª —por ejemplo, a las Salas de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social del TS las pretensiones indemnizatorias derivadas de contratos médicos y asistencia sanitaria o de contratos de obra concertados por la Administración—, lo que confirma la reducción (cualitativa) de la jurisprudencia civil de contratos que anticipé.

4. ORIENTACIONES GENERALES DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE CONTRATOS

No es fácil definir en trazos generales cuáles han sido las orientaciones fundamentales de la jurisprudencia recaída sobre contratos en general durante los últimos cien años. En otros términos, es difícil encontrar e inducir unas líneas directrices medianamente rectas que permitan presentar a grandes rasgos cuál ha sido la evolución jurisprudencial de esta parte de nuestro Derecho civil. Varias razones abonan esa conclusión.

En primer lugar, por la propia complejidad del Derecho de contratos, que atiende a áreas muy diferenciadas de la actividad humana (intercambio de cosas y servicios cada día más diversificados) y del mundo de relación de las personas. Esa misma complejidad ha impedido que la línea evolutiva sea tan coherente y bien definida como la que puede observarse en otras ramas del Derecho patrimonial (por ejemplo, en materia de responsabilidad extracontractual). Luego, el tiempo que abarca nuestro estudio —en el que tienen cabida cambios de todo género, socioeconómicos y jurídicos, en diversos sentidos, a veces recurrentes— impide hacer afirmaciones genéricas y grandes precisiones, y propicia las excepciones e imprevisibles giros,

algunos coyunturales ciertamente, dificultando el llegar a conclusiones generales sin riesgo de que algunas sean contradictorias.

Nuestro Tribunal Supremo, de otra parte, ha mostrado casi siempre (en general, y en lo relativo a contratos también) cierta despreocupación dogmática y técnico-jurídica en la fundamentación de sus decisiones, y más ocupado muchas veces por el *iustum* concreto y pendiente de las circunstancias del caso que fiel a principios teóricos o a su propia doctrina, se ha apartado (la Sala 1.^a, de cuya labor me ocupo aquí) de los precedentes que había creado, resultando así unas veces incongruente y otras autor de una verdadera jurisprudencia oscilante, de la que no es posible afirmar cuál sea la posición predominante y/o definitiva.

Yo he encontrado algunas de aquellas orientaciones generales a que aludía. Pueden inducirse, quizá, otras de esa jurisprudencia y siempre habrá quien eche de menos alguna. He aquí las que me parecen más relevantes.

4.1. DESPREOCUPACIÓN DOGMÁTICA

Las últimas consideraciones apuntadas pueden constituir ya una primera «orientación general» de la jurisprudencia que estudio. Sana en principio la aludida despreocupación dogmática, en tanto que libera a los tribunales de rigidez y de sumisión a elaboraciones teóricas (cambiantes y efímera muchas veces): el exceso conduce al casuismo desordenado y a cierta incoherencia y contradicciones apuntadas. Ello no significa que el nivel técnico de la jurisprudencia que me ocupa sea bajo y criticable en términos generales —salvo, quizá, en las primeras décadas del siglo de jurisprudencia examinado en que fue ciertamente así—. Hay que admitir, sin embargo, que nuestro Tribunal Supremo ha sido en ocasiones demasiado conservador de viejas doctrinas, remiso a la innovación y *aggiornamento* dogmático, ha adolecido de poca técnica jurídica en ciertas cuestiones y en más de una ha ido a remolque de la doctrina y anticipación de la Dirección General de los Registros (autocontrato, venta de cosa ajena..., por citar algunos ejemplos en el solo ámbito contractual). Hay, evidentemente, excepciones, tanto por lo que se refiere a épocas como a materias concretas y a resoluciones de nuestro más Alto Tribunal; pero creo que son, en efecto, excepciones.

Pienso que la despreocupación dogmática a que aludo se debe a dos razones:

a) Por un lado, el predominio en esta jurisprudencia —de forma significada en la de contratos precisamente— de una línea eminentemente pragmática, realista, en el sentido de considerar los contratos como son en la vida real y en la previsión de sus protagonistas, con los intereses indi-

viduales que ordenan; trata así el Tribunal Supremo de resolver los conflictos de intereses que llegan a su conocimiento en función del que en cada caso se estima más valioso y necesitado de protección, más atento a la justicia del caso concreto que a principios generales y construcciones teóricas.

b) Por otra parte, y opuestamente, hay una cierta (a veces muy ostensible) preocupación moral de esa jurisprudencia, a la que se sacrifica también teorías y razonamientos técnicos y abstractos. Son muestra de ese moralismo, entre otros, la construcción de un cuerpo pretoriano de reglas de equidad (así, la exigencia de la lealtad contractual, la consagración de la buena fe como principio fundamental de la contratación, la prohibición del enriquecimiento sin causa), el reforzamiento de la responsabilidad contractual y de las garantías frente a vicios en ciertas prestaciones contractuales y en el manejo de algunos instrumentos de control de los efectos del contrato (en su interpretación, en la noción de causa, en el juego de las causas de ineficacia contractual, etc.).

Por lo que respecta a la jurisprudencia oscilante y contradictoria antes aludida, he aquí algunos ejemplos (no más que eso):

a) En cuanto a la *obligación de transmitir la propiedad en la compraventa*, las Sentencias de 26 junio 1928 y 8 marzo 1929 entendieron que por este contrato se obliga el vendedor a transmitir el dominio de una cosa (4); en la de 10 febrero 1936 (ponencia CASTÁN) se sostiene, en cambio, lo contrario argumentando *ex* artículos 1.461 y 1.474 Código Civil; con posterioridad la Sentencia de 27 mayo 1959 (citando ahora los arts. 1.445, 1.461, 1.462 y 348 CC) se decanta por la primera solución.

b) La *promesa de venta*, del artículo 1.451 del Código Civil, fue considerada por la Sentencia de 11 noviembre 1943 como un contrato preparatorio o precontrato que tiene por objeto la futura celebración de un contrato de compraventa y no es susceptible de cumplimiento forzoso (ideas parecidas, aunque para casos distintos, en las Ss. de 24 noviembre 1927 y 9 julio 1940). En cambio, para la Sentencia de 1 julio 1950 —de la que la de 26 febrero 1965 dice que «inicia una dirección contraria» a la anterior—, la promesa de venta es un contrato perfecto, cuyo cumplimiento no requiere la prestación de un nuevo consentimiento contractual (en el mismo sentido, las Ss. de 21 diciembre 1951, 2 mayo 1959, 21 febrero y 11 noviembre 1969, entre muchas más). Y aún hay una posición jurisprudencial intermedia, realista, que sin prejuzgar la promesa de venta (en general,

(4) En la primera de esas sentencias tal solución pudiera estar influida por las circunstancias fácticas del caso el vendedor afirmó ser dueño y poseedor, por lo que unido a los términos del contrato pudo entenderse pactada la obligación de transmitir el dominio

del precontrato) opta por remitir a una concreta interpretación de la voluntad de las partes para poder concluir en cada caso qué es lo que han querido establecer éstas, si un contrato definitivo que dejan sólo iniciado, pero ya comprometida su voluntad inderogable, o una promesa de contrato cuya efectividad futura no es segura y puede quedar incumplida, con la indemnización correspondiente (Ss. de 28 febrero 1978, 25 enero y 30 diciembre 1980, 26 enero 1982 y 26 octubre 1984, entre otras).

c) *Contratos celebrados con precio superior al legal*: Considerados nulos o ineficaces con devolución de las recíprocas prestaciones en unas ocasiones (Ss. de 17 abril 1947 y 17 mayo 1949) o declarada su nulidad absoluta con irrepetibilidad de lo entregado por cada parte (Ss. de 12 abril 1956, 27 octubre 1956, 9 enero 1958, 21 junio 1963), las Sentencias de 28 abril 1971 y 20 marzo 1972, en cambio, declararon válido el contrato con precio ilegal, ciñendo a lo puramente administrativo los efectos de la exigencia y percepción de precio superior al permitido; fueron luego considerados con nulidad parcial por invalidez del pacto abusivo y reducción del precio a la tasa legal (Ss. de 26 febrero 1983, 3 diciembre 1984, 20 mayo y 20 junio 1985...) (5). Finalmente (?), las recientes Sentencias de 3 septiembre y 14 octubre 1992 han declarado la validez de la compraventa con precio superior al legal («en la totalidad de las estipulaciones que contiene», dice la segunda de ellas), argumentando que sustituir el precio pactado por el legal supondría dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes (6).

d) *La donación obligacional*. Prácticamente rechazada por la Sentencia de 6 junio 1908, parecen admitirla las Sentencias de 7 diciembre 1948 y 13 noviembre 1962; la de 6 abril 1979 consideró válida una donación mediante promesa (remuneratoria), basándose en que se había aceptado la donación en forma escrita; también la admiten las Sentencias de 11 mayo 1964 y 14 mayo 1985. En cambio, la Sentencia de 22 junio 1982, reiterando la doctrina de la de 6 junio 1908, niega efectos a la donación promisorio.

e) *Extinción de la fianza por prórroga concedida al deudor por el acreedor* (art. 1.851): Se decantan por la no liberalización del fiador, en casos diferentes y con argumentos varios, las Sentencias de 2 junio 1909, 2 julio 1917, 24 junio 1940, 5 febrero y 3 noviembre 1955, 7 diciembre 1968, 7 abril y 23 mayo 1977. Las Sentencias de 23 febrero 1963, 31 enero 1980, 6 y 11 noviembre 1981 y 1 marzo 1983 se inclinaron por la liberación

(5) Cfr. GORDILLO CAÑAS, «La nulidad parcial del contrato con precio ilegal», *ADC*, 1975, págs. 126 y sigs., donde ha estudiado con detenimiento esa jurisprudencia.

(6) Sentencias duramente criticadas, en cuanto a su argumentación general y línea jurisprudencial que parecen instaurar, por GORDILLO CAÑAS, en su comentario en *ADC*, abril-junio 1993, págs. 893 y sigs.

del fiador o avalista cambiario. En cambio, la Sentencia de 23 marzo 1985, aunque *obiter*, parece volver a la vieja doctrina (véanse también las de 8 mayo y 31 octubre 1984).

f) Exoneración de rendición de cuentas en el mandato: La antigua jurisprudencia se inclinó por la validez del pacto de tal exoneración (Ss. de 31 mayo 1901 y 29 noviembre 1915); la Sentencia de 28 octubre 1969 ha considerado también renunciable el derecho a pedir cuentas cuando la renuncia no sea contraria a la moral. Sin embargo, la de 5 abril 1956 terminó considerando ineficaz la cláusula exoneratoria, acogiendo la tesis del Tribunal de instancia, que la consideró «contraria a la esencia del mandato».

g) Cláusulas de estabilización en los contratos de arrendamientos urbanos: Declaradas nulas con anterioridad a la reforma de la LAU 1955 por una interpretación demasiado estricta de las normas que impedían el aumento de las rentas, fueron consideradas válidas después; aun así, el TS las consideró inválidas si en ellas se preveía exclusivamente el aumento de la renta y no su disminución (Ss. de 30 octubre 1964, 19 diciembre 1966, 11 octubre 1968, 7 julio 1972..., hasta 1985). Sólo a partir de la Sentencia de 21 octubre 1985, seguida de las de 9 abril y 14 mayo 1987 y 22 enero 1988, entre otras, estimó válidas esas cláusulas, debiendo entenderse que comprenden también las modificaciones a la baja. En cuanto a las cláusulas de elevación de renta, la jurisprudencia es más confusa y contradictoria, reconociendo unas sentencias las de aumento de renta, si quiera sea limitado o condicionado (Ss. de 18 febrero 1971, 30 octubre 1964, 11 octubre 1960, 20 diciembre 1972), mientras otras las rechazan (Ss. de 1 abril 1965, 2 febrero 1966, 9 febrero 1967, 21 diciembre 1970, 24 junio 1971, etc.).

h) Recuérdesse, finalmente, cómo durante mucho tiempo nuestro Tribunal Supremo habló de la nulidad de la venta de cosa ajena por falta de elemento real del contrato, la cosa (Ss. de 11 abril 1912, 26 junio 1924 y 19 diciembre 1946, 23 junio 1951, 25 febrero 1972, 11 abril 1992, entre otras, no obstante haber declarado válida dicha venta la DGRN en RR de 6 diciembre 1898 y 2 septiembre 1902); las Sentencias de 20 noviembre 1925 y 8 marzo 1929 optaron por la anulabilidad por error (del comprador); en el mismo sentido, las Sentencias de 15 octubre 1973, 4 enero 1989 y 6 julio 1992; en cambio, la Sentencia de 26 octubre 1981 basó la nulidad de una venta de terrenos de que no era propietaria la vendedora en el dolo. Con anterioridad, la Sentencia de 31 enero 1921 había dicho que no afecta a la validez de la promesa de venta que la cosa no sea propia de quien se obligó a venderla; y sólo a partir de las Sentencias de 1 marzo 1954, 25 mayo 1957 y 5 julio 1958 parece consolidada la validez de esa venta, ratificada luego por muchas otras (3 julio y 31 diciembre 1981, 12 abril y 27 mayo 1982,

5 mayo 1983, 13 octubre 1984, 26 noviembre 1986, 14 octubre 1991, 16 noviembre 1992...) (7).

Casos semejantes a los anteriores se da en el *contrato de opción*, la *donación mortis causa* (a que me referiré más adelante) y otros.

4.2. MENOR PERMEABILIDAD Y UNA MÁS LENTA REACCIÓN AL CAMBIO SOCIAL QUE EN OTRAS PARCELAS DEL DERECHO PRIVADO

En algunas materias especialmente sensibles a ese cambio (las que comportan una fuerte carga social y problema de esta clase), la jurisprudencia ha ido casi siempre detrás del legislador (salvo pocas excepciones), sobre todo en los primeros cincuenta años de los que he estudiado. Así ocurrió en materia de arrendamientos rústicos, donde ya en los años 20 se promulgaron varios Decretos-leyes sobre esos arrendamientos, y en tiempos de la República otras disposiciones y la Ley de 1935. Dígase lo mismo para los arrendamientos urbanos (Decreto Bugallal, de 1920, y demás). Sin embargo, apenas puede encontrarse alguna sentencia del Tribunal Supremo (yo no la he encontrado) antes de esos años en que aparezca una preocupación y decidida protección del arrendatario-cultivador (cuya situación jurídica era muy insegura), o del arrendatario de vivienda, siquiera fuera forzando la interpretación de ciertas normas, como ha hecho en otras ocasiones, semejante a la que poco a poco le van dispensando esas leyes.

Puede decirse lo mismo del contrato de arrendamiento de servicios o de trabajo, hasta que aparecen las primeras normas que lo disciplinan y protegen al obrero; y de los seguros sociales y de carácter mutual, ámbito donde la jurisprudencia se despega tardíamente de los esquemas normativos del Código de 1889.

Por otro lado, cuando el Tribunal Supremo empieza a enfrentarse a problemas nuevos surgidos de los cambios socioeconómicos, reacciona con frecuencia tarde y no siempre bien: suele hacerlo, al principio al menos, en forma conservadora, restrictiva y decepcionante, y sólo más tarde cambia de posición y adopta criterios más abiertos. Sirva de ejemplo la primera jurisprudencia sobre cláusulas de estabilización en los arrendamientos (8), ventas a precio superior al tasado (a que me refiero poco ha), protección de consumidores y usuarios...

(7) Sin embargo, a pesar de estimar válida la venta de cosa ajena, consideran esta ajenidad al tiempo de la entrega de la cosa como causa de resolución del contrato las Sentencias de 26 marzo 1984 y 17 noviembre 1992 (cfr. también las de 31 diciembre 1981, 5 mayo 1983 y 31 octubre 1990).

(8) Negó validez el Tribunal Supremo a esas cláusulas de estabilización en los arrendamientos (por contrarias a la prohibición de aumento de la renta) antes de la LAU

4.3. Sin embargo, y no obstante lo apuntado, el Tribunal Supremo, en la segunda mitad de este siglo, muestra una *creciente sensibilidad hacia la protección de la parte más débil en la contratación privada* y por garantizar en lo posible la libertad (auténtica) de los contratantes —aquella que el legislador de 1889 daba por supuesta y que la realidad económica del capitalismo y de las grandes empresas de servicios hicieron luego más ficticia y teórica que real— y, a veces, *la justicia de su vinculación contractual* (según las exigencias de la buena fe).

Una muestra de esa sensibilidad y preocupación es el conflicto libertad contractual-*ius cogens* que se presenta en la jurisprudencia en relación con materias y contratos con fuerte componente social, y que si en el primer aspecto (libertad) ha permitido una importante evolución contractual y la consolidación de multitud de contratos nuevos, por otro lado (Derecho imperativo) es la expresión de la preocupación por la justicia de una vinculación contractual nacida en circunstancias supuestas y del desarrollo ulterior de la correspondiente relación contractual, donde una de las partes se halla en posición dominante frente a la otra.

Ante esta situación, cada vez más frecuente, y con aquella finalidad protectora, el Tribunal Supremo apela a varios procedimientos y mecanismos jurídicos; así:

a) El manejo creciente y sutil de la *interpretatio contra proferentem* (9) y toda una rica jurisprudencia sobre la interpretación de los contratos de adhesión. En efecto, desde la temprana Sentencia de 15 enero 1909 (relativa a la oposición entre una cláusula general impresa en una póliza de seguro respecto de otras manuscritas), la preocupación del Tribunal Supremo en esta materia y las soluciones se han canalizado en muchos casos con la aplicación del artículo 1.288 del Código Civil a los contratos de adhesión: confróntense Sentencias de 13 diciembre 1934 (en que se hizo la interpretación más favorable al asegurado en otro contrato de seguro), 27 febrero 1942 (en caso y términos parecidos), 27 marzo 1945, 4 julio 1953, 18 mayo 1954, 28 marzo 1956, 12 marzo y 17 octubre 1957, 14 abril 1959, 19 noviembre 1966 (sobre seguro en una venta a plazos con cláusula general y especial contradictorias, en que el Tribunal Supre-

de 1956, que liberalizó la estipulación de la renta, y a partir de ese año, y sobre todo con la LAU de 1964. Lo mismo puede decirse de su acceso al Registro de la Propiedad, donde el Tribunal Supremo sólo les abre la puerta con la modificación del artículo 219 del Reglamento Hipotecario en 1959.

(9) El Tribunal Supremo ha cuidado de señalar, respecto de esa interpretación, los requisitos para la aplicación del artículo 1 288 del Código Civil que las cláusulas del contrato hayan sido redactadas unilateralmente por una de las partes y que en ellas haya una oscuridad que favorezca claramente a esa misma parte: Sentencias de 18 mayo 1954, 4 noviembre 1973 y 13 diciembre 1986, entre muchas

mo dice que habrá de decidirse «a favor de la cláusula que mejor defina la posición jurídica de las partes y el alcance de los pactos», y que «ha de reprobarse el subterfugio de emplear para destruir lo pactado en una cláusula otra que la derogue», 2 noviembre 1976, 20 mayo 1983, 25 febrero 1984, 7 octubre 1985, 24 abril 1986... (sobre contrato de seguro también estas cuatro últimas).

b) La apelación a la buena fe y a la eficacia y vinculación contractual más allá de la mera letra del contrato (valor integrador del art. 1.258 CC), que ha permitido al Tribunal Supremo justificar el que una de las partes negociales haya quedado obligada y deba cumplir en los términos de promoción y publicidad que había hecho de la cosa vendida, y que le fueran exigibles ciertas prestaciones funcionales de la misma no recogidas en el contrato, pero acordes con aquella publicidad: así, en la Sentencia de 27 enero 1977 (relativa a venta de un piso en propiedad horizontal); en términos semejantes, la Sentencia de 14 junio 1976 (venta de una máquina cuyo rendimiento no se acomodaba a la propaganda gráfica, «que cumple la función de una oferta», dice). La Sentencia de 7 noviembre 1988 afirma, en el mismo sentido, que «la publicidad sobre un objeto aún no existente forma parte esencial de la oferta, como se reconoce por la doctrina y ha venido a proclamar el artículo 8 de la Ley 26/1984, general para la defensa de los consumidores y usuarios, y origina responsabilidad en el oferente...» (10).

c) Por otra parte, la abundante jurisprudencia sobre condiciones generales de la contratación. Bastante antes de su regulación por la LCU de 1984 (19 julio) y de que esta cuestión fuera objeto de especial atención por parte de la doctrina, el Tribunal Supremo asumió la facultad de vigilar y controlar la validez de las cláusulas contenidas en las condiciones generales de los contratos declarando nula su ineficacia —recuérdese que a partir de la S. de 8 julio 1940 el TS ha sostenido la posibilidad de impugnar en casación la interpretación del contrato del Tribunal de instancia—. La Sentencia de 12 marzo 1957 afirmó que en los contratos de adhesión el Juez tiene un poder excepcional de interpretación y de revisión para modificar el contrato en la parte injusta; luego han declarado la nulidad de cláusulas de exoneración de responsabilidad las Sentencias de 4 julio 1953 (contrato de transporte), 28 marzo 1956 (contrato de seguro) y 23 diciembre 1954; las de 3 febrero 1927, 16 enero 1928 y 11 junio 1943 declararon la ineficacia de cláusulas que exoneraban a bancos de la responsabilidad por pagar cheques indebidamente, y las de 2 julio 1915, 18 marzo 1919 y

(10) Sin embargo, no prosperó la acción resolutoria ejercitada en el caso a que se refiere esa sentencia por no haberse acreditado el incumplimiento contractual del constructor-vendedor.

16 enero 1929, sobre cláusulas de exoneración en casos de entrega indebida de lo recibido en depósito (11).

d) Paralelamente, aparece una especie de «debate» entre sentencias de nuestro más Alto Tribunal (de nuevo, jurisprudencia contradictoria) acerca del carácter imperativo, o no, de ciertas normas que se van dictando sobre las nuevas formas de contratación o de ciertos bienes y servicios: por ejemplo, respecto de la ley de venta de bienes muebles a plazos. Así, han considerado que es de aplicación imperativa la Ley de 17 de julio 1965 de venta de bienes muebles a plazos las Sentencias de 10 febrero 1975, 28 marzo 1978, 10 abril 1981 y 18 noviembre 1983. Se han decantado por su carácter dispositivo las Sentencias de 14 mayo 1975 (que entendió que el contrato no estaba sometido a la LVP por no cumplir sus exigencias, con lo que resultaría que las partes pueden eludir su aplicación incumpliendo los requisitos fijados por dicha Ley) y la de 19 septiembre 1986 (ésta de forma más explícita y clara); con menos nitidez, las Sentencias de 17 junio 1970 y 29 diciembre 1974 (12).

4.4. *Protección del acreedor de la prestación prometida* y aprovechamiento por el Tribunal Supremo de oportunidades y búsqueda de mecanismos jurídicos que garanticen el cumplimiento del contrato. Hay con todo ello, en esa jurisprudencia, un desplazamiento de los problemas teóricos a lo pragmático (realismo *versus* formalismo ahora), una especie de subordinación del fin formal de las relaciones jurídicas derivadas del contrato al fin real y concreto buscado por los contratantes, que es el de la satisfacción de sus intereses respectivos y obtención de las recíprocas prestaciones comprometidas (cfr. Ss. de 27 febrero 1950 sobre los limitados esquemas formales y típicos que ofrece la Ley y el juego de la autonomía de la voluntad y del art. 1.255 CC, y la de 2 abril 1968 sobre contratos atípicos). Esa perspectiva ha llevado a nuestra jurisprudencia, en evolución paralela a la doctrina, a un deslizamiento desde una concepción genética del contrato a una visión y valoración funcional del mismo, conjugada con la consideración de justicia y equidad del caso concreto que antes mencioné en otro contexto.

Son exponentes de esa orientación jurisprudencial, entre otros:

a) La dotación de medios para que cada parte negocial no vea frustrado el fin esencial y práctico del contrato, por ejemplo, concediendo acción

(11) En el mismo sentido y con idéntica finalidad protectora muchas de las sentencias citadas en el apartado a) precedente referidas a contratos de adhesión (que contienen con frecuencia estas condiciones generales).

(12) Sobre esta cuestión véase R. BERCOVITZ, *Comentario a la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles*, Madrid, 1977, págs. 114 y sigs., y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Las ventas a plazos de bienes muebles*, Madrid, 1988, págs. 23 y sigs.

al subadquirente contra el vendedor o constructor originario en caso de incumplimiento de contrato o ruina del edificio (cfr. Ss. de 5 mayo 1961, 11 y 28 octubre 1974, 1 abril 1977, 3 octubre 1979, 25 febrero 1985, 22 abril y 17 mayo 1988) y aun contra el subcontratista (véanse Ss. de 23 noviembre 1985 y 22 marzo 1986, más clara y mejor razonada esta última; cfr. también S. de 29 septiembre 1987), o cuando acentúa la responsabilidad del contratante por irregularidades de sus auxiliares en el cumplimiento contractual (Ss. de 30 abril 1959, 3 octubre 1967, 9 febrero 1976, 17 mayo 1977, 10 mayo 1984 y muchas más), habiendo llegado a hablar en la Sentencia de 22 junio 1989 de un principio de responsabilidad del principal por la actuación de sus auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones del primero que se puede inducir de normas particulares en defecto de una regla general (13).

b) El reforzamiento de los mecanismos para dejar a salvo el interés del contratante cumplidor frente al incumplidor (jurisprudencia sobre el pacto de reserva de dominio, la condición resolutoria, las fianzas atípicas, la interpretación del art. 1.591 CC, etc.).

c) La reparación *in natura* de la obra defectuosa (contrato de obra) que la jurisprudencia propicia al conceder acción al comitente para exigirla: Sentencias de 19 febrero y 20 noviembre 1959, 30 octubre 1980, 10 mayo 1983, 27 octubre 1987 y 22 febrero 1988 (las dos últimas estiman no incompatible la pretensión de reparación *in natura* con el resultado de una indemnización sustitutoria en caso de dificultad o imposibilidad de aquélla), 9 febrero 1990, 26 mayo y 2 octubre 1992 (14); véase también la Sentencia de 15 marzo 1979.

d) La interpretación jurisprudencial del artículo 1.484 del Código Civil (defectos de la cosa vendida que la hacen impropia para el uso a que se la destina) en el sentido de equiparar ciertos defectos a prestación diversa (*aliud pro alto*), con la posibilidad de aplicación de los artículos 1.101 y 1.124, lo que protege mejor al comprador a quien la cosa comprada resulta inhábil para la finalidad prevista, incluso en el plazo para el ejercicio de la acción: cfr. Sentencias de 12 marzo 1982, 20 febrero 1984, 6 marzo 1985, 6 abril 1989, 7 abril 1993 (relativa a máquina de segunda mano que no llega a funcionar) y 7 mayo 1993 (máquina inhábil para su destino). Parece evidente que no es ajeno a esa dirección jurisprudencial lo excesivamente limitado del plazo para el ejercicio de la acción *ex* artículo 1.490, considerado además de caducidad, lo que debilita la posición del comprador.

(13) Véase comentario a esa sentencia de GORDILLO CAÑAS en CCJC, núm. 20, págs. 589 y sigs. Hago más amplia referencia a esta sentencia en el apartado 5.1.e).

(14) La Sentencia de 10 mayo 1986 contempla la posibilidad de que el resarcimiento en forma específica se concrete en la entrega de un edificio de caracteres análogos al ruinoso sin que el responsable tenga la obligación previa de construirlo

4.5. Una clara *tendencia hacia la objetivación*, de distinto signo y alcance, frente a criterios subjetivistas de otrora, es otra orientación de la jurisprudencia que estudio. También con manifestaciones variadas:

a) Hay, en principio, en esa jurisprudencia una tendencia general a la objetivación de la obligación y de la prestación (particularmente en cierto contratos, como en la compraventa, el arrendamiento de obra, en el mandato y contratos de él derivados...) destacadas de la persona del deudor que adquieren así un valor sustantivo, concepción que se adapta mejor a las exigencias del tráfico jurídico y económico de las últimas décadas. Interesa al acreedor sólo la seguridad del cumplimiento de la obligación, y en ese sentido se han decantado también los instrumentos jurídicos del tráfico (garantías de pago, reserva de dominio, extensión de la solidaridad...) manejados por los contratantes y por los tribunales que juzgan sobre contratos: también el Tribunal Supremo (relaciónese con lo dicho en el apartado anterior).

b) Otras veces se trata de la prevalencia de criterios objetivos en la valoración de conductas o de voluntades tácitas por necesidad de la seguridad del tráfico jurídico y la protección de terceros: así, a título de ejemplo, en el mandato tácito, donde se ha impuesto la interpretación de los hechos concluyentes (de que se deduce el consentimiento) del mandante en su consideración normal y para el tráfico o desde la perspectiva de aquellos ante quienes se ha producido, en lugar de buscar la voluntad concreta de aquél (cfr. Ss. de 2 junio 1981 y 1 marzo 1988).

c) En otras ocasiones es la *objetivación de la responsabilidad del contratante*, al margen de los criterios generales (eminentemente subjetivos) de la responsabilidad contractual. Esa tendencia a la responsabilidad contractual objetiva —a lo que no es ajena la influencia de idéntico proceso hacia la objetivación de la responsabilidad contractual— se ha manifestado de varias formas:

a') En los contratos creadores de obligaciones de resultado, en que la no consecución de éste se pone a cargo del deudor; véase a ese respecto las Sentencias de 14 noviembre 1978 (que cita las de 19 febrero y 20 mayo 1959 y 7 junio 1966), 11 noviembre 1982, 29 noviembre 1985, 28 noviembre 1989 (relativas todas al contrato de obra, prototipo de contrato generador de prestación de resultado), entre otras;

b') En la reciente jurisprudencia sobre responsabilidad médica, ámbito en el que, aunque excepcionales (sobre todo respecto del propio médico) hay pronunciamientos de responsabilidad sin culpa, tales como las Sentencias de 1 diciembre 1987 (inversión de la carga de la prueba), 16 diciembre 1987 (la argumentación parece girar alrededor de una especie de obligación de suministrar medicamentos en buen estado y se condena a la demandada

por no haberse hecho así), 5 mayo y 7 junio 1988 (exigencia de tener las instalaciones sanitarias en buen estado y disponer del instrumental adecuado), 24 abril 1990 (responsabilidad del INSALUD por mal funcionamiento de los servicios) y 29 octubre 1992 (responsabilidad del mismo ente «por incumplimiento de las obligaciones contractuales al no haber aportado todo lo necesario para la curación del enfermo»);

c') En los casos de obligación de seguridad, que compete al que explota los remontes de una estación de esquí respecto de los esquiadores que usan las instalaciones y pistas (S. de 23 marzo 1988);

d') En caso de pérdida por incendio de las cosas depositadas (S. de 8 enero 1929) y de pérdida de automóvil por incendio en garaje (S. de 10 junio 1929);

e') En la interpretación y aplicación del artículo 1.766 del Código Civil con ocasión de la restitución de la cosa: Sentencias de 16 enero 1929 (entrega de la cosa a persona distinta del depositante), 30 diciembre 1929, 19 febrero 1930 (devolución de depósitos bajo resguardos transmisibles), 11 julio 1989 (responsabilidad del hostelero), etc.

f') En la interpretación de los artículos 1.744 y 1.745 del Código Civil (S. de 3 junio 1983);

g') En la responsabilidad en la construcción: Sentencias de 14 noviembre 1978, 2 marzo 1979, 11 noviembre 1982, 31 enero 1985 y, en general, toda la jurisprudencia que reconoce la existencia de una presunción de culpa en el artículo 1.591 del Código Civil y en la responsabilidad en la construcción (15).

d) Pero quizá el caso mas notorio de esta tendencia hacia la objetivación es el de la evolución de la jurisprudencia en la interpretación del requisito del incumplimiento de la obligación del pago del precio en la resolución de la compraventa *ex* artículo 1.504 del Código Civil, donde frente a la exigencia de una voluntad deliberadamente rebelde y obstativa al cumplimiento por parte del comprador, de la jurisprudencia hasta hace apenas diez años (Ss. de 30 marzo y 3 abril 1981, 7 marzo 1983, 10 noviembre 1982...), se va imponiendo —de la misma forma que para la resolución basada en el artículo 1.124 del Código Civil (16), aunque

(15) Por ella se inclina un amplio sector doctrinal: GARCÍA CANTERO, SANTOS BRIZ, FERNÁNDEZ HIERRO, CADARSO PALAU, FERNÁNDEZ COSTALES, HERRERA CATENA, GÓMEZ DE LA ESCALERA (cfr. este último autor, «La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de construcción», Barcelona, 1990, con citas más concretas, págs. 70 y sigs.). Véase también CABANILLAS SÁNCHEZ, «La evolución de las responsabilidades en la construcción», *Centenario del Código Civil* (Asociación Profesores Derecho Civil), Madrid, 1990, t. I, págs. 351 y sigs.

(16) La jurisprudencia más reciente insiste en que el artículo 1.504 del Código Civil es una manifestación específica del artículo 1.124: Sentencias de 5 mayo y 21 julio

más tardíamente— el criterio objetivo de la suficiencia de un hecho obstativo que de manera absoluta y definitiva impide el cumplimiento, fundado en el sinalagma funcional y en la reciprocidad de las prestaciones: cfr. Sentencias de 25 junio, 18 y 28 noviembre, 2 diciembre 1985, 21 y 26 febrero 1986, 26 abril, 12 mayo 1988, 5 junio 1989. 24 febrero 1990, 14 febrero, 16 mayo y 7 junio 1991, 2 marzo 1992 y 3 marzo 1993 (17).

4.6. PROTECCIÓN DE LA APARIENCIA JURÍDICA

Eminentemente por razones de seguridad del tráfico y éticas (protección de terceros de buena fe) el Tribunal Supremo ha diseñado, con ocasión de particulares problemas derivados de algunos contratos, una interesante doctrina relativa a la protección de la apariencia jurídica creada por uno o los dos contratantes y de las razonables expectativas que estas conductas han hecho surgir en terceros, sobre todo si actuaron de buena fe.

Esta cuestión, no exclusiva del ámbito contractual y con múltiples manifestaciones en otros terrenos (Derecho de cosas y de sucesiones), tiene un paradigmático y destacado ejemplo en la figura del *mandato aparente*:

1990, 22 enero 1991, 4 marzo y 7 julio 1992, 3 marzo 1993; cfr. respecto de la jurisprudencia anterior Sentencias de 23 septiembre 1959. 1 febrero 1967, 24 junio 1968, 3 junio 1970 y muchas más. Sobre esta cuestión y todo lo relativo al artículo 1.504 del Código Civil es de imprescindible manejo la obra de JORDANO FRAGA, *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. estudio jurisprudencial del artículo 1.504 del Código Civil*. Madrid, 1992.

(17) Esta última reproduce la doctrina de la Sentencia de 4 marzo 1992, que recoge jurisprudencia anterior: «Según la más reciente doctrina jurisprudencial, para la resolución del contrato es suficiente que se frustre el fin del contrato para la otra parte y que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea precisa una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando frustrar, como ya se dice, las legítimas aspiraciones de la contraparte (Ss. de 24 febrero 1990 y 7 junio 1991), así como que no es preciso que el contratante incumplidor actúe con el ánimo deliberado de causar el incumplimiento, bastando que pueda atribuírsele una conducta voluntaria (y no sanada por una justa causa que la origine) obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó (Ss. de 14 febrero y 16 mayo 1991), siendo, en definitiva, aplicable el artículo 1.504 a los casos en que se da el hecho objetivo del impago, la quiebra de la finalidad económica del contrato, el impago prolongado, duradero, injustificado (Ss. de 20 diciembre 1989, con cita de otras anteriores)». Cfr. comentario Sentencia de 3 marzo 1993 de J. RUIZ-RICO RUIZ MORÓN en *CCJC*, núm. 31, págs. 256 y sigs., y la obra de JORDANO FRAGA, *La resolución por incumplimiento* .. recién citada, *passim* (especialmente págs. 136 y sigs., por lo que aquí interesa), para quien no ha habido tanto un cambio real de la jurisprudencia, sino una mutación terminológica nacida del deseo de evitar el riesgo de que por el fuerte acento subjetivista de la terminología tradicional pudiera pensarse que es el dolo del deudor incumplidor el criterio distintivo entre los incumplimientos resolutorios y los no resolutorios (pág. 163)

situación relacional que, sin contrato ni verdadero mandato (ni siquiera tácito), surte los mismos efectos que éste respecto de tercero que de buena fe confía razonablemente en la verdad de la situación objetiva de apariencia de mandato que ante él se presenta y a cuya formación él ha sido ajeno. Véase en este sentido, con expresiones semejantes, las Sentencias de 15 junio 1966, 10 febrero 1967, 25 octubre 1975, 15 noviembre 1977, 2 junio 1981, 10 mayo y 28 junio 1984, 26 noviembre 1986, 18 septiembre 1987... (18).

La misma finalidad protectora (tanto de la apariencia jurídica como de la buena fe del tercero) subyace en cierta jurisprudencia recaída con ocasión de *contratos simulados* (casi siempre compraventas) respecto de los que el Tribunal Supremo ha dicho que la simulación no puede perjudicar a los terceros de buena fe que hubiesen conseguido alguna posición jurídica confiados en la apariencia del negocio simulado: véanse Sentencias de 27 octubre 1951 (sobre venta de establecimiento mercantil y novación de arrendamiento con aumento de renta), 14 febrero 1963 (relativa a una segunda venta, por adquirente de buena fe y a título oneroso) y 16 mayo 1967; negaron esta protección las Sentencias de 3 junio 1953 y 14 marzo 1958 (por confabulación o conocimiento de la simulación y cooperación a ella de los terceros).

Lo mismo puede decirse en relación con el tercero que confía en la existencia del *poder de representación* derivado de un mandato o de una relación mercantil: la jurisprudencia hace responsable al representado por crear una apariencia engañosa, y esa conducta le obliga a proceder «como si el mandato hubiera efectivamente existido» (S. de 10 febrero 1967; cfr. también S. de 24 abril 1970); la Sentencia de 19 junio 1969 se apoya, por otro lado, en el principio de la buena fe que ha de presidir las relaciones contractuales; en la Sentencia de 28 junio 1984 se protege al tercero que ha contratado creando una vinculación representativa derivada de una situación de hecho en ese sentido y en una ambigua relación contractual entre representado y representante. Ya la Sentencia (relativamente antigua) de 6 marzo 1943 había dicho que los principios de seguridad jurídica y protección de terceros de buena fe imponen que no se haya de perjudicar a dichos terceros por limitaciones del poder que no hayan podido conocer ni racionalmente prever; parecida posición la Sentencia de 17 mayo 1871 para la extralimitación en el uso del poder (19).

(18) En esta materia es fundamental la obra de GORDILLO CAÑAS, *La representación aparente*, Sevilla, 1978, y sus comentarios jurisprudenciales en *CCJC*. de las Sentencias de 10 mayo 1984 (el núm. 5), 28 junio 1984 (núm. 6) y 22 junio 1989 (núm. 31).

(19) Dice esta sentencia que la extralimitación en el uso del poder que cometa el apoderado vulnerando particulares convenios con el poderdante que le limiten el poder

Idéntica fundamentación tiene la interpretación y aplicación que el Tribunal Supremo ha hecho a veces de los *artículos 1.734 y 1.738 del Código Civil*, que va más allá de lo que de otra forma podría deducirse de tales preceptos: el tercero puede confiar en la existencia y subsistencia del poder, aunque no exista o haya sido revocado, si el representado creó una situación de confianza en ese sentido (Ss. de 5 diciembre 1958 y 3 julio 1976). Por la misma razón, ha defendido la presunción de existencia del poder en favor de tercero (S. de 6 abril 1964) y su extensión (Ss. de 18 octubre 1965 y 25 mayo y 24 junio 1968).

Puede verse también la preocupación de la jurisprudencia por la protección de terceros de buena fe en las *ventas con pacto de reserva de dominio*, donde varias sentencias han protegido a acreedores del comprador frente a las maniobras encaminadas a sustraer bienes del patrimonio del deudor-comprador (cfr. Ss. de 30 noviembre 1915 y 10 enero 1929 y, sobre todo, la de 10 junio 1958); en cuanto a la protección del subadquirente de buena fe y a título oneroso de cosa mueble, véase la Sentencia de 1 diciembre 1909. Aunque con menos claridad, hay idéntico fundamento de la protección de terceros afectados por el pacto de exclusiva añadido a compraventa en las Sentencias de 29 octubre 1955 y 25 marzo 1962.

4.7. DESFORMALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS

Desde principios de siglo puede observarse una decidida tendencia en nuestra jurisprudencia (con las inevitables excepciones) hacia la desformalización de los contratos —compatible con el resurgir de cierto formalismo impuesto legalmente con la aparición o nueva regulación de algunos contratos por razones de política jurídica—, no sólo con referencia al contrato en general con la interpretación benévola y abierta de los artículos 1.278, 1.279 y 1.280 del Código Civil (que a contratos especiales se aplican, obviamente) (20), sino por lo que afecta a contratos concretos y en pronunciamientos *ad hoc*. He aquí algunos ejemplos:

no puede trascender en su eficacia a quien de buena fe contrató con aquél, ya que de otro modo la seguridad jurídica quedaría frustrada a voluntad del contratante que obre de mala fe o con negligencia perjudicial a terceros.

(20) Así, por ejemplo, cuando ha dicho el Tribunal Supremo para ciertos supuestos del artículo 1.280.1º del Código Civil que las formas exigidas en los mismos no son *ad solemnitatem*, sino *ad probationem* (Ss. de 3 febrero 1987 y 17 mayo 1988); o en la interpretación dada al artículo 1.280.2, que viene a desmontar la exigencia del documento público para los contratos en que la cuestión de las prestaciones exceda de 1.500 pesetas (Ss. de 6 octubre 1965, 26 enero 1967 y 9 diciembre 1977); y en el sentido y alcance que da al artículo 1.279 del Código Civil respecto del compelido a otorgar la forma pública (Ss. de 30 enero 1946, 11 noviembre 1970 y 17 febrero 1975), o la

- a) La permisión y eficacia de la donación obligacional o promesa de donación (Ss. de 7 diciembre 1948, 13 noviembre 1962 y 6 abril 1979).
- b) Frente al criterio rígidamente formalista del arrendamiento de fincas rústicas de la LAR de 1935 (arts. 5, 6 y 56-64), el Tribunal Supremo dijo que los defectos de forma no alteran su naturaleza y sólo condicionan su eficacia (Ss. Sala Social de 3 diciembre 1941, 12 enero y 18 noviembre 1942).
- c) Aunque el Decreto de 18 septiembre 1936 y Ley de 23 febrero 1940 declaraban necesaria la intervención de Agente de Cambio y Bolsa para la enajenación de valores bajo pena de nulidad, las Sentencias de 13 abril 1957 y 13 octubre 1959 dijeron que no supone nulidad la venta sin su intervención (contra S. de 6 octubre 1956).
- d) La validez y eficacia *inter partes* de las modificaciones del régimen económico matrimonial en documento privado, no obstante los términos del artículo 1.327 del Código Civil (S. de 4 diciembre 1985).
- e) La atenuación del rigor del artículo 1.667 del Código Civil (que la generalidad de la doctrina venía entendiendo como exigente de forma pública *ad solemnitatem*), hasta el punto de considerar válida y eficaz la constitución de sociedad con aportación de inmuebles en solo documento privado con posibilidad de aplicación de la doctrina del artículo 1.279: véanse Sentencias de 28 junio 1950, 24 abril 1953, 21 mayo 1960, 23 mayo 1962, 22 febrero 1974 (...), 15 junio 1984, 30 abril 1986, 21 junio 1990... Parecida posición en la interpretación del artículo 1.668 (cfr. S. de 24 junio 1988).
- f) No obstante la exigencia de forma pública para la hipoteca inmobiliaria y para la mobiliaria, se admite la constitución de hipoteca mediante testamento, incluso ológrafo (sin perjuicio de que sea complementado con otros documentos); para la hipoteca judicial cabe la constitución *apud acta*; y parecen admisibles ciertas hipotecas constituidas administrativamente.

De esa jurisprudencia parece poder deducirse —lo hace A. LÓPEZ LÓPEZ— (21) que formas *ad solemnitatem* que no pueden ser rellenadas por la vía del artículo 1.279 sólo cabe predicarlas de los contratos a título gratuito, y ello por el desfavor con que el Código Civil contempla su causa.

eficacia del contrato antes de hacerlo (Ss. de 10 junio 1941, 10 abril 1978 y 4 diciembre 1985), o cuando concreta el alcance del artículo 1.280 (eminente forma-requisito de eficacia: Ss. de 12 febrero 1975, 9 diciembre 1977 y 24 mayo 1980, más alguna de las antes citadas)

(21) Comentario al artículo 1.279 en *Comentario del Código Civil* del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

4.8. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS CONTRATOS

El Tribunal Supremo, unas veces por insuficiencia o deficiencias de su régimen legal, otras por necesidad de adecuación a la realidad socioeconómica en evolución continua, ha realizado una notable labor en la interpretación de normas concretas relativas a contratos, en algunos casos más allá de lo que es su función propia, y con notoria influencia en el régimen jurídico actual y efectivo de esos contratos.

Cabe citar, entre muchos, como casos más señalados, el de la aplicación del régimen del incumplimiento contractual a ciertos supuestos de saneamiento por vicios ocultos de la cosa vendida —a que antes hice alusión—, el cual, aun cargado de historia en nuestro Código Civil (lo que podía justificarlo en 1889), resulta hoy en muchos casos poco funcional, un tanto injusto (problema de plazos de ejercicio de la acción) e incluso anacrónico —desplazado en buena medida por la moderna legislación protectora de consumidores y usuarios—; y, sobre todo, caso más significado, la notable adecuación que ha hecho el Tribunal Supremo a las exigencias y necesidades actuales del ya muy insuficiente tratamiento legal del contrato de obra (22), particularmente la abierta interpretación que ha dado al artículo 1.591 del Código Civil tanto en el terreno de la responsabilidad (en varias direcciones) como en la ampliación de la legitimación activa (23) y pasiva (24) en el ejercicio de la acción o al haberlo hecho compatible con las

(22) Así lo reconoce la STS de 1 octubre 1991 (Ponente, Sr. BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, pues hay otra de idéntica fecha sobre la misma materia): «tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido poniendo de relieve la inadecuación a la realidad y la insuficiencia de este artículo 1.591 para regular el fenómeno moderno de la construcción, su evolución y desarrollo, así como el conjunto de personas y medios que en el mismo concurren».

(23) La jurisprudencia concede legitimación para ejercitar la acción del artículo 1.591 del Código Civil al comitente que encarga al contratista la ejecución de la obra (S. de 21 octubre 1987), al promotor vendedor (Ss. de 26 noviembre 1984 y 13 julio 1987), al presidente de la comunidad de propietarios (Ss. de 21 diciembre 1981, 8 febrero y 30 abril 1982, 28 octubre 1984, 16 febrero 1985, 30 octubre 1986, 27 octubre 1987...), a los adquirentes y subadquirentes de viviendas o locales (Ss. de 5 mayo 1961, 25 octubre 1975, 1 abril 1977, 12 mayo y 3 octubre 1979, 20 febrero y 21 diciembre 1981, 14 abril 1983, 26 noviembre 1984, 17 mayo 1988 y muchas más) La Sentencia de 19 febrero 1959 concedió legitimación también al arrendatario (excepcional). Sobre esta cuestión cfr. CABANILLAS SÁNCHEZ, «Comentario a la Sentencia de 3 octubre 1979», en *ADC*, 1980, págs. 124 y sigs., y «La evolución de las responsabilidades...», *loc. cit.*, págs. 360 y 361, de donde tomo algunas referencias.

(24) Es más conocida esta ampliación de la legitimación pasiva (a que ya tengo hecha referencia antes de ahora). Pueden ser demandados por responsabilidad en la construcción el arquitecto director y el arquitecto proyectista (Ss. de 21 diciembre 1981, 11 noviembre 1982, 8 junio 1984, 1 marzo 1986, 15 julio 1987, 26 marzo 1988...), el aparejador (Ss. de 5 mayo 1961, 6 octubre y 22 noviembre 1982, 23 febrero 1983, 13 febrero 1984, 5 y 7 junio 1986, 27 octubre 1987, etc.), el ingeniero que calcula estruc-

reglas del incumplimiento contractual (incluida la posibilidad de resolución *ex art. 1.124 CC*) (25) y la posibilidad también del cumplimiento *in natura*, a que igualmente me he referido antes.

He aquí algunas manifestaciones de esa labor jurisprudencial:

A) Ha realizado una *interpretación integradora* de ciertos preceptos, como el artículo 1.473 del Código Civil, cuyo segundo párrafo omite la exigencia de buena fe del adquirente que antes inscriba su adquisición en el Registro, y la jurisprudencia la ha exigido prácticamente desde siempre (Ss. de 13 mayo 1908..., 30 enero 1960, 31 diciembre 1969, 18 febrero 1974, 16 febrero 1981, 17 diciembre 1984, 30 junio 1986...).

B) *Interpretación correctora* de algunas normas o de parte del régimen jurídico de ciertos contratos:

- a) En relación con los *arrendamientos rústicos* sometidos a las Leyes de 1935 y 1942 y frente a los preceptos correspondientes, de los que parecía deducirse que la conversión de la renta pactada en numérico a la especie de trigo comportaba ya la revisión de aquélla (única en el plazo contractual), la jurisprudencia se manifestó en otro sentido y las consideró como facultades distintas y compatibles (Ss. de 18 enero 1945, 18 diciembre 1946, 23 diciembre 1957, entre otras).
- b) En el contrato de *renta vitalicia*, frente a la expresión del artículo 1.805 del Código Civil y de cierta jurisprudencia anterior (S. de 2 marzo 1956 y R. de 31 mayo 1951) se ha impuesto la tesis de la validez del pacto resolutorio para el caso de incumplimiento por la deudora del pago de las pensiones: Sentencias de 13 mayo 1959, 14 octubre 1960, 15 enero 1963 y 14 octubre 1969 (que admite que el rentista conserve, además de las rentas percibidas, los frutos producidos por el capital).
- c) Respecto de la *transacción sobre alimentos futuros*, prohibida por el artículo 1.814 del Código Civil, el Tribunal Supremo restringe tal prohibición a los alimentos entre parientes (legales), pero no a los

turas (Ss. de 26 octubre 1971, 9 octubre 1981, 14 noviembre 1984, 9 diciembre 1985), el promotor (Ss. de 11 febrero y 28 marzo 1985, 30 octubre 1986, 27 octubre 1987), el subcontratista (Ss. de 23 noviembre 1985 y 22 marzo 1986: en ésta eran actores los subadquirentes) e, incluso, los herederos del arquitecto (S. de 22 noviembre 1971, que se basa en no ser personalísima ni intransmisible la responsabilidad y deuda del arquitecto).

(25) Sentencias de 19 febrero 1970 (comentario CADARSO PALAU *ADC*, 1970, págs. 670 y sigs.), 15 marzo y 30 octubre 1979, 28 septiembre 1987. La Sentencia de 9 octubre 1981 aplica el artículo 1.124 en un caso de defectos graves de construcción en obra no terminada.

acordados voluntariamente por testamento o por pacto (cfr. Ss. de 10 noviembre 1948, 3 marzo 1967 y 14 febrero 1976, en interpretación que LACRUZ llama «correctora»).

- d) Con referencia a los *supuestos del artículo 1.844. 3.º del Código Civil* en que procede la acción de regreso del cofiador que paga por todos, la Sentencia de 11 noviembre 1982, atendiendo al espíritu y finalidad de esa norma más que a su expresión, ha hecho una interpretación correctora legitimando para aquella acción al fiador que paga la totalidad vencida de la obligación principal sin tener en cuenta las limitaciones legales, interpretación que ya había dado antes la Sentencia de 9 junio 1958 y que han confirmado las Sentencias de 31 octubre 1987, 4 junio 1984, 7 julio y 2 diciembre 1988 (hace un uso alternativo del Derecho, aplicando el art. 1.822.2.º en lugar del 1.844, por más favorable al cofiador que pagó), 24 enero 1989 y 7 junio 1991 (que concreta que la razón de ser del indicado precepto es evitar los pagos por la mera voluntad de uno de los cofiadores o por la conducta infundada, unilateral, caprichosa o incluso maliciosa del que paga) (26).
- e) Por otro lado, ha habido lugar a una interpretación correctora —como reconoce la S. de 11 octubre 1989— (27) (o «semicorrectora»), como dice alguna sentencia: tales las de 2 marzo 1981 y 7 abril 1983) de algunas normas sobre obligaciones, en general, desde cierta jurisprudencia relativa a contratos especiales. El caso más próximo y conocido es el del artículo 1.137 del Código Civil, cuya regla de no presunción de solidaridad, hoy notablemente atenuada, ha quedado modificada en algunas ocasiones por mor de esa jurisprudencia, que aun con antecedentes en el ámbito de la responsabilidad por culpa extracontractual se va dibujando en el contractual con la Sentencia de 7 enero 1979 (sobre compra *pro indiviso* de un inmueble) y confirmada con las de 2 marzo 1981 y 15 marzo 1982 (28); la de 10 noviembre 1981 (sobre arrendamiento de obra y responsabilidad *ex art.* 1.591 CC) dice que el principio del artícu-

(26) Cfr. GULLÓN BALLESTEROS, «Sobre el artículo 1.844 del Código Civil», *Centenario del Código Civil* (APDC), t. I, págs. 1033 y sigs., donde comenta alguna de esas sentencias.

(27) Recoge la referencia de la Sentencia de 2 marzo 1981 a «interpretación correctora» DÍEZ-PICAZO, que observa «cierta dosis de esta solidaridad *contra legem*» en la jurisprudencia comentada (*Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. II, Madrid, 1993, pág. 174).

(28) Ponen estas sentencias el acento y justificación de la solidaridad en la unidad de fin de prestaciones derivadas de contrato. En términos parecidos la Sentencia de 2 junio 1987, que subraya «la voluntad de crear una obligación única» y la actuación en común de los contratantes.

lo 1.137 del Código Civil no opera «en las situaciones en que los sujetos aparecen ligados por contratos diferentes con una misma causa y produciéndose entre todos una interdependencia o comunidad de intereses»; y las Sentencias de 2 junio y 7 octubre 1982 (ésta sobre contrato de obra) parecen generalizar la existencia de solidaridad en los casos de creación de una relación obligatoria unitaria entre los obligados (29).

C) Una verdadera *interpretación contra legem* ha hecho en algún caso el Tribunal Supremo, interpretación que se ha impuesto en la realidad práctica frente a la norma legal oportuna y creado lo que se ha llamado «Derecho jurisprudencial». El caso más conocido es el de la limitación a un solo caso de la transmisión más conocida del derecho arrendaticio sobre local de negocio, en contra de la expresión del artículo 73 de la LAU de 1946: Sentencias de 10 mayo 1954, 24 febrero 1956, 23 marzo y 25 noviembre 1957, 5 diciembre 1958, 9 diciembre 1959, 29 abril y 6 mayo 1960...

Posiblemente estamos también ante un caso de interpretación abrogante (así lo considera V. GUILARTE ZAPATERO) (30) con la Sentencia de 23 febrero 1988 y su interpretación (sociológica, dice) del artículo 1.798 del Código Civil: contra la letra y criterio de éste, estima reclamable la cantidad prestada, con ocasión y en un casino de juego, por la dirección de éste, viniendo así a declarar que todos los juegos de azar practicados en casinos, según sus normas administrativas, han de ser subsumidos en el artículo 1.801 —contra la jurisprudencia anterior: cfr. Ss. 3 junio 1961 y 19 noviembre 1986, ésta para un supuesto un tanto distinto— (31).

(29) La Sentencia de 7 abril 1983 predica la solidaridad de la «comunidad jurídica de objetivos entre las prestaciones de los diversos deudores dada la interna conexión entre ellas. En términos parecidos la Sentencia de 17 diciembre 1990

(30) «Proyección de la Sentencia de 23 febrero 1988 del Tribunal Supremo en el régimen de los juegos de azar sancionado en el Código Civil: ¿una interpretación derogatoria de su artículo 1.798?», en *Centenario del Código Civil* (APDC), t. I, págs. 1003 y sigs.

(31) La jurisprudencia francesa ha efectuado una parecida evolución e interpretación de su precepto homólogo (art. 1.965 del *Code*: «la loi n'accorde aucune action pour une dette du jeu ou pour le paiement d'un pari») al de nuestra Sentencia de 23 febrero 1988, así, la Sentencia de 19 marzo 1980 de la Chambre mixte de la Cour Cassation, y las de 18 y 31 enero 1984 de la Ch. civ. Cour Cass. (citadas por GAYA SICILIA en su comentario a aquella en *CCJC*, enero 1988, pág. 141). Véase también la crítica de dicha sentencia de V. GUILARTE ZAPATERO, «Proyección de la Sentencia de 23 febrero 1988...», *loc. cit.*

5. (RE)CONSTRUCCION DE CIERTOS PRINCIPIOS, CONCEPTOS Y CATEGORIAS GENERALES RELATIVAS A LAS OBLIGACIONES Y A LA TEORIA GENERAL DEL CONTRATO, EN GENERAL CON OCASION DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE CONTRATOS EN ESPECIAL

Ya anuncié en su momento la inseparabilidad de la teoría general del contrato respecto de la evolución jurisprudencial de los contratos especiales y cómo por un involuntario procedimiento inductivo y tópico la jurisprudencia sobre estos contratos y sus problemas concretos en la realidad práctica ha contribuido decisivamente a una reelaboración de las más importantes cuestiones y figuras jurídicas propias de las obligaciones y del contrato en general: en su revisión y reconstrucción, a veces actualización o adaptación a la moderna contratación, partiendo de la normativa general (en ocasiones deficiente o anacrónica), ha participado de manera muy notable el Tribunal Supremo por ese conducto.

Unas veces se trata de principios jurídicos inducidos de normas concretas relativas a contratos (en ocasiones, incluso de otros ámbitos normativos), otras veces, de categorías dogmáticas o clasificatorias; o se refiere a categorías normativas, conocidas por nuestro Derecho positivo, pero mal definidas o perfiladas; en algunas ocasiones, a conceptos instrumentales de la norma (edificio, arquitecto, empresa) que requieren más precisión, mejor delimitación que la que proporciona el legislador. Encontraremos finalmente (?) otros conceptos o cuestiones generales cuya inteligencia y régimen jurídico actual es inseparable del de ciertos contratos especiales y la jurisprudencia correspondiente.

5.1. PRINCIPIOS JURÍDICOS GENERALES

Me refiero aquí sustancialmente a aquellos que partiendo unas veces de alguna norma aislada o induciéndolos de otras concretas, y en alguna ocasión con total ausencia de apoyo legal, han sido enunciados y aplicados por el Tribunal Supremo fuera y en términos más generales de los que ofrecían aquellos materiales normativos. He aquí unos ejemplos:

A) En primer lugar, el *principio de libertad personal y la invalidez de una perpetua vinculación contractual* que, formulado en el artículo 1.583 del Código Civil y en defecto de pronunciamientos directos sobre este precepto, ha encontrado su mejor expresión y concreción jurisprudencial respecto de otros contratos:

- 1) Con ocasión de la interpretación benévola de la facultad de denuncia unilateral del artículo 1.705 del Código Civil del contrato de

sociedad de duración indefinida, donde alguna sentencia habla de la inviabilidad de una «vinculación eterna de los socios entre sí y respecto de la sociedad» (S. de 15 octubre 1974), y muchas más de la facultad del socio de separarse unilateralmente (Ss. de 20 junio 1959, 7 marzo 1964, 24 febrero, 17 mayo y 22 noviembre 1973, 7 diciembre 1988, 6 octubre 1989... (32);

- 2) En relación con la venta con pacto de exclusiva indefinida, en que a falta de otra norma concreta ha reconocido la misma facultad de denuncia unilateral: Sentencias de 18 marzo y 28 mayo 1966, 17 diciembre 1973 («tal convención no podría ser perpetua, pues ello iría en contra de la ley y de la naturaleza de los actos humanos»), 14 febrero 1973 (muy explícita y razonada), 11 febrero 1984...;
- 3) Al interpretar la expresión «por tiempo determinado» del artículo 1.543 del Código Civil y desestimar la cláusula de perpetuidad en los arrendamientos ya desde la Sentencia de 11 febrero 1908; igual mentalidad en la inteligencia de los arrendamientos por tiempo indefinido (Ss. de 15 octubre 1924, 16 mayo 1946, 21 mayo 1958, 20 febrero 1960, 16 diciembre 1963, 9 julio 1979, entre muchísimas; cfr. también las de 22 enero 1958 y 2 julio 1959).

B) *Principio contrario a la no presunción de solidaridad.* Iniciado este principio favorable a la solidaridad y en contra de lo dispuesto en el artículo 1.137 del Código Civil en el ámbito de la responsabilidad extracontractual —innecesario recordar casos y jurisprudencia por conocidos—, ha ido construyendo nuestro Tribunal Supremo una interpretación de dicho precepto [que hemos visto en el apartado 4.8.B.e)] que parece haber conducido a la creación de un principio a favor de la solidaridad de los obligados *ex contractu* en ciertos casos, con una fundamentación próxima y coherente: la Sentencia de 10 noviembre 1981 (sobre arrendamiento de obra y responsabilidad *ex art.* 1.591 CC) dice que el principio del artículo 1.137 del Código Civil no opera «en las situaciones en que los sujetos aparecen ligados por contratos diferentes con una misma causa y produciéndose entre todos una interdependencia o comunidad de intereses»; la Sentencia de 2 marzo 1981 habla de comunidad jurídica de objeto de las prestaciones e interconexión entre ellas (la S. de 15 marzo 1982, de «unidad del fin de las prestaciones»); la Sentencia de 2 junio 1987 subraya «la voluntad de crear una obligación única»; las de 2 junio y 7 octubre 1982 (ésta sobre contrato de obra) parecen generalizar la existencia de solidaridad en los casos de creación de una relación obligatoria unitaria entre los obligados (véase nota 29).

(32) Véase C. QUESADA GONZÁLEZ, *Disolución de la sociedad civil por voluntad unilateral de un socio*, Barcelona, 1991, *passim*

C) *Responsabilidad «in contrahendo»*. No regulada, como es sabido, en Derecho español, llega tardíamente, como cuestión concreta y así identificada, a nuestra jurisprudencia (33), donde hay un tratamiento inseguro y no siempre acorde entre las Salas 1.^a y 6.^a del Tribunal Supremo. Es muy difícil pretender una construcción más o menos lineal de ese principio y responsabilidad partiendo del material jurisprudencial (no muy abundante) (34). Destacaré sólo sus trazos más relevantes: la Sentencia de la Sala 1.^a de 16 mayo 1988 (sobre ruptura de tratos preliminares) opta por considerar como extracontractual la culpa *in contrahendo*; en cambio, la Sentencia de 26 octubre 1981 (sobre anulación de una compraventa por dolo *in contrahendo*) sigue la línea contractual, la misma que parece preferir la Sala 6.^a en Sentencias de 16 diciembre 1976 (ruptura injustificada de trazos), 2 mayo 1984 y 30 octubre 1988. Las Sentencias (Sala 1.^a) de 16 mayo 1988 y 13 diciembre 1989 han relacionado la responsabilidad precontractual con la ruptura de tratos (aunque en la segunda negó que existiera tal responsabilidad en el caso que conoció); otras, con la invalidez del contrato: así, la de 26 octubre 1981 por dolo *in contrahendo* (35); la de 20 noviembre 1973 por error. En cuanto a la medida del resarcimiento por responsabilidad precontractual, la Sentencia de 21 abril 1987 parece inclinarse por la indemnización de los daños derivados del incumplimiento y no de la defraudación de la confianza.

D) El *enriquecimiento sin causa* tiene amplia proyección en ámbitos diversos de nuestro Derecho privado, antes de y fuera del de contratos. Mas es en este terreno donde la jurisprudencia ha tenido ocasión de ir delimitando mejor —en cuanto a requisitos, régimen jurídico y demás de la acción de enriquecimiento—. Así, definen el alcance de este principio y sus requisitos las Sentencias de 12 enero 1943 (sobre préstamo hipotecario), 22 marzo y 2 julio 1946, 28 enero 1956, 17 mayo 1957 y 23 marzo 1966. Aluden a la falta de causa y a qué es justa causa a estos efectos las de 16 diciembre 1959, 24 mayo 1979 y 4 octubre 1982 (ésta sobre contrato de obra). Se ocupa de la naturaleza de la acción de enriquecimiento la Sentencia de 2 julio 1946 (que la considera subsidiaria); para las de 12 abril 1955

(33) Se citan, como sentencias más antiguas en las que se vislumbra más que trata esta responsabilidad *in contrahendo*, las Sentencias de 9 marzo 1929 y 10 marzo 1949.

(34) Dificultad que subrayan quienes han tratado monográficamente esta cuestión. M. ALONSO PÉREZ, «La responsabilidad precontractual», *RCDI*, 1971, págs. 859 y sigs.; MANZANARES, «La responsabilidad precontractual en la hipótesis de la ruptura injustificada de las negociaciones preliminares», *ADC*, 1984, págs. 687 y sigs.; C. I. ASUA GONZÁLEZ, *La culpa in contrahendo*, Barcelona, 1989; M. P. GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Madrid, 1991.

(35) Véanse también Sentencias de 16 noviembre 1967, 20 octubre 1974 y 18 agosto 1988, en que además de la declaración de nulidad por dolo se concedió una indemnización por daños.

y 28 enero 1956 es compatible con otras acciones. Dice el Tribunal Supremo que no se enriquece torticeramente el que adquiere una utilidad derivada de un contrato legal no invalidado (cfr. Ss. de 29 abril 1947 y 17 mayo 1957, la segunda sobre compraventa) (36).

Por otro lado, los casos relativos a enriquecimiento sin causa en el ámbito de la contratación son muy variados: desde el uso de la cosa ajena sin título o causa jurídica suficiente (Ss. de 29 abril 1931, 6 julio 1951 y 15 mayo 1965 sobre arrendamiento todas; la de 15 mayo 1965, sobre venta simulada); cobro dos o más veces de una misma prestación (Ss. de 29 abril 1931 sobre arrendamiento, 16 diciembre 1959 sobre sociedad y 7 junio 1962 sobre contrato de fletamento); reclamación del valor de la cosa enajenada sin título o de la contraprestación recibida (Ss. de 10 marzo 1958, 29 abril 1960...), hasta los casos de promesa de arrendamiento de finca ocupada por otros arrendamientos con asunción de gastos de desahucio (S. de 10 febrero 1962, que consideró enriquecimiento injusto los gastos procesales y honorarios de abogado ahorrados por el arrendador desahuciante (37).

E) Frente a la antigüedad jurisprudencial del principio del enriquecimiento sin causa ha hablado recientemente el Tribunal Supremo de un *principio de responsabilidad contractual del deudor por hechos de sus auxiliares* (38), con algún precedente próximo poco claro (cfr. S. de 28 septiembre 1987, relativa a responsabilidad de un contratista por el trabajo de sus empleados), y cuya mejor formulación aparece, en mi opinión, en la Sentencia de 22 junio 1989: «la responsabilidad del principal por la actuación de sus auxiliares en el cumplimiento, declarada como norma general en algún Código Civil, como el alemán (parágrafo 278) (...), no encuentra norma análoga en nuestro Ordenamiento, pero sí casos particulares, como

(36) Las Sentencias de 16 diciembre 1959 y 24 mayo 1979 dijeron que no procede la acción de enriquecimiento cuando existe un contrato válido entre las partes; y antes, la de 12 enero 1943, que «no hay enriquecimiento sin causa cuando la atribución patrimonial nace de un acto que es consecuencia de un derecho que se ejercita sin abuso» (y manifiesta que no lo hay al pagar un préstamo anterior a la guerra civil en moneda depreciada causada por inflación)

(37) Son fundamentales en esta materia los trabajos de ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, «El enriquecimiento sin causa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *RDP*, 1977, págs. 845 y sigs., y *El enriquecimiento sin causa*, Granada, 1989

(38) Tiene este principio un antecedente próximo en cierta jurisprudencia que venía acentuando la responsabilidad del contratante por irregularidades de sus auxiliares en el cumplimiento contractual, que puede encontrarse con diferentes presentaciones en las Sentencias de 30 abril 1959 y 3 octubre 1967 (ambas sobre contrato de transporte), 9 febrero 1976 (relativa a comitente y constructor de una obra), 17 mayo 1977, 10 mayo 1984 y otras. Y un antecedente más lejano y paralelo en las numerosas sentencias relativas a la responsabilidad extracontractual del empresario por hechos de sus empleados (a las que hago remisión por abundantes y conocidas). Ello justifica en algún modo que la Sentencia de 22 junio 1989, citada en el texto, invoque todavía los artículos 1.903.4.º y 1.904 del Código Civil

los artículos 292 del Código de Comercio y 1.596 del Código Civil en la esfera contractual, y en la extracontractual los artículos 1.903.4.º y el 1.904 del Código Civil, de modo que aun sin norma expresa genérica, en cuanto a efectos de los contratos, cabe deducir por analogía la responsabilidad del principio por los actos de sus auxiliares y dependientes, ya por culpa *in eligendo* o *in vigilando*, ya en virtud del principio *cuius est commodum eius est periculum*. Consecuencia obligada, pues el cliente confía en la formalidad y en la reputación negocial de aquel con quien contrata y espera razonablemente que éste sea responsable de la normal ejecución de lo pactado, bien lo realice personalmente o por medio de sus auxiliares. De ahí la obligación de garantía que ha de asumir el principal, al menos el deudor contractual, por la conducta regular de sus empleados...» Después de esa sentencia, y en términos prácticamente iguales, se ha producido la Sentencia de 1 marzo 1990 (con idéntico ponente, Sr. SANTOS BRIZ).

En ambas se induce («cabe deducir», dicen) aquel principio de responsabilidad de varias normas y «por analogía». Tengo la impresión de que detrás de tal formulación y su justificación está presente la técnica jurídica alemana (que el ponente conoce y maneja bien): los deberes de protección o de conservación («Schulzpflichten», «Erhaltungspflichten»), que la Sentencia de 22 junio 1989 cita expresamente, incluibles en el contenido de la obligación del deudor, de que luego deriva la responsabilidad. Este principio, en el que no cree algún autor (39), llegado tardíamente a nuestra jurisprudencia (la cual ha desaprovechado ocasiones de aplicarlo antes: cfr. Ss. de 30 abril 1959 y 10 mayo 1984, que brindaban buena ocasión para ello), tampoco ha entrado con buena fortuna, pues en aquellas dos sentencias citadas va mezclado con otros argumentos relacionados con la doctrina del mandato y la representación y no se ve con claridad cuál sea la razón última de la decisión judicial (40), por lo que han merecido más crítica que aplauso de sus dos respectivos comentaristas (41). En todo caso, cabe esperar que la línea jurisprudencial iniciada con las dos sentencias arriba citadas

(39) A. CRISTÓBAL MONTES, «La responsabilidad del deudor por sus auxiliares», *ADC*, 1989, págs. 12 y sigs.

(40) Pienso que no es ajeno a todo ello las dificultades que nuestros tribunales han encontrado a veces para delimitar la responsabilidad contractual y la extracontractual, problema que no es exclusivo de este campo, como es conocido.

(41) GORDILLO CAÑAS ha comentado la Sentencia de 22 junio 1989 en *CCJC*, núm. 20, págs. 583 y sigs.; y RODRÍGUEZ MORATA la de 1 marzo 1990 (*CCJC*, núm. 22, págs. 326 y sigs.). Poco antes de entregar para publicación la versión definitiva de esta ponencia ha llegado a mis manos la importante obra de JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento* (Madrid, 1994), cuyo tratamiento es eminentemente doctrinal y defensor del principio de responsabilidad contractual (que él llama *indirecta*) del deudor o principal: hace una valoración de las dos sentencias parecida a la que dejo hecha en el texto (coincidencia que me complace vista su autoridad en esta materia).

se confirme y consolide el principio de referencia, que creo está latente en nuestro sistema jurídico (con más y mejores manifestaciones, incluso, que las que esas sentencias apuntan).

5.2. CATEGORÍAS DOGMÁTICAS

Elaboradas casi todas eminentemente por la doctrina (a veces antigua) y huérfanas de una regulación directa y propia en nuestro Ordenamiento —aunque en ocasiones la menciona reconociendo su vigencia—, se han consolidado como categorías generales y han quedado redefinidas normativamente a la sombra de la jurisprudencia relativa a ciertos contratos. He aquí algunos ejemplos (cita no exhaustiva, obviamente):

a) La *representación voluntaria* en nuestro sistema jurídico debe mucho al contrato de mandato, y su elaboración jurisprudencial va unida a la de ese contrato (que le proporciona prácticamente todo su régimen jurídico y funcional): así, decenas de sentencias que omito. La *representación indirecta* se nos presenta como inseparable de la jurisprudencia recaída alrededor de los artículos 1.717 y 1.725 del Código Civil y del mandato para enajenar (Ss. de 10 julio 1946 y 6 junio 1966, a título de ejemplo) o del mandato para adquirir (Ss. de 19 diciembre 1963, 22 mayo 1964, 22 noviembre 1965, 31 octubre y 26 noviembre 1970, 16 mayo 1983, 5 junio 1986...) (42). Dígase lo mismo del *poder de representación*, cuya construcción jurisprudencial va estrechamente vinculada también al mandato (cfr. Ss. de 23 marzo 1898, 17 octubre 1934, 10 julio 1946, 5 diciembre 1958 y 12 febrero 1967, entre muchas) (43).

b) La *ratificación* del contrato del representante sin poder (suficiente) como categoría general, su diferencia con otras próximas (como la confirmación), así como sus requisitos y efectos, ha quedado construida en buena medida con motivo de la jurisprudencia dictada en relación con el artículo 1.727.2.º del Código Civil y la actuación del mandatario que traspasa los límites del mandato: Sentencias de 15 noviembre 1977 (sobre su naturaleza y función), 4 abril 1950, 21 abril 1958, 29 marzo 1969, 14 junio 1974, 30 abril 1976 y 10 mayo 1984 (sobre forma tácita); las de 14 diciembre 1940,

(42) Véase a este respecto el comentario a la sentencia de 16 mayo 1983 de JORDANO BAREA, «Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria», en *ADC*, 1983, págs. 1435 y sigs., también del mismo autor, «Mandato para enajenar», *ADC*, 1951, págs. 1458 y sigs.; y comentario a Sentencia de 5 junio 1986 de GORDILLO CAÑAS, en *CCJC*, núm. 11, págs. 3.720 y sigs.

(43) Sobre la distinción entre mandato y poder, cfr. Sentencias de 5 octubre 1932, 26 febrero 1935 (que cita a LABAND y su distinción entre mandato y poder), 1 febrero 1941, 22 mayo 1942, 6 marzo 1943, 27 enero 1945 y 21 marzo 1946.

10 octubre 1963, 23 marzo 1968, 30 abril 1976, entre muchas, acerca de su eficacia retroactiva; etc.

c) La *nulidad parcial* del contrato ha sido tratada por la más reciente jurisprudencia recaída sobre venta a precio superior al tasado (Ss. de 26 febrero 1983, 3 diciembre 1984, 20 mayo y 20 junio 1985...). Hay también casos de nulidad parcial en relación con otros contratos: Sentencias de 30 marzo 1950 y 11 noviembre 1955 (relativas a transacción), 22 enero 1958 (arrendamiento de minas), 21 mayo 1958 (arrendamiento de teatro por tiempo ilimitado), 7 junio 1960 (donación de nuda propiedad y usufructo), 30 abril 1986 (venta de inmueble que encubre donación disimulada), 22 abril 1988 (compraventa con cláusula sobre gastos contraria a norma imperativa), etc. El Tribunal Supremo ha establecido los requisitos para que la nulidad sea parcial: Sentencias de 4 marzo 1975 (voluntad presumible de los contratantes), 3 junio 1953 y 18 diciembre 1985 (divisibilidad del todo y autonomía de la parte residual del contrato), 4 marzo 1975 y 21 febrero 1984 (buena fe como límite al ejercicio de la nulidad parcial)... No es ajeno a la doctrina de la nulidad parcial el principio de conservación de los actos (cfr. Ss. de 10 octubre 1977 y 4 diciembre 1986).

d) La *revocación* del contrato y toda su problemática funcional y sus límites —en defecto de toda referencia en tanto que categoría genérica en nuestro Derecho de obligaciones y del contrato en general— ha quedado mejor construida, en términos generales, gracias a la jurisprudencia sobre revocación de donaciones (con su complejo régimen) y del mandato, sobre todo con los problemas específicos del mandato irrevocable, de elaboración exclusivamente jurisprudencial (innecesario hacer citas).

e) La *prohibición de contratar* y su diferencia con la incapacidad de obrar y con las prohibiciones de disponer apenas se puede concebir en nuestro Derecho sin estudiar la jurisprudencia sobre el artículo 1.459 del Código Civil. Han sido precisamente los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre su número 2.º (la que afecta al mandatario) los que mejor han permitido explicar su justificación, sus límites y excepciones: cfr. Sentencias de 31 octubre 1928, 3 junio 1949, 22 febrero 1958, 27 mayo 1959, 30 septiembre 1968, 16 mayo 1984, 6 octubre 1987...

f) Me parece innegable que la jurisprudencia interpretadora del artículo 1.669 del Código Civil —cfr. Ss. de 30 diciembre 1931 y 22 diciembre 1976 (sobre efectos en relación con terceros), 6 mayo 1967 (falta de personalidad jurídica), 30 abril 1982 (sobre personalidad jurídica de la sociedad civil), 16 enero 1976...— ha contribuido muy notablemente a la comprensión de la idea de *personalidad jurídica*, cuándo se adquiere o no, y otros problemas referidos a la persona jurídica y cómo funcionan ciertos agregados sociales que carecen de esa personalidad (añádase aquí toda la jurisprudencia sobre sociedad irregular, que omito por conocida).

g) La mayor parte de la doctrina sobre *simulación/disimulación* se ha constituido a la sombra de las sentencias del Tribunal Supremo dictadas sobre compraventa (de inmuebles sobre todo), simuladora de una donación, y el correspondiente problema de su validez (Ss. de 7 octubre 1958, 4 diciembre 1975, 2 enero 1978, 6 octubre 1977, 7 marzo 1980, 17 diciembre 1984, 31 mayo 1982, entre muchas más). La importante Sentencia de 22 enero 1991 reconoce que la jurisprudencia sobre esta materia ha sido insegura y cita las sentencias que reconocen la validez de la donación de inmuebles encubierta bajo la forma de escritura pública de compraventa (las de 19 enero 1950, 31 enero 1955, 2 junio 1956, 16 octubre 1965, 31 mayo 1982 y 19 noviembre 1987) y otras que han negado validez a esa donación (Ss. de 29 enero 1945, 15 enero 1959, 13 mayo 1969 y 6 octubre 1977). Sobre la prueba de la simulación, cfr. Sentencias de 30 abril 1960, 16 junio 1961, 28 enero 1963, 30 junio 1965...

h) La *relatividad del contrato* —de la que dijo cosas interesantes la S. de 1 abril 1977— (44) y sus límites y excepciones, y la revisión última de dicha cuestión, no puede prescindir de la jurisprudencia sobre la legitimación del subadquirente de obra construida frente al constructor y sus colaboradores (cfr. Ss. de 1 abril 1977, 12 mayo 1979, 21 diciembre 1981, 26 noviembre 1984, 17 mayo 1988...) y frente al promotor-vendedor (Ss. de 3 octubre 1979, 2 noviembre 1981 y otras); o sobre contrato de seguro (cfr. Ss. de 3 noviembre 1966 y 3 julio 1987).

i) La jurisprudencia sobre el contrato de obra ha permitido estudiar mejor la posibilidad y problemática de la *novación objetiva* y la *modificación del contrato* con motivo de las modificaciones introducidas en el proyecto y contrato inicial (véase Ss. de 25 noviembre 1970 y 28 noviembre 1983, que cita muchas otras), así como del *desistimiento unilateral del contrato* y sus consecuencias: Sentencias de 19 noviembre 1971, 22 noviembre 1974, 10 marzo 1979 (que se refiere al alcance de la «utilidad que pudiera obtener» de la obra o beneficio industrial, *ex art.* 1.594), 7 octubre 1982, 15 diciembre 1981, 13 mayo y 16 septiembre 1983, 25 octubre 1984, 22 septiembre y 8 octubre 1987..., interpretadoras del artículo 1.594 del Código Civil; las de 19 noviembre 1971 y 25 enero 1979 subrayan la

(44) «El principio de relatividad de los contratos —dice, citando como precedente las Ss. de 5 mayo 1961, 11 octubre 1970, 17 octubre y 28 octubre 1974— es mucho más complicado de lo que su formulación aparenta, puesto que la palabra tercero adolece de gran imprecisión, ya que no sólo excluye a los contratantes mismos y a sus representantes, sino también a sus herederos, causahabientes a título universal y a título particular, por lo que únicamente quedan marginados de la eficacia de los contratos los terceros que son completamente extraños a los contratantes (...), por lo que el causahabiente a título particular está ligado por los contratos celebrados por el causante de la transmisión con anterioridad a ésta siempre que influyan en el contenido del derecho transmitido».

diferencia entre el desistimiento del artículo 1.594 y la resolución del artículo 1.124 del Código Civil (45).

La relación de casos y ejemplos de ese tenor podría ser mucho más larga (46).

5.3. CATEGORÍAS CLASIFICATORIAS

Aunque próximas algunas a las del apartado anterior (en el que también tendrán cabida), he aquí algunos ejemplos:

a) La idea de *obligación accesoria* y su régimen y avatares de la misma en relación con la obligación principal puede comprenderse como realidad jurídica mucho mejor estudiando la rica jurisprudencia sobre el contrato de fianza (muchísimas sentencias lo atestiguan: Ss. de 4 junio 1985, 6 octubre y 27 noviembre 1986, y 13 marzo y 14 septiembre 1987 entre las recientes) u otros contratos especiales con cláusula accesoria (Ss. de 8 enero 1945 sobre compraventa y 16 abril 1988).

b) Los conceptos de *obligación (o prestación) de actividad y obligación de resultado* y sus diferencias deben mucho a la jurisprudencia recaída en relación con los contratos de arrendamiento de servicio y de obra respectivamente. Sobre la distinción de aquellos tipos de obligación y entre estos contratos, véase Sentencias de 4 febrero 1950, 16 junio 1975, 3 noviembre 1983... La Sentencia de 7 febrero 1990 asume como criterio de distinción el de la incertidumbre o aleatoriedad en la obtención del resultado esperado por el acreedor. Las Sentencias de 7 octubre y 23 noviembre 1964, 10 junio 1975, 8 noviembre 1982, 27 octubre 1986, 29 mayo y 28 septiembre 1987, entre otras, han configurado el arrendamiento de obra como generador de obligaciones de resultado. Además de sentencias concretas relativas a cada uno de estos contratos, véase las de 6 noviembre 1982, 3 noviembre 1983 y 12 noviembre 1984, y las de 30 septiembre y 3 noviembre 1978 (relativas a ciertos casos límite), con importantes precisiones en algunas sentencias sobre la relación contractual de ciertos profesionales,

(45) Cfr. CADARSO PALAU, «El desistimiento del dueño en el contrato de obra y la indemnización al contratista» (comentario a la S. de 22 septiembre 1987), *Poder Judicial*, núm. 10, págs. 93 y sigs.

(46) Estoy pensando, por ejemplo, en la *legitimación por sustitución*, muy tributaria de la interpretación jurisprudencial del artículo 1.853 del Código Civil (cfr. S. de 14 mayo 1979, entre muchas) y de la *legitimación y disposición de cosa ajena*, que ahora lo es de la jurisprudencia sobre la venta de cosa ajena (cuando comprador y vendedor conocen esa circunstancia: Ss. de 5 julio 1958, 1 marzo 1949 y 27 mayo 1957)

como el arquitecto (47) y el médico (48). También se han ocupado de la distinción obligación de actividad-obligación de resultado las Sentencias de 28 noviembre 1956, 2 mayo 1963 y 26 marzo 1991, que consideran del segundo tipo al contrato de mediación o de corretaje, y las muchas que ha calificado como arrendamiento de servicios y obligación de actividad la del Abogado (Ss. de 21 noviembre 1970, 6 junio 1983, 4 diciembre 1984, 7 marzo 1988...) (49).

c) El concepto de *obligación de género limitado* está bien definido por nuestra doctrina, pero su régimen jurídico, y en especial la cuestión de la responsabilidad del deudor en caso de imposibilidad o dificultad de cumplimiento, a falta de normas concretas en el Código viene referida a las Sentencias de 13 junio 1944 (que no liberó al deudor, pero introdujo una modificación equitativa en las obligaciones de los contratantes) y la de 3 mayo 1947 (relativa a compraventa mercantil, que también hizo soportar los riesgos al vendedor).

d) La llamada *obligación facultativa*, tampoco regulada (ni mencionada bajo ese nombre) en nuestro Código, ha sido identificada como viable en nuestro sistema jurídico por la jurisprudencia. Sin perjuicio de otros antecedentes temporales más difusos y en otros ámbitos (50), aparece perfectamente definida en las Sentencias de 23 enero 1957 (sobre préstamo) y 28 febrero 1961 (sobre fianza a favor de un arrendatario con la facultad de subrogación en los derechos arrendaticios); con anterioridad se habían ocupado de deslindar la obligación facultativa de otras figuras y situaciones afines las Sentencias de 6 marzo 1941, 2 marzo 1943 y 28 diciembre 1946, y posteriormente las de 31 octubre 1962 (sobre préstamo hipotecario), 29 abril 1965 (suministro mensual de fuel-oil, con previsión de una indemnización en su defecto)

(47) Las Sentencias de 3 noviembre 1983, 29 junio 1984, 27 octubre 1986, 30 mayo 1987 y 26 marzo y 25 mayo 1988 consideran como arrendamiento de obra el contrato del arquitecto cuando asume la realización de un proyecto de edificación por constituir objeto del mismo el resultado prometido por este profesional. En cambio, las Sentencias de 10 junio 1975 y 25 mayo 1988 dicen que se trata de arrendamiento de servicios el de dirección facultativa de las obras de construcción de un edificio.

(48) El contrato de prestación de servicios médicos ha sido considerado prácticamente siempre por nuestro Tribunal Supremo como contrato de arrendamiento de servicios, como obligación de actividad a cargo del médico: véase Sentencias de 21 marzo 1950 (no muy clara), 26 mayo 1986, 13 julio 1987, 12 junio 1988, 17 junio 1989 y 7 febrero 1990. En cambio, parece ser considerada como obligación de resultado la que compete al hospital: cfr. Sentencias de 7 junio 1988 y 16 diciembre 1987.

(49) En este punto es de imprescindible consulta A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, 1993, de donde he tomado no pocos datos y sentencias.

(50) Véase Sentencia de 2 junio 1910, que nombra (quizá por primera vez en nuestra jurisprudencia) las obligaciones facultativas, si bien referidas a una cláusula de legado en un testamento.

y 21 febrero 1969 (que centra su atención en compararla con la cláusula penal). Véanse también, entre las más recientes, las Sentencias de 16 diciembre 1983, 22 junio 1984 y 13 marzo 1990, que establecen las diferencias entre la obligación facultativa y la alternativa (51).

e) La noción de *obligación de prestación periódica* en nuestro Ordenamiento puede inducirse de algunos contratos concretos, especialmente del de suministro y del de renta vitalicia (escasa la jurisprudencia relativa a problemas de la prestación periódica en este último). Con ocasión del contrato de suministro (52) ha tenido ocasión el Tribunal Supremo de pronunciarse sobre la incidencia de la duración temporal en la obligación de referencia (Ss. de 29 octubre 1955, 6 diciembre 1979, 13 octubre 1981, 30 noviembre 1984), la unidad de la obligación y autonomía de las varias prestaciones (Ss. de 29 octubre 1955, 9 abril 1973, 16 junio 1984 y 20 mayo 1985), la trascendencia de la periodicidad en el cumplimiento de cada prestación (S. de 30 noviembre 1984), la resolución parcial de la obligación que afecta sólo a las prestaciones defectuosas (Ss. de 9 marzo 1948, 26 septiembre 1984 y 6 marzo 1985), la eficacia no retroactiva de la resolución del contrato en lo que afecta a las prestaciones correctamente cumplidas (Ss. de 12 junio 1956, 24 enero 1959, 2 marzo 1976), la operancia funcional de la *exceptio non adimpleti contractus* en las obligaciones de prestación periódica (Ss. de 17 marzo 1987, 21 septiembre 1990, 27 septiembre 1970, 20 diciembre 1975). La Sentencia de 17 mayo 1957, relativa a la incidencia de la alteración de las circunstancias sobrevenidas y cláusula *rebus sic stantibus*, dice que «la posible alteración de las condiciones económicas del contrato es algo consustancial a los contratos de ejecución diferida», e impuso el cumplimiento de lo pactado. Sobre prestación periódica de servicios, cfr. Sentencias de 30 abril 1955, 22 octubre 1957, 4 junio 1959, 7 abril 1960 y 3 abril 1958, entre otras.

f) En defecto también de regulación (en nuestro Ordenamiento), ha sido la jurisprudencia la que con la aportación precedente y lógica ha ido construyendo figuras tan importantes como el *negocio mixto*, partiendo sustancialmente de la donación mixta (Ss. de 22 noviembre 1957, 10 junio 1958 y 5 abril 1959, relativas a algunas cuestiones concretas) —no me

(51) Sobre esta cuestión véase el trabajo de MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, «Las obligaciones facultativas en Derecho español», *ADC*, 1972, págs. 475 y sigs. (por lo que respecta a la jurisprudencia, págs. 523 y sigs.).

(52) No es a veces muy precisa y lineal esa jurisprudencia por la dificultad de calificación y delimitación de este contrato respecto de la compraventa con prestación aplazada y fraccionable y con el de suministro de energía eléctrica. Véase, en todo caso, más ampliamente, L. FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, *El contrato de suministro. El incumplimiento*, Madrid, 1992, con referencias jurisprudenciales abundantes y precisas.

refiero ahora al contrato mixto o complejo como variedad de los atípicos—, y el *negocio indirecto*, cuya jurisprudencia más interesante y numerosa proviene también del ámbito de las donaciones: así, Sentencias de 19 octubre 1959 y 22 diciembre 1944; véase también Sentencias de 3 mayo 1955, 10 noviembre 1958, 6 marzo 1963 y 14 marzo y 15 junio 1964; sobre interpretación del negocio indirecto, Sentencia de 31 mayo 1966.

g) La figura del llamado *contrato de fijación*, de clara formulación inicial por la doctrina, ha encontrado acogida y ha recibido el respaldo de la jurisprudencia, que acepta y repite esa terminología en varias sentencias: a título de ejemplo, las de 11 abril 1961 (sobre préstamo y reconocimiento de deuda) y 29 octubre 1964 (relativa a depósito bancario y suscripción ulterior de póliza de crédito). La Sentencia de 6 junio 1969 (y la de 5 febrero 1981 sobre préstamo, que la cita) dice del contrato «de fijación jurídica» como «encaminado a dar claridad y constancia a una situación anterior, revistiendo de forma documental al préstamo ya efectuado a fin de obtener y otorgar, respectivamente, una garantía, figura indudablemente válida la de ese negocio de segundo grado que se asienta en una relación jurídica precedente y cierta, a la que aclara o fija, como la doctrina jurisprudencial declara». Confróntese también la Sentencia de 19 noviembre 1974 (53). Véase igualmente la Sentencia de 28 octubre 1944 (relativa a venta de una finca) sobre su relación con el contrato reproductivo.

h) El *negocio fiduciario*, su explicación dogmática y funcional, sus efectos y demás ha podido construirse sustancialmente en relación con pleitos y sentencias recaídas sobre el contrato de compraventa casi siempre: Sentencias de 4 mayo 1950, 22 diciembre 1955, 5 diciembre 1959, 22 noviembre 1965, 10 marzo, 11 junio y 15 octubre 1964, 18 febrero 1965... (que recogen la teoría llamada del doble efecto). La Sentencia de 4 marzo 1955, también sobre venta, es citada como ejemplo de *fiducia cum amico*. La Sentencia de 5 abril 1993 (relativa a donación), como antes las de 6 abril 1987, 28 octubre 1988 y 7 marzo 1990, que cita, destaca la esencia del negocio fiduciario, la divergencia entre el fin económico perseguido y el medio jurídico empleado, y deslinda esa figura de la simulación absoluta o relativa. Y la Sentencia de 2 diciembre 1983, sin confundir ni mezclar negocio simulado y negocio fiduciario, reconoció que en el hecho que juzgaba concurrían ambas figuras. La Sentencia de 2 febrero 1963, por su parte, se refiere a un «negocio fiduciario con fines de depósito de cantidad a disposición del depositante»; también se refiere a contrato de depósito la Sentencia de 7 febrero 1956. Sobre validez de la «venta en garantía», cfr.

(53) Dice esta sentencia, referida a documento privado confeccionado de conformidad y en garantía de un previo acuerdo verbal, que no hizo más que dar constancia escrita a lo preexistente en la vinculación negocial de los interesados a la manera de *especificatio*.

Sentencias de 3 mayo 1955, 8 marzo 1957, 6 diciembre 1960, 15 octubre 1964 y muchas más.

i) La muy discutida categoría del *contrato abstracto* («*hic et nunc*») ha encontrado en el contrato de fianza, sobre todo, varias ocasiones para plantear su admisibilidad en nuestro Derecho y alcance que en él pueda tener, siquiera sea limitada y matizadamente (la llamada abstracción procesal: cfr. Ss. de 14 enero 1935 y 27 junio 1941, con la R. de 31 julio 1928 entre las antiguas, y S. de 19 octubre 1982 entre las relativamente recientes). Véase también Sentencia de 3 noviembre 1981 (que habla de «una abstracción de la medición de la causa que puede ser, como en el caso, silenciada, lo que no ha de equivalerse con su inexistencia») y 28 marzo 1983. En el Derecho mercantil cambiario admiten el carácter de negocio abstracto de la letra de cambio respecto de los terceros (distintos de librador y librado) las Sentencias de 24 marzo 1959 y 22 febrero 1960, entre muchas.

j) El *subcontrato*, como entidad jurídica real y vivencial, ha sido elaborado sustancialmente por medio de la jurisprudencia recaída en materia de arrendamientos urbanos (cientos de sentencias sobre subarriendo), por un lado, y del contrato de mandato, al hilo de la problemática surgida de los artículos 1.721 y 1.722 del Código Civil, y distinción entre sustitución del mandato propiamente dicha [cesión o transmisión del contrato (Ss. de 14 diciembre 1943 y 9 mayo 1958) y submandato (cfr. Ss. de 23 abril 1908, 5 mayo 1920, 9 mayo 1958 y 17 junio 1963, entre otras)]. La *cesión de contrato*, a su vez, ha encontrado su mejor ocasión de concreción jurídica en la jurisprudencia sobre arrendamientos urbanos (Ss. de 2 julio 1927, 23 octubre 1957, 23 junio 1958...), mandato (Ss. de 16 diciembre 1897, 8 mayo 1920, 6 mayo 1931, 14 diciembre 1943), compraventa (S. de 4 febrero 1952) y transporte (S. de 28 enero 1929).

k) El *autocontrato* fue visto inicialmente con desfavor e inviable por nuestro Tribunal Supremo en las Sentencias de 6 marzo 1909 —lo consideró nulo y no confirmable basándose en el art. 1.261 y por no haber dos voluntades distintas y autónomas— y 24 marzo 1930. Admitido por la DGRN a partir de la Resolución de 29 diciembre 1922, seguida por las de 30 mayo 1930, 30 noviembre 1932, 23 enero 1923 y luego muchas más, el Tribunal Supremo ha llegado a admitir abiertamente la autocontratación, sobre todo a partir de la importante Sentencia de 5 noviembre 1956 (54); esa misma línea ha seguido la jurisprudencia posterior, más o menos explícita o justificadamente según los casos, en las Sentencias de 22 febrero 1958, 27 octubre 1966, 21 febrero 1968, 29 mayo 1976... Buena parte de

(54) Se refiere esta sentencia a una donación hecha por un padre a sus hijos menores y aceptación de la misma por el propio padre, ahora en nombre de sus hijos, quien solicitó después, sin éxito, la ineficacia de la donación en razón de la autocontratación.

esa jurisprudencia ha recaído en relación con el artículo 1.459.2.º del Código Civil, y estimado que nada obsta a la validez de la venta cuando no hay conflicto de intereses entre mandante y mandatario (representante y representado) (S. de 5 octubre 1966) y que es igualmente posible ese contrato cuando hay autorización expresa del representado (Ss. de 30 septiembre 1968 y 23 mayo 1977; la de 3 noviembre 1982 estimó que en el caso que juzgaba no hubo autocontrato y que para que lo hubiera era necesario poder expreso). Esa doctrina se ha aplicado también a otros contratos: arrendamiento (Ss. de 21 febrero 1968 y 8 enero 1980), préstamo (S. de 25 mayo 1977), fianza (Ss. de 30 septiembre 1968 y 27 octubre 1966), donación (la ya citada de 5 noviembre 1956), incluso en el ámbito sucesorio (contrato particional, Ss. de 9 mayo 1968 y 30 noviembre 1961) (55).

5.4. CATEGORÍAS NORMATIVAS

Se trata ahora de figuras e instituciones que nuestro Ordenamiento sí tiene reguladas (de forma a veces parcial, insuficiente o demasiado concreta; en otras ocasiones, implícitas en el sistema), pero que han encontrado mejor definido su régimen jurídico y funcional a través de la jurisprudencia relativa a ciertos contratos especiales. Véase, a título de ejemplo —ampliable y mejorable, obviamente—:

a) La categoría del *precontrato*, cuya construcción para nuestro Derecho ha sido tan discutida, tiene sus mejores materiales jurídicos en la abundante y a veces contradictoria jurisprudencia recaída con ocasión de la promesa de venta e interpretación del artículo 1.451 del Código Civil (ya vista y a la que me remito para no reiterarme).

b) La *acción directa*, desconocida como tal en la parte general de obligaciones de nuestro Código, ha encontrado una sólida construcción en relación con su naturaleza, legitimación activa y pasiva, requisitos, efectos y demás, en los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre contratos específicos, particularmente:

1) Contrato de obra y alcance del artículo 1.597: véanse las Sentencias de 29 junio 1936 (que la hace extensiva al subcontratista) y 29 octubre 1987 (sobre su naturaleza y alcance), 5 junio 1945 (la niega al que presta dinero al contratista) y la anterior sobre legitimación activa; las de 7 febrero 1968 y 17 junio 1974 (legitimación pasiva), 11 junio 1928, 30 enero 1974 —que interpreta en sentido amplio el término *reclamación*, «sin precisar como

(55) Cfr. M. DÍAZ DE ENTRESOTOS FORNS, *El autocontrato*; Madrid, 1990, y en CCJC, núm. 31, págs. 361 y sigs. (comentario a la RDGRN de 29 abril 1993).

requisito único la petición de tal derecho en vía judicial»— y 24 diciembre 1980 (requisitos). Las Sentencias de 30 junio 1920 y 29 abril 1991 declaran inoponibles frente al acreedor directo (*ex art. 1.597*) los pagos anticipados hechos por el comitente al contratista o subcontratista faltando a las condiciones del contrato. Esta última sentencia describe muy bien la naturaleza de la acción directa (como medida de ejecución y medio de pago al acreedor, que otorga un derecho de preferencia al acreedor favorecido y hace inoponibles ciertas excepciones, como la antes dicha). Según la Sentencia de 9 mayo 1989, desde el momento de la demanda (acción directa) el dueño de la obra demandado a quien debe es al actor, acreedor del contratista, y no a éste, por lo que en caso de suspensión de pagos del contratista el crédito del que pone los materiales (actor) no debe ir a la misma (56).

2) Contrato de mandato: Sentencia de 8 mayo 1920; la Sentencia de 23 abril 1908 negó esta acción al mandante y dijo que sólo el mandatario puede exigir responsabilidad al sustituto.

3) Contrato de seguro: antes de la Ley General de Seguros de 1980 (véanse Ss. de 3 noviembre 1966, 14 octubre 1969, 3 julio 1981, 25 noviembre 1983...). Después de dicha Ley, Sentencias de 3 julio 1987 y 18 junio 1990 (de lo que deduce la solidaridad del asegurador del responsable de la ruina del edificio) (57).

c) La *solidaridad*, en general, además de su régimen jurídico propio y jurisprudencia correspondiente, se ha visto muy enriquecida con la jurisprudencia sobre el contrato de fianza (Ss. de 9 junio 1958 y 2 diciembre 1988, entre muchas). La *solidaridad activa* se comprende mejor a través de la jurisprudencia sobre el depósito indistinto de dinero o valores: cfr. Sentencias de 16 junio 1955, 7 febrero 1956, 24 marzo 1971 (que dijo que no presupone comunidad de dominio de los codepositantes, acreedores solidarios, respecto de lo depositado), 5 febrero 1975 y 27 febrero 1984, entre otras. Y la llamada *solidaridad impropia* tiene los mejores ejemplos en relación con la responsabilidad de las diversas personas implicadas en el contrato de obra (constructor, promotor, arquitectos proyectista y de ejecución...): Sentencias de 5 mayo 1961, 1 febrero 1975, 20 abril 1977, 14 noviembre 1978, 31 octubre 1979, 21 abril 1981, 6 octubre 1982, 9 mayo

(56) Véase el comentario de esta Sentencia de 9 mayo 1989 de M. PASQUAU LIAÑO en CCJC. núm. 20, págs. 547 y sigs.; y la obra del mismo autor, *La acción directa en el Derecho español*, Madrid, 1989.

(57) No he encontrado, en cambio, jurisprudencia relativa a la acción directa (*ex arts. 15 y 16 LAU*), ni es citada en obras especializadas (FUENTES LOJO, *Nueva suma de arrendamientos urbanos*, Barcelona, 1994) o trabajos monográficos (PERE RALUY y RODRÍGUEZ AGUILERA, «La acción directa del arrendador contra el subarrendatario en la LAU», *RJC*, 1958, págs. 495 y sigs.), por ejemplo.

1983, 17 febrero, 16 junio y 26 noviembre 1984, 17 junio, 16 febrero 1985 y 12 marzo 1985, 17 febrero 1986, 10 febrero, 19 junio y 26 junio 1989 (58). La Sentencia de 5 octubre 1990 (contrato de obra) dice que se trata de una *solidaridad impropia* o por necesidad, que tiende a salvaguardar el interés social (59); y numerosas sentencias (18 junio, 27 julio, 20 octubre y 21 diciembre 1990, 8 y 20 mayo, 16 junio, 16 diciembre 1991 y 31 marzo 1992) dicen que la solidaridad (*ex art. 1.591*) se da «cuando no puede concretarse individualmente con proyección a su intervención en las obras objeto de la controversia (60).

d) La *exceptio non adimpleti contractus*, a falta de regulación expresa en la parte general de las obligaciones, ha obtenido una formulación jurisprudencial que diseña los supuestos de aplicación, sus requisitos (61) y efectos en las Sentencias (relativas a contratos especiales) de 17 enero 1975, 17 abril 1976, 15 marzo y 3 octubre 1979, 10 noviembre 1981, 8 noviembre 1982, 22 febrero 1984 y 9 julio 1991 (que junto con la de 30 noviembre 1974 dicen que no pueden excluir las partes por pacto esta facultad y acción; la de 27 octubre 1961 se refiere a la modalización de su ejercicio) —la mayor parte sobre compraventa—; la de 27 marzo 1991 (sobre contrato de obra).

Por otra parte, y en cuanto institución próxima, la *resolución del contrato por incumplimiento* de una de las partes tiene en la jurisprudencia sobre el artículo 1.504 del Código Civil (62) el mejor complemento de la

(58) Las Sentencias de 7 febrero 1978 y 29 abril 1991 declaran responsables solidarios, en el marco de la acción del artículo 1.597, al comitente del contrato de obra (subdeudor) y al contratista o subcontratista (deudor principal) frente al acreedor directo.

(59) «Al no poderse determinar los confines de responsabilidad —dice esa sentencia—, han de ser concretados entre los propios responsables solidarios a quienes corresponde tal extremo y no a la comunidad perjudicada, a la que ni se le proporcionan los datos ni se le facilitan las cuantías.

(60) Dice esta última Sentencia de 31 marzo 1992 que «la responsabilidad solidaria de los distintos elementos personales que cooperaron en la edificación sólo está justificada en caso de no poder individualizarse la correspondiente a cada uno de los culpables de los defectos constructivos, por lo que cuando se da tal presupuesto de hecho por haberse precisado la atribuible a cada uno de ellos la prestación o exigencia de responsabilidad solidaria no es procedente». Cfr. sobre esta cuestión MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, «La responsabilidad decenal del artículo 1.591 del Código Civil: breve repaso de la jurisprudencia de los años noventa», *Aranzadi Civil*, núm. 6, págs. 9 y sigs.

(61) Exigen con insistencia que actúe de buena fe la parte contractual que oponga la excepción de las Sentencias de 22 marzo 1950, 4 noviembre 1963, 12 marzo 1965, 31 diciembre 1971, 3 marzo y 14 marzo 1973, 20 diciembre 1975, 9 y 17 abril 1976..., 30 enero 1987, entre otras.

(62) Sobre su especialidad respecto del artículo 1.124 del Código Civil, véase la jurisprudencia citada en la nota 16 y JORDANO FRAGA, *La resolución por incumplimiento...*, cit., págs. 23 y sigs.

más general del artículo 1.124 (innecesario citas concretas por abundantes y conocidas) (63).

e) La *revisabilidad del contrato por modificación sobrevenida de las circunstancias*, también huérfana de normas generales en nuestro sistema contractual, ha obtenido una construcción en términos cuasi-generales (con distintas líneas argumentales, estableciendo cuándo procede o no la revisión, los requisitos y alcance de la misma, etc.) a través de la jurisprudencia sobre diversos contratos especiales:

a') Sobre contrato de compraventa, Sentencias de 14 diciembre 1941 (que deniega la revisión y la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*), 13 junio 1944 (en que prosperó), 30 junio 1948 (que argumenta en la línea de la teoría de la base del negocio), 12 junio 1956 (que desestima la revisión porque «la alteración del precio es elemento aleatorio que va unido a las operaciones de tráfico»), 6 junio 1959 y 16 noviembre 1974 (estima inaplicable la cláusula *r.s.s.*);

b') Contrato de obra, más concretamente en interpretación del artículo 1.593 del Código Civil (Ss. de 23 noviembre 1962, 28 enero 1970, 4 abril 1981, 8 noviembre y 16 junio 1983 y muchas más);

c') Contrato de arrendamiento: Sentencias de 26 diciembre 1942 (arrendamiento de edificio que sufre daños por terremoto), 13 febrero 1965 (disminución de la renta por desalojo del edificio por ruina inminente), 15 mayo 1972 (niega la aplicación de la cláusula *r.s.s.* al canon de un contrato de arrendamiento de mina pactado en 1981);

d') Contrato de renta vitalicia: Sentencia de 23 noviembre 1962 (que cree inaplicable esa cláusula, pero da lugar a la revisión por la finalidad del contrato y grave alteración de las circunstancias); pero dijeron que no es aplicable la cláusula ni revisable el contrato de renta vitalicia las Sentencias de 19 enero 1957 y 18 octubre 1976.

f) La *determinación o determinabilidad del objeto del contrato*, tan pobremente regulada en el artículo 1.273 del Código Civil, ha encontrado un bien definido régimen jurídico y amplia casuística y soluciones jurídicas gracias a la jurisprudencia sobre la certeza de la cosa y del precio en la compraventa (decenas de sentencias) y sobre la determinación del precio en el contrato de obra: cfr. Sentencias de 25 enero 1909, 22 diciembre 1954, 28 abril 1978, 31 mayo 1983...; las de 28 octubre 1960, 21 junio y 31 marzo 1982, 8 enero 1985 y muchas más se refieren a la variación del precio por aumento de la obra.

(63) Esa razón y la existencia al alcance de cualquiera de la obra de JORDANO FRAGA recién citada, a la que hay que hacer en esta materia obligada remisión, me exime de detenerme más aquí.

g) El *derecho o facultad de retención*, tampoco regulado como derecho o categoría general, y aun no exclusivo del ámbito contractual, es aquí donde mejor definido tiene su régimen jurídico, casos en que procede o no, limitaciones y excepciones y demás. Para ello ha sido decisiva —aunque no única, por haberla también en relación con el derecho de retención de los arts. 453, 502 y otros CC— la jurisprudencia referida a esta facultad (o excepción de retención, como prefieren otros) del que ha ejecutado la obra (art. 1.600), del mandatario (art. 1.730), del depositario (art. 1.780 y S. de 21 abril 1943) y del acreedor pignoraticio (64). Así, es fundamental la Sentencia de 24 junio 1941 (relativa al art. 1.866.2.º CC), que reconoce la variedad de casos para los que está prevista y la falta de un régimen jurídico común, y establece que «se concibe no como una ampliación del derecho principal a que va anejo, sino como una facultad de mantener la tenencia de la cosa por título distinto del originario y que, además, se engendra siempre en una disposición legal a la que precisa atenderse para deducir sus obligadas consecuencias en cuantos casos puedan presentarse»; esta misma sentencia limita la eficacia de este derecho a las relaciones entre acreedor y deudor, que no constituye privilegio con relación a terceros ni concede un *ius distrahendi* a favor del retentor. En relación con el mandato, la Sentencia de 16 junio 1970 afirma que el artículo 1.730 concede un derecho de prenda y se refiere, por ello, exclusivamente a bienes muebles; y más explícitamente, la Sentencia de 7 de julio 1987, que reconoce a favor del mandatario un *ius distrahendi* derecho (65). También sobre mandato, cfr. Sentencia de 20 diciembre 1915 (limitaba la retención a cosas muebles; para el contrato de depósito, S. de 21 abril 1943).

Finalmente, y por no hacer demasiado larga esta relación, piénsese en cuánto debe a la jurisprudencia la delimitación del régimen jurídico de la *rendición de cuentas* por la persona que gestiona bienes o intereses ajenos (tributaria de la jurisprudencia sobre contrato de mandato y art. 1.720 CC: Ss. de 22 enero 1957, 26 mayo 1966, 21 febrero 1967 y 28 octubre 1969); la *obligación de custodia* de cosas de otros (deudora de las sentencias del TS sobre tal obligación en materia de mandato y de depósito: Ss. de 24 diciembre 1906, 19 febrero 1930, 26 mayo 1980); el *retracto convencional* (juris-

(64) Para el Código de Comercio véanse artículos 276 (S. de 13 octubre 1898), 704, 842 y 868.

(65) Dice esta sentencia que el artículo 1.730 del Código Civil reconoce a favor del mandatario una garantía real pignoratícia con todos los efectos de este derecho real, incluida la facultad de enajenar las cosas objeto del mandato en la forma que autoriza el artículo 1.872 y con la preferencia que reconocen los artículos 1.922.2.º y 1.926.1.º, lo que comporta, como tal derecho real, que sea oponible *erga omnes* y no sólo frente al mandante que entregó la cosa, sino frente a su propietario. Véase comentario y crítica de esa sentencia de JORDANO FRAGA en CCJC, 1987, págs. 4767 y sigs., y de R. DE ANGEL YAGUEZ, *Actualidad Civil*, 1988, 6 marzo.

prudencia sobre la venta con pacto de retro); las *arras*, en tanto que garantía real genérica (cuya reconstrucción jurisprudencial, con distinción de funciones, se ha hecho a partir de las arras en la compraventa, art. 1.454); etc.

5.5. CONCEPTOS NORMATIVOS INSTRUMENTALES

Me refiero a aquellos que simplemente mencionados en la descripción del supuesto de hecho de la norma, sin más concreción (edificio, ruina, arquitecto), o con una definición legal que en la práctica ha resultado insuficiente (empresa o industria en el art. 3 LAU), o sin mención en norma alguna pero existente en la realidad práctica con trascendencia jurídica (promotor inmobiliario), han requerido una cuidadosa delimitación de su identidad y alcance y obtenido un «diseño» jurisprudencial de gran trascendencia jurídica. Así:

a) Noción de *edificio*: a los efectos del artículo 1.591 del Código Civil, lo entienden en sentido amplio las Sentencias de 19 febrero 1959, 28 junio y 24 diciembre 1982, 14 noviembre 1984...; y se ha dado el mismo tratamiento a aquellos efectos, a las denominadas obras accesorias o complementarias de la edificación: Sentencias de 19 abril 1977 (a las tuberías de conducción de agua), 24 febrero 1979 (instalación de calefacción) y 5 marzo 1984 (instalación de red de aguas residuales); y a las relativas a elementos esenciales de un edificio: Sentencias de 19 febrero 1959 y 27 diciembre 1983 (relativas a la cubierta), 12 mayo 1979 y 7 junio 1966 (referentes a la impermeabilización de techos o terrazas), 30 septiembre 1983 (sobre revestimiento de fachada) (66).

b) *Ruina de edificio* (respecto del mismo art. 1.591): aquí la labor jurisprudencial es mucho más importante y precisa, y hay abundantísimas sentencias que dan a ese término una acepción más amplia y precisa de la que tiene en sentido corriente: véanse Sentencias de 20 noviembre 1959, 7 junio 1966, 12 octubre y 28 noviembre 1970, 28 octubre 1974, 27 febrero 1975, 16 junio y 30 septiembre 1986, 4 abril y 17 julio 1987 (que apunta, esta última, la idea de ruina estética), 27 enero, 22 abril, 17 mayo y 10 noviembre 1988, etc.

c) *Vicios de la construcción*: también a título de ejemplo, y en el marco del artículo 1.591, véanse Sentencias de 18 diciembre 1984, 16 febrero 1985, 20 junio 1986, 12 febrero y 9 marzo 1988... Luego, el Tribunal Supremo ha ido concretando y distinguiendo entre los vicios construc-

(66) Véase GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La responsabilidad civil de los promotores* . . cit., pág. 66.

tivos que dan lugar a la responsabilidad (*ex art. 1.591*), los «vicios del suelo» (Ss. de 22 noviembre 1971, 5 diciembre 1981, 11 noviembre 1982, 13 febrero 1984, 1 marzo 1986, 17 junio 1987 y 27 enero 1988, entre muchas), «vicios de la dirección» (Ss. de 12 noviembre 1976, 22 noviembre 1982, 13 febrero, 26 noviembre y 14 diciembre 1984, 10 mayo 1986) y «vicios de la construcción» (Ss. de 1 febrero 1985, 10 diciembre 1976, 16 junio y 14 diciembre 1984, 1 junio 1985). Por otra parte, ha distinguido también los vicios de proyecto (Ss. de 17 mayo 1967, 31 octubre 1979, 5 octubre 1983, 5 marzo y 14 diciembre 1984, 9 diciembre 1985 y 12 junio 1987), vicios de dirección técnica y otros (67).

d) *Arquitecto*: véase Sentencias de 29 marzo 1966, 22 noviembre 1971, 24 enero 1975, 21 diciembre 1981, 11 noviembre 1982, 8 junio 1984, 10 mayo 1986, 15 julio 1988 (que hablan de arquitecto proyectista o director de obra); la de 1 marzo 1986 se refiere al arquitecto que no tiene titulación española. Sobre arquitecto técnico o *aparejador*, cfr. Sentencias de 9 octubre 1981, 22 noviembre 1982, 13 febrero 1984, 4 marzo y 14 noviembre 1988, 14 marzo 1989... El Tribunal Supremo ha equiparado al arquitecto del artículo 1.591 a los ingenieros e ingenieros técnicos y a cuantas personas con titulación técnica intervengan en la construcción (S. de 19 junio 1990) (68).

e) *Empresa o industria*, a efectos del arrendamiento de industria (art. 3 LAU) y para distinguirlo del arrendamiento del local de negocio (cfr. S. de 8 noviembre 1982), ha quedado bien definida en las Sentencias de 29 septiembre 1955, 17 enero 1957, 6 febrero 1960, 14 marzo 1961, 18 junio y 13 noviembre 1963, 2 noviembre 1982, 4 mayo 1983, 31 enero, 10 febrero, 17 mayo y 20 diciembre 1986, etc. Las Ss. de 8 noviembre 1974, 7 mayo 1985 y 31 enero 1987 dicen que debe consistir en una unidad patrimonial con vida propia, susceptible de ser explotada en tal estado.

f) *Promotor inmobiliario*: aparece por primera vez en la jurisprudencia (salvo error) con las Sentencias de 11, 17 y 28 octubre 1974 y continuada la concepción amplia de este operador jurídico en la de 1 abril 1977, 3 octubre 1979, 28 enero 1980, 9 marzo 1981, 23 febrero 1983, 17 julio 1987, 8 marzo, 17 mayo y 12 diciembre 1988, 20 febrero 1989... la Sentencia de 1 octubre 1991 alude a las razones por las que procede someterle a la responsabilidad del artículo 1.591; desde las de 13 junio 1984 y 11 febrero 1985 se le caracteriza por su actividad de intermediación unida a la obten-

(67) Cfr. en esta cuestión GÓMEZ DE LA ESCALERA, *op. cit.*, págs. 75 y sigs.

(68) La jurisprudencia ha precisado también en la aplicación del artículo 1.591 del Código Civil el concepto y responsabilidad diferenciada (respecto de otros) del constructor, el contratista y el subcontratista (Ss. de 23 noviembre 1985, 1 marzo 1984, 22 marzo 1986) y aun del fabricante y suministrador de materiales (cfr. Ss. de 26 octubre y 26 noviembre 1984 y 5 junio 1986).

ción de un beneficio económico derivado directamente de la construcción. Algunas sentencias distinguen incluso entre el promotor-constructor (contratista) —casi todas las anteriores— y el promotor-comitente (que comercializa el edificio construido): tal las Sentencias de 1 marzo y 13 junio 1984, 11 febrero y 28 marzo 1985, 30 octubre 1986 y 27 octubre 1987. La Sentencia de 1 marzo 1984 incluye a sociedades en ese concepto y la de 9 junio 1989 excluye a una cooperativa que no gozaba de la condición de empresario; en el mismo sentido, las de 6 marzo 1990 y 6 octubre 1991.

g) «*Dinero o signo que lo represente*», del artículo 1.445 del Código Civil. La jurisprudencia ha entendido por tal «signo» la entrega de letra de cambio, pagarés u otros títulos valores (Ss. de 28 octubre 1924, 14 enero 1928, 5 julio 1944), sobre el alcance y eficacia que tiene el pago convenido por la letra de cambio, cfr. Sentencias de 28 marzo 1909 y 11 y 30 noviembre 1956; sobre pago mediante crédito documentario, Sentencias de 8 abril 1932 y 5 enero 1942.

Algo semejante podría decirse de *vicios o defectos ocultos* (a efectos de los arts. 1.484 y sigs. CC) (69), *perturbación o peligro* (en el sentido y efectos del art. 1.502) (70), *instrucciones del mandante* y su relación y diferencia con *límites del mandato* (71).

5.6. OTROS CONCEPTOS JURÍDICOS Y CASOS

Me ocupo ahora de aquellos que aun regulados por el Código Civil o implícitos en diversa forma y lugares es difícil ya desvincularlos normativamente de ciertos contratos. Me permito recordar sólo algunos supuestos:

- a) La *forma constitutiva* del contrato, su alcance y demás es inseparable de la jurisprudencia sobre la forma en la donación, en la sociedad con aportación de inmuebles y otros contratos;
- b) Los *intereses en las obligaciones pecuniarias* y el *anatocismo* de-

(69) Véanse Sentencias de 31 enero 1970 y 12 marzo 1982 sobre qué se entiende por estos vicios; Sentencias de 23 febrero 1982, 20 octubre 1984, 6 marzo 1985 y 20 abril 1984 sobre la ineptitud de la cosa para la función para la que fue adquirida (*alud pro alio*, distinto de los vicios, *ex art.* 1.484); Sentencias de 4 mayo 1918 y 7 diciembre 1956 sobre el carácter de *ocultos*, Sentencias de 26 febrero 1914 y 25 enero 1924 sobre *gravedad*; etc.

(70) Véanse Sentencias de 13 junio 1962, 30 octubre 1965 y 29 septiembre 1978 (con interpretación restrictiva del precepto y requisitos), 8 mayo 1965 (el temor de la perturbación debe ser racional y fundado y con causa anterior a la venta), 25 junio 1964 (no basta la mera suspicacia de un comprador desconfiado)

(71) Véanse ahora Sentencias de 6 marzo 1943, 26 mayo 1964 y 12 diciembre 1962, entre las pocas que aluden a esas cuestiones; cfr. también Sentencias de 17 mayo 1971 y 5 julio 1976.

- ben mucho al contrato de préstamo (Ss. de 9 abril 1944, 25 mayo 1945 y la amplísima jurisprudencia sobre préstamos usurarios);
- c) La relación entre *onerosidad* y *saneamiento por vicios ocultos* ha quedado puesta de manifiesto sobre todo en la jurisprudencia sobre compraventa relativa a esta última cuestión;
 - d) El concepto de *causa gratuita* se ha enriquecido notablemente con las sentencias del Tribunal Supremo sobre donación, comodato, etc.;
 - e) La diferencia que puede haber en nuestro Ordenamiento entre *caso fortuito* y *fuerza mayor* exige consultar la jurisprudencia sobre contratos de depósito y transporte (S. de 2 enero 1945);
 - f) Los *derechos de adquisición preferente*, como categoría jurídica general, han sido redefinidos con motivo de la jurisprudencia sobre ciertos contratos (venta de cosa común o de finca colindante rústica, enajenación de la finca arrendada, rústica o urbana...);
 - g) Dígase lo mismo en relación con la *caducidad*, algunos de cuyos problemas ha sido estudiados por la jurisprudencia en casos límites o dudosos como en los de las acciones edilicias (a partir de la S. de 22 mayo 1965 se inclina el Tribunal Supremo por considerar el plazo de seis meses del art. 1.490 como de caducidad prácticamente sin excepción: cfr., entre muchas, Ss. de 12 marzo 1982 y 26 septiembre 1984), las acciones de revocación de donaciones por ingratitud o por supervivencia de hijos (S. de 23 octubre 1983), etc.

6. CONTRATOS ESPECIALES DE ESTIRPE O INFLUENCIA PRETORIANA

Para algunos, quizá la más importante aportación de nuestra jurisprudencia sobre contratos especiales durante los últimos cien años sea la realizada para la adaptación de nuestro viejo Derecho de contratos, de 1889, a la nueva realidad socioeconómica aparecida durante este tiempo (economía del sector terciario, importante intercambio de servicios, frente a una economía de producción o de intercambio de cosas de otrora). Esa adecuación, que en el mundo de los negocios se alcanza arbitrando nuevos instrumentos y medios aptos para la consecución de fines concretos que los interesados buscan, para los que los contratos típicos se muestran ineficaces, ha dado lugar a una paralela evolución de la tipología contractual, con una brillante eclosión de nuevos contratos, sobre todo de prestación de servicios (técnicos, financieros, etc.), a los que la jurisprudencia ha dado carta de naturaleza jurídica y un régimen jurídico concreto.

Esa labor, compleja y a veces difícil e insatisfactoria por la propia

dificultad del material manejado y las limitaciones procesales del recurso de casación, se ha producido en varios sentidos y propiciado aquella evolución jurídica por distintas vías. Cabe destacar: *a)* la aparición de nuevas formas de presentación de contratos típicos, distinta de la prevista en 1889 (arrendamiento de servicios profesionales liberales, permuta de solar por pisos locales que construir); *b)* figuras especiales (consideradas a veces como atípicas por el TS) de contratos típicos y clásicos (venta de cosa futura, suministro de energía eléctrica, fianzas especiales); *c)* contratos típicos con pactos atípicos (venta con pacto de exclusiva o de reserva de dominio, arrendamiento *ad meliorandum*); *d)* contratos inicialmente atípicos y luego tipificados (el de edición por ejemplo); *e)* contratos totalmente (y todavía) atípicos, desde los mixtos o híbridos hasta los de nuevo cuño, cuya relación queda abierta.

Añádase a esa obra jurisprudencial la no menos importante de clarificación, consolidación y desarrollo del régimen de algunos contratos con deficiente tipificación en el Código o en leyes especiales: así, el contrato de obra (brillante labor del TS por medio de centenas de sentencias), las aparcerías, el préstamo usurario, el depósito de cosas fungibles, los contratos aleatorios (sobre todo los juegos prohibidos y los permitidos y regulados administrativamente) y un largo etcétera en cuyo examen no me puedo detener (ni creo que sea de este lugar).

Finalmente, creo que no se puede omitir cómo el Tribunal Supremo ha contribuido también a la práctica desaparición de algún contrato, como la donación *mortis causa*, como figura jurídica autónoma.

6.1. NUEVAS FORMAS DE PRESENTACIÓN DE CONTRATOS TÍPICOS

Ciertas conductas típicas y formas de relación económica interpersonal han cambiado sustancialmente durante los últimos cien años. La reglamentación de 1889 se hizo teniendo en cuenta los modelos de conducta y actuación de aquella época y sociedad (rural, agraria); ahí está, por ejemplo, el arrendamiento de servicios —la brevedad de su regulación, su terminología (amo, criado, menestrales) y régimen—; o el de hospedaje (en sede de depósito, con fondistas, posadero, viajero); o el de permuta (frecuente en una sociedad poco desarrollada de cambio de cosa por cosa presentes).

Sin perjuicio de la nueva regulación legal de alguno de esos contratos (sobre todo la laboral y su jurisprudencia propia, que ha desgajado del ámbito del contrato de arrendamiento de servicios del Código la mayor parte de lo previsto para el mismo en este cuerpo legal), es importante la contribución jurisprudencial en el diseño jurídico de estos contratos:

a) *Arrendamiento de servicios de profesiones liberales*. Aunque visto casi siempre como arrendamiento de servicios, ha sido considerado para ciertas profesiones y en algunos casos como contrato de obra, con prestación de resultado (arquitectos, ciertos servicios médicos). No siempre resulta fácil distinguirlo del mandato (Ss. de 4 febrero 1950 y 16 febrero 1935; la S. de 14 marzo 1986 dice que «es básico para distinguirlos el criterio de la sustituibilidad», que sólo cabe en el mandato). La jurisprudencia ha precisado la cuestión de la determinación del precio (Ss. de 27 diciembre 1915, 20 marzo 1947, 22 diciembre 1954, 7 octubre 1964...), su impugnabilidad (S. de 18 abril 1951 y otras), el valor de usos profesionales y normas corporativas (S. de 4 julio 1984), la posibilidad de su extinción por denuncia unilateral habida cuenta de la especial relación de confianza que suele haber en su origen (S. de 19 septiembre 1983 y otras; cfr. también S. de 14 marzo 1986 para la prestación de servicios «indefinidamente»). Para ciertas profesiones, como la de abogado o médico, hay jurisprudencia concreta (72), así como en relación con el grado de diligencia exigible en su desempeño y responsabilidad contractual en su caso (riquísima para la profesión médica).

b) *Contrato de hospedaje*. No regulado bajo ese nombre en el Código Civil, le dedica un par de artículos (1.783 y 1.784). De ellos parten doctrina y jurisprudencia para dibujar su régimen jurídico. Suele ser calificado como contrato mixto o complejo y discutida su naturaleza civil o mercantil (Ss. de 13 marzo 1936 y 14 junio 1941). Sobre el contenido del contrato, véanse Sentencias de 16 enero y 17 septiembre 1987 (entre las antiguas, S. de 21 abril 1951). En cuanto a los servicios prestados por el hostelero, cfr. Sentencia de 17 julio 1993. Los problemas más interesantes y graves han surgido alrededor de la responsabilidad (*ex arts.* 1.783 y 1.784) que el Tribunal Supremo ha tendido a calificar de responsabilidad objetiva o por riesgo (Ss. de 11 julio 1989 y 15 marzo 1990 entre las recientes).

c) *Contrato de garaje*. Debaten doctrina y jurisprudencia si a falta de normas concretas ha de regirse por las del arrendamiento o las del depósito. Se decanta por el primero la Sentencia de 10 junio 1929 y, en general, cuando no hay obligación de custodia. El Tribunal Supremo lo considera como contrato de depósito si el dueño del garaje asume la custodia (S. de 8 marzo 1952).

d) *Permuta de solar por pisos o locales que construir*. También es discutida su naturaleza por la proximidad con el contrato de obra (por la construcción futura). El Tribunal Supremo lo ha considerado típico en las Sentencias de 22 mayo 1974, 2 enero 1976 y 7 julio 1982 (por los rasgos afines con la permuta y el arrendamiento de obra, con los que no se iden-

(72) Véase la que cita CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, cit., págs. 109 y sigs.

tífica). En cambio, lo consideran como permuta las Sentencias de 9 noviembre 1972 y 24 octubre 1983 (esta última resume la jurisprudencia anterior). Las Sentencias de 5 julio 1989 y 12 noviembre 1992 hablan de contrato atípico *do ut des* con notas que lo aproximan a la permuta y caracterizado por el intercambio de cosa presente por prestación de cosa futura.

6.2. FIGURAS ESPECIALES DE CONTRATOS TÍPICOS

En algún caso se les ha llamado variantes atípicas de contratos típicos. Tienen como denominador común la existencia de un régimen legal del contrato tipo (compraventa, depósito, fianza...) respecto del cual aparecen estas formas o variantes especiales por razón del objeto, del contenido efectuado, etc. He aquí algunos ejemplos:

a) *Venta de cosa futura*. Ya no siempre se trata de venta de productos agrarios (cosecha futura), sino que cada vez es más frecuente ver calificada así la de viviendas que construir (lo que plantea el problema de calificación y distinción con la permuta). La Sentencia de 29 abril 1947 (venta de madera sobre pinos en pie) no la califica de venta de cosa futura. Las Sentencias de 9 junio 1949, 6 octubre 1965 y 23 abril 1970 se refieren a productos de campo; las de 17 febrero 1967, 3 junio 1970, 18 octubre 1972 y 28 noviembre 1973, a venta de edificios que construir (en la última se distingue del contrato de obra); la de 30 octubre 1981 distingue entre «venta de esperanza», que parece concebir como contrato aleatorio, y la venta de cosa futura.

b) *Compraventa por suministro*. En la jurisprudencia ha predominado la tesis de considerar este contrato como una modalidad de la compraventa (Ss. de 9 mayo 1957, 28 abril 1961, 2 marzo 1965, 9 abril 1973, 30 abril 1985); más matizada, apuntando diferencias, es la posición de las Sentencias de 6 diciembre 1979 y 27 diciembre 1980. La Sentencia de 30 noviembre 1984 dice que el contrato de suministro («carente de regulación positiva en la legislación española»), aunque afín al de compraventa, no se identifica con ella. Han precisado las particularidades de este contrato (cumplimiento fraccionado y la periodicidad de las entregas) las Sentencias de 17 diciembre 1928, 28 octubre 1955 y 13 octubre 1983 (73).

Un caso particular de este contrato es el de *suministro de energía eléctrica*, del que el Tribunal Supremo ha dicho alguna vez ser atípico y otras lo califica de «venta con fisonomía especial» (Ss. de 28 enero y 12

(73) Sobre este contrato véase L. FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, *El contrato de suministro*, cit., con amplia bibliografía y referencias jurisprudenciales.

junio 1960) o de «naturaleza mixta» por la intervención y control de la Administración en ese servicio público (S. de 13 febrero 1978). La interesante Sentencia de 28 abril 1961, que hace referencia a las de 21 abril 1956 y 2 febrero 1959, habla de compraventa especial o *sui generis*. Y la de 25 enero 1985 dice que el suministro de energía eléctrica difiere notablemente del de cosas corporales porque en la prestación hay una componente de servicios.

c) *Contrato de corretaje o mediación*. Se presenta como una variante atípica del contrato de mandato (para cierta jurisprudencia, del contrato de obra) y es de clara formación jurisprudencial: véanse Sentencias de 10 enero 1922, 3 junio 1950 y 9 octubre 1965 (que lo consideran «contrato innominado, *do ut facias*»); 7 abril 1926, 5 julio 1946, 11 noviembre 1948, 16 abril 1952, 28 noviembre 1956, 27 diciembre 1962 (que distingue este contrato del arrendamiento de obra y de mandato) y 14 octubre 1970 (lo refiere al mandato).

d) *El precario* (acepción moderna). A partir sustancialmente de las Sentencias de 24 y 26 junio 1926 se ha ido formando una jurisprudencia abierta y benévola de esta figura: véanse Sentencias de 11 febrero y 28 junio 1926, 5 octubre 1933, 5 diciembre 1934... Su acceso a los tribunales está relacionado prácticamente siempre con el desahucio.

e) Háblase de *transacción mixta* cuando se refiere a cosa ajena la concesión, promesa o retención de las partes (Ss. de 8 marzo 1933, 8 marzo 1948, 10 abril 1964, 9 noviembre 1969, etc., que consideran reducible dicha variante a la transacción tipificada en el art. 1.709 CC). Y de *transacción impropia* (Ss. de 20 octubre 1952 y 10 junio 1968) cuando en la concreción del acuerdo transaccional interviene un tercero.

f) Probablemente es en materia de *fianza* donde han aparecido más figuras especiales o variantes atípicas que han merecido el reconocimiento jurisprudencial. Así, la llamada (y discutida) *fianza irregular* (Ss. de 25 octubre 1932 y 3 marzo 1956) en garantía de obligación propia; el *aval en sentido amplio* (Ss. de 21 marzo 1980, 11 julio 1983 y 17 junio 1985); las *cartas de confort* o de patrocinio (S. de 15 diciembre 1985); las *pólizas de afianzamiento* (Ss. de 21 abril y 14 noviembre 1989). Menor delineamiento jurisprudencial tiene el *mandato de crédito*, contrato de garantía entre el de mandato y el de fianza, que las Sentencias de 8 octubre 1927 y 22 diciembre 1941 han declarado posible en nuestro Ordenamiento y compatible con los artículos 1.709 y 1.717 del Código Civil.

g) Como *contrato de renta vitalicia atípica* vienen considerándose aquellos casos en que frente a los términos del artículo 1.802 del Código Civil la pensión no es de por vida ni en consideración a un capital en bienes muebles o inmuebles cuyo dominio se transfiere, sino en atención a unos servicios y para determinados supuestos (Ss. de 5 julio 1906 y 5 abril 1974).

Como variante también puede considerarse el contrato de cesión de bienes por contraprestación de alimentos y gastos farmacéuticos (S. de 18 abril 1984).

La relación de variantes especiales o atípicas de contratos típicos podría ser bastante más larga.

6.3. CONTRATOS TÍPICOS CON PACTOS ATÍPICOS

Es difícil y quizá arbitrario distinguir este grupo de contratos del anterior, alguno de cuyos ejemplos podría incluirse en este apartado, y a la inversa. En todo caso, estoy pensando ahora en contratos que, partiendo de esquemas legales bien definidos, se apartan del tipo contractual correspondiente por la posición o inclusión de un pacto impropio del contrato tipo y su régimen funcional, cuyos efectos normales o típicos varían así (por ejemplo, la reserva de dominio a favor del vendedor después de entregada la cosa en una venta perfecta). Dejando de lado ciertas cuestiones dogmáticas al respecto (de calificación del pacto, o acerca de si el contrato resultante es en puridad típico o atípico, y demás), cabe citar como ejemplos de este grupo de contratos, en cuya consolidación normativa ha sido relevante la labor jurisprudencial:

a) La aludida *compraventa con pacto de reserva de dominio* (conocido en la realidad mercantil y en la jurisprudencia mucho antes de la Ley especial de 17 julio 1965): afirmaron la licitud y validez de este pacto innumerables sentencias, desde la de 16 febrero 1894 (luego, entre otras, las de 6 marzo 1906, 30 noviembre 1915, 10 enero 1929..., 10 enero 1989). La Sentencia de 15 marzo 1934 declaró que la reserva de dominio no constituye condición suspensiva de la perfección de la compraventa; en cambio, la reciente de 12 marzo 1993 considera que el completo pago del precio aplazado actúa a modo de condición suspensiva de la adquisición por el comprador del pleno dominio de la cosa y, verificado tan completo pago, se produce *ipso iure* la transferencia dominical, de lo que deduce la retroacción de la adquisición de la propiedad como efecto del pago del precio total; y con cita de la Sentencia de 19 de mayo 1989, insiste en que el vendedor carece de poder de disposición de la cosa a tercero (74). La muy importante Sentencia de 10 junio 1958 profundiza en la esencia y fundamento del pacto, su naturaleza y efectos, *inter partes* y frente a terceros. Se han ocupado también sobre la relación entre los contratantes y terceros,

(74) Cfr comentario de esta sentencia, por J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, en *CCJC*, núm. 31, págs 277 y sigs.

sobre todo entre el vendedor y los acreedores del comprador (Ss. de 13 diciembre 1920, 19 enero y 11 marzo 1929, 19 mayo 1989...) y entre el primero y los subadquirentes (Ss. de 1 diciembre 1909, 18 junio 1952...).

b) *La venta con pacto de exclusiva*. El Tribunal Supremo ha hecho a este respecto importantes pronunciamientos que han definido este contrato: sobre la naturaleza y caracteres del pacto, la Sentencia de 28 octubre 1955, que no desnaturaliza el contrato de compraventa ni lo transforma en mixto; las de 28 mayo 1966 y 3 abril 1968. Con frecuencia acompañan a ese contrato y pacto otros que dan lugar a un contrato mixto como el de *concesión* (la S. de 11 febrero 1984 lo califica como «contrato atípico de concesión o venta en exclusiva»). Sobre los límites del pacto de exclusiva, cfr. Sentencias de 29 octubre 1955, 18 marzo y 28 mayo 1966, 14 febrero 1973 y 4 mayo 1984; acerca de sus efectos frente a terceros, Sentencias de 23 marzo 1921, 29 octubre 1955 y 21 marzo 1962; y en cuanto a la resolución del contrato por incumplimiento de la exclusiva, véase Sentencia de 18 marzo 1966.

c) *Compraventa con pacto de liquidación por medio de créditos documentarios bancarios*. Se trata de una variante cada día más frecuente en el tráfico jurídico de cierta importancia económica del pago del precio «en dinero o signo que lo represente». Sobre este pacto y los créditos documentarios, cfr. Sentencias de 8 abril 1932, 5 enero 1942, 30 marzo 1976, 27 octubre 1984, 11 marzo y 5 mayo 1991.

d) *Los arrendamientos «ad meliorandum»* y su variedad «*ad aedificandum*». Aunque hoy puede decirse que han dejado de ser atípicos los primeros tras la LAR de 31 diciembre 1980 (bajo la legislación anterior, cfr. Ss. de 17 abril 1948 y 26 marzo 1979), siguen siéndolo en los arrendamientos urbanos, respecto de los que hay abundante jurisprudencia: Sentencias de 3 julio 1941, 17 abril 1948..., 26 marzo 1979, 3 abril 1984, etc., que lo consideran contrato atípico y excluido del régimen de la LAU.

6.4. CONTRATOS INICIALMENTE ATÍPICOS Y LUEGO TIPIFICADOS

a) Hasta su reciente regulación en la Ley de Propiedad Intelectual de 11 noviembre 1987, el *contrato de edición* —antes regulado en la Ley del Libro de 12 marzo 1975, con importante componente administrativo— y *de representación* (de obras dramáticas, musicales, etc.) vieron clarificado su régimen jurídico y resueltos ciertos problemas concretos por la jurisprudencia. Para el de edición véanse Sentencias de 21 mayo 1954, 15 febrero 1972, 4 mayo y 28 noviembre 1973 (que aplica las normas del contrato de obra), 9 febrero 1977 (sobre cesión indebida de derechos del editor a un tercero), 14 octubre 1983 (sobre contenido y extinción por mutuo disenso), etc.

b) Sobre *edición de obras musicales*, cfr. Sentencia de 23 marzo 1921. La Sentencia de 4 octubre 1930 se ocupó de un contrato para «impresionar y reproducir en máquina parlante una obra musical».

c) Del *contrato de cesión de obra literaria para guión cinematográfico*, referida a hecho anterior a la LPI de 1987 trata la Sentencia de 2 enero 1992 (dice que no es venta de obra, sino cesión de explotación de propiedad intelectual para transformación en guión de película cinematográfica, lo que impone la obligación al cesionario de llevarlo a cabo). Sobre la cesión de derechos de propiedad intelectual (obras musicales) versaba también la Sentencia de 3 abril 1940.

d) *Contrato de exposición de obra propia* (S. de 3 junio 1991).

e) Se ocupan del *contrato sobre equipo informático* las Sentencias de 15 junio 1987 y 23 noviembre 1988 (que se refiere a transmisión de propiedad intelectual sobre programa de ordenador de encargo), ambas sobre hechos anteriores a la LPI de 1987. La Sentencia de 12 diciembre 1988 pasa por ser la primera sentencia española que se ocupa de la contratación dirigida a la creación de programas de ordenador.

f) Del llamado *contrato de dación y recepción de arbitraje* hubo de ocuparse la jurisprudencia antes de la mínima referencia legal al mismo en las Leyes de Arbitraje de 22 diciembre 1953 y 5 diciembre 1988: véanse las Sentencias de 13 mayo 1933 y 14 noviembre 1956, que lo consideran de mandato; la de 10 noviembre 1915 entendió que no había relación contractual entre los árbitros y las partes interesadas en la controversia y que las obligaciones de aquéllos derivadas de su aceptación son de carácter legal. La Sentencia de 5 octubre 1964 se ocupó de la forma pública de la aceptación (como exigía la Ley de 1953).

6.5. CONTRATOS TOTALMENTE Y TODAVÍA ATÍPICOS

Este apartado, él solo, precisaría de todo el espacio y tiempo de que dispongo para obtener un estudio y resultados mínimamente aceptables. Como es, quizá, lo más conocido y mejor elaborado (siquiera sea sectorialmente) de la materia que me ocupa, mi referencia aquí puede ser muy breve.

A) *Contratos mixtos, complejos o híbridos*

Bajo esta denominación ha manejado el Tribunal Supremo imprecisa terminología (Ss. de 3 noviembre 1962 y 7 noviembre 1964) y ha entendido cosas y casos diferentes (cfr. Ss. de 17 mayo 1982, 13 octubre 1962, 30

octubre 1970...). Las Sentencias de 3 julio 1941 y 28 septiembre 1972 subrayan su carácter de figura contractual unitaria. La jurisprudencia ha hecho importantes precisiones tanto en orden a la calificación de los contratos (según los pactos y componentes y el grado de atipicidad, en su caso) como respecto del régimen jurídico aplicable. En este último aspecto el Tribunal Supremo no ha adoptado posiciones dogmáticas y, unas veces, ha aplicado el criterio del «objeto predominante» (Ss. de 18 abril 1950 y 25 abril 1951) o el del «elemento preponderante» por su importancia económica o negocial (Ss. de 21 junio 1955, 19 diciembre 1960, 14 octubre 1969, 10 octubre 1970...); otras, el criterio de la absorción (Ss. de 21 abril 1951, 21 marzo 1956, 15 enero 1963 y 28 enero 1957); a veces, el de la combinación (Ss. de 30 diciembre 1965 y 23 octubre 1981). La Sentencia de 19 mayo 1982 opta por aplicar por analogía el régimen de los tipos contractuales más afines (cfr. también Ss. de 21 diciembre 1963 y 30 diciembre 1965).

Los contratos que han sido calificados como mixtos (alguna vez como complejos, aunque son cosas distintas) han sido muchos. He aquí algunos ejemplos:

- a) Contrato de *vitalicio*. Aunque alguna sentencia lo considera como una variante de la renta vitalicia (la de 1 julio 1982 admite la analogía entre ésta y el vitalicio oneroso), en la mayoría es considerado como atípico y distinto de aquélla: así la de 28 mayo 1965, que niega que le sean aplicables los preceptos de renta vitalicia («no es una modalidad de la renta vitalicia de los arts. 1.802-1.808 CC, sino un contrato autónomo, innominado y atípico»); también reconocen su autonomía respecto de la renta vitalicia las Sentencias de 6 mayo 1980, 18 abril 1984, 13 julio 1985, 30 noviembre 1987 (muy interesante), 31 julio 1991 y 8 mayo y 2 julio 1992. La Sentencia de 6 mayo 1980 lo concibe como el contrato por el que una de las partes, a cambio de la entrega de unos bienes, se obliga a prestar a la otra «domicilio, alimentos y asistencia médica»; y la Sentencia de 21 octubre 1992 insiste en la atipicidad del vitalicio, su naturaleza de contrato unilateral y que no le es aplicable la facultad resolutoria del artículo 1.124 del Código Civil (admite condición resolutoria la RDGRN de 16 octubre 1989).
- b) Ciertas *aparcerías agrícolas* (Ss. de 30 junio 1972, 23 enero 1965 y 15 abril 1982) e *industriales* (Ss. de 4 octubre 1966, 10 marzo 1967 y 5 noviembre 1959).
- c) *Contrato complejo de cesión de solar por obra y entrega de cantidad* (S. de 18 noviembre 1980) o de varias viviendas y del terreno de una lonja (S. de 2 octubre 1984), y el de permuta de solar por

un porcentaje de los que en él se edifiquen (S. de 30 diciembre 1991).

- d) *Colocación de aparatos automáticos*: Sentencias de 10 octubre 1991 (máquinas tragaperras) y 21 febrero 1991.
- e) Contrato de *colaboración industrial* (S. de 10 junio 1991); la Sentencia de 18 abril 1991 se refiere a un contrato asociativo de confección textil y comercialización.

Además de los anteriores cabe citar los contratos de *arrendamiento turístico* (que la S. de 10 octubre 1989 considera atípico, complejo y excluido de la LAU), el *contrato de garaje* (Ss. de 10 junio 1929 y 5 marzo 1952, ya citadas), de *portería* y muchos más.

B) *Contratos atípicos de nuevo cuño*

Aquí haré simple mención de los más conocidos, cuya lista sería interminable y siempre abierta. Han merecido especial atención de la jurisprudencia no sólo los de origen y terminología anglosajona (*leasing* en sus varias clases y presentaciones, *factoring*, *engineering*, *franchising*), a los que cabe añadir los modernos relativos a otras prestaciones de servicios como son los de servicios financieros, informáticos, de auditoría, de consultoría, de asesoramientos técnicos, contratos de licencia y muchos más, sino también los contratos de distribución y exhibición de películas (Ss. de 30 diciembre 1965 y 9 octubre 1971), de agencia (Ss. de 12 noviembre 1963 y 25 mayo 1983 sobre agencia de negocios de sociedad extranjera distribuidora internacional), de racionalización de empresas (S. de 23 noviembre 1965), de «promoción de ventas, de información, ofertas y negociaciones» (S. de 30 noviembre 1979), de reserva hotelera (Ss. de 27 febrero 1982 y 3 diciembre 1992) y un largo etcétera.

7. CONTRATOS QUE LA JURISPRUDENCIA HA CONTRIBUIDO A DECLARAR MUERTOS

Algo parecido a esta frase dijo el profesor FUENMAYOR (75) referida a la donación *mortis causa* y al artículo 620 del Código Civil. Por lo que respecta a la jurisprudencia y en el marco de la polémica acerca de la subsistencia o no de la donación *m c.* como figura autónoma en nuestro

(75) «Sobre una revisión de las donaciones *mortis causa* en nuestro Código Civil», ADC. 1951, págs. 1082 y sigs (pág. 1093).

Ordenamiento —que apenas tiene como único, si bien brillante, defensor a VALLET DE GOYTISOLO—, tras una etapa de posición insegura y con sentencias contradictorias —a favor de la donación *m.c.*, como tal, las Ss. de 8 mayo 1896, 2 diciembre 1916, 9 abril 1942 y 27 diciembre 1945; en contra de su autonomía y de considerarla absorbida por la disposición testamentaria las Ss. de 28 enero 1899, 13 junio 1900, 3 enero 1905, 12 febrero y 24 abril 1909, 10 junio 1912, 4 noviembre 1926 y 8 julio 1943 entre las que conozco— el Tribunal Supremo se ha decantado definitivamente (parece ser) en este último sentido al someter la donación *mortis causa* íntegramente al régimen jurídico de la sucesión testamentaria, incluso en cuanto a la forma, con lo que aquélla desaparece como figura *a se*, autónoma, para pasar a ser una disposición a título particular dentro del testamento en que debe formalizarse. Así las Sentencias de 23 marzo 1948, 19 junio y 29 octubre 1956, 27 marzo 1957, 7 junio 1960, 23 febrero 1963, 28 octubre 1965, 7 enero y 28 abril 1975 y 24 febrero 1986 (esta última con amplia argumentación).

FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ
Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Barcelona

El *dies a quo* para el cómputo del plazo de la acción revocatoria o Pauliana (con motivo de una jurisprudencia reciente)

SUMARIO: I. PREVIO.—II. ALGUNOS ANTECEDENTES HISTORICOS: a) DERECHO ROMANO. b) LAS PARTIDAS. c) EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1851. d) EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL (1882-1888). e) DE LA LEY HIPOTECARIA DE 1861 AL TEXTO VIGENTE DE LA LEY HIPOTECARIA: e.1) *La redacción originaria de 1861*. e.2) *Vicisitudes posteriores*.—III. LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA DESDE LAS NORMAS DEL CODIGO CIVIL: a) LA OPINIÓN DE LA DOCTRINA MAYORITARIA. b) UNA (LEVÍSIMA) PINCELADA DE DERECHO COMPARADO. c) LA JURISPRUDENCIA MÁS ANTIGUA DEL TRIBUNAL SUPREMO: c.1) *Sentencia del Tribunal Supremo de 8 mayo 1903 (núm. 135)*. c.2) *Sentencia de 26 junio 1946 (núm. 154)*.—d) LA SUPERACIÓN DE LA OPINIÓN DOCTRINAL COMÚN POR LA JURISPRUDENCIA CIVIL MÁS RECIENTE: d.1) *El criterio del momento en que se verifica la insolvencia del deudor: STS de 29 octubre 1990*. d.2) *El criterio que yo estimo preferible: el momento en que el acreedor conoce o debió conocer el acto perjudicial de su deudor que se trata de impugnar*. d.2.1) *Sentencia TSJ Cataluña de 30 enero 1992 (Ponente: Sr. Somalo Giménez)*. d.2.2) *Sentencia del Tribunal Supremo de 16 febrero 1993 (Ponente: Sr. Malpica y González-Elipe)*.—e) DEFENSA DE LA TESIS AQUÍ SOSTENIDA. f) EN PARTICULAR, LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1.969 DEL CÓDIGO CIVIL Y SU SENTIDO EN EL ÁMBITO DE LA ACCIÓN REVOCATORIA.—IV. ¿QUE HACER, ENTONCES, CON EL ARTICULO 37.III DE LA LEY HIPOTECARIA?

I. PREVIO

El presente estudio (*) puede considerarse, con razón, como un ejercicio de minimalismo jurídico. Fija su atención en un punto concretísimo y de-

(*) Elaborado en el marco del Proyecto de Investigación PS93-0179, financiado por la DGICYT

limitadísimo del régimen de una determinada institución (la acción revocatoria o pauliana, en este caso) y, a primera vista, no, precisamente, el más vistoso o trascendente.

Sin embargo, sucede con gran frecuencia que es por causa de una pequeña y, en sí, poco relevante pieza, que una compleja y costosa maquinaria ve condicionado su funcionamiento —desde no funcionar en absoluto, si la pequeña pieza falla, hasta funcionar mejor o peor, según cómo se ajuste ésta dentro de aquélla—.

Es esto, desde luego, lo que ocurre con el tan concreto y delimitado asunto que me propongo abordar aquí. La operatividad misma del principal remedio dirigido contra los actos del deudor que comprometen su solvencia depende, en gran medida, de cuál momento se adopte como el inicial para fijar la vida de la acción revocatoria, ese principal remedio de que dispone el acreedor perjudicado frente a dichos actos.

La jurisprudencia civil reciente ha venido a descubrir en esta zona tan acotada del régimen de la revocatoria una peligrosa brecha en nuestro Derecho vigente —brecha que el deudor podría pretender aprovechar para resguardar su actividad en perjuicio de sus acreedores, y por cuyo través, así, en resumidas cuentas, podría resultar burlada o menoscabada relevantemente la garantía general del crédito—. A tal descubrimiento siguió, a mi juicio con pleno acierto en el terreno de la justicia material, el sentimiento de la necesidad de tapar esa peligrosa grieta por donde podía escapar, en buena parte, la efectividad de la pauliana, lo que se ha traducido en una nueva doctrina jurisprudencial sobre el *dies a quo* a efectos del cómputo del plazo de dicha acción.

Las páginas que siguen pretenden respaldar y contribuir a consolidar este nuevo posicionamiento jurisprudencial, no sólo por responder mejor a la justicia (según apreciación, desde luego, que otros pueden no compartir), sino, también, porque resulta defendible (aunque, asimismo aquí, discutiblemente), en el estado actual de nuestro Ordenamiento.

El concreto problema aquí abordado, por otra parte, aunque replanteado recientemente, no es, en absoluto, nuevo: se trata de una cuestión recurrentemente planteada, y casi siempre con plena conciencia de su trascendencia práctica, a lo largo de la Historia. Las soluciones no siempre fueron, lógicamente, las mismas.

El estudio del problema en perspectiva histórica nos deparará la pequeña sorpresa de una vuelta en la actualidad a las soluciones más antiguas, y de ver cómo ahora triunfan jurisprudencialmente —en el contexto de una legalidad, en este punto, inalterada— los mismos argumentos que el TS rechazaba no hace mucho. Pero, en el fondo, tampoco hay de qué maravillarse: ya se sabe de la relatividad de la evolución jurídica y de la mutabilidad de las soluciones jurisprudenciales —rectificar es de sabios y, a veces, como, según creo, en este caso, de justos—.

II. ALGUNOS ANTECEDENTES HISTORICOS

a) DERECHO ROMANO

La Compilación justiniana refundió, como es sabido, en solo uno —el que hoy conocemos como acción revocatoria o pauliana— los distintos instrumentos de defensa contra el fraude que conocía el Derecho clásico. Este ensamblaje de los remedios clásicos preexistentes no fue, como también es notorio, armónico, y de ello veremos la prueba en el punto concreto que nos interesa.

En el *Digesto* la duración de la acción revocatoria se contempla en distintos fragmentos siempre con un plazo de un año; en cambio, es en punto al término inicial para el cómputo de ese plazo anual donde no existe uniformidad, acaso imputable a esa fusión, un tanto violenta, de remedios heterogéneos preexistentes.

Los fragmentos del *Digesto* (1) a tener en cuenta son:

a.1) *D. 42, 8, 1, pr.*

«Dice el Pretor: “Daré acción dentro del año en que se puede ejercitar al curador de los bienes o al que deba darse acción por esto, por lo que se ha hecho a causa de fraude, contra aquella persona que no hubiera ignorado el fraude y observaré también esto contra el mismo que hizo el fraude”».

Como se ve, este primer fragmento no permite resolver con claridad la cuestión del momento inicial del plazo de la acción. La posibilidad de ejercicio, el criterio acogido para determinar aquel momento, es el mismo de nuestro actual artículo 1.969 del Código Civil y plantea exactamente la misma discutida y discutible disyuntiva: posibilidad legal de ejercicio («objetiva») o posibilidad efectiva de ejercicio por el sujeto titular de la acción («subjettiva»).

a.2) *D. 42, 8, 6, 14*

«El año de esta acción se cuenta como útil, desde que se pudo ejercitar, a partir del día en que se hizo la venta [*venditio bonorum*]

(1) Citados siempre en la versión castellana de D'ORS y otros, tomo III, Pamplona, 1975.

en que concluía el procedimiento ejecutivo universal contra el deudor insolvente (1bis)]».

El sentido de este texto parece claro: no basta la realización de la *bonorum venditio* para iniciar el cómputo del plazo de la acción, sino que a partir del momento de aquella venta el plazo comenzará a contarse en el instante en que el titular de la acción pueda ejercitarla. Por tanto, el instante de la *venditio* no es necesariamente el término inicial del plazo de la acción —sólo cuando su titular la podía ejercitar ya en ese momento—, sino el punto de arranque a partir del cual se mide su posibilidad de ejercicio por el titular, que puede conducir, por tanto, al inicio del cómputo del plazo de la acción en un momento posterior al de la *bonorum venditio*. El momento de ésta actúa, pues, como tope mínimo de la posibilidad de ejercicio de la acción y, por ende, del inicio del cómputo del plazo: una y otro nunca pueden ser anteriores a ese momento, pero sí posteriores.

Que el sentido de este segundo fragmento sea el dicho, viene reforzado por la indicación explícita en él de que el cómputo del tiempo, a efectos del plazo anual de la acción, se hace *como útil*: lo que significa que solamente se computan los días en que efectivamente cupo el ejercicio por el titular de la acción y no aquellos en que existía un justo impedimento, aun afectante a su sola persona, que no se lo permitía (2). Lo que es, obviamente, incompatible con que el plazo de la acción empiece a correr antes de que su titular pueda tener conocimiento del acto perjudicial del deudor contra el que se trata de reaccionar.

a.3) *D. 42, 8, 10, pr.*

«Dice el Pretor: “Le restituirás lo que Lucio Ticio a causa de fraude y con tu conocimiento hizo en los bienes de que se trata, si por esto de lo que se trata debe tener o competérle una acción en virtud de mi edicto y si no ha transcurrido un año para ejercitar la reclamación por esto de lo que se trata. Según los casos, permitiré, previo conocimiento de causa, una acción por el hecho aunque no haya conocimiento del fraude, por parte del demandado”».

(1 bis) Vid. BONFANTE, *Instituciones de Derecho romano*, Madrid, 1979 (trad. de la 8.^a ed. italiana por BACCI/LARROSA), pág. 538, nota 3

(2) Vid. BONFANTE, cit. en nota precedente, y también pág. 106.

Este tercer fragmento se limita a insistir en el carácter anual del plazo de vida de la acción pauliana, pero no contiene, según se ve, ninguna indicación acerca del momento inicial del cómputo de ese plazo.

a.4) *D. 42, 8, 10, 18*

«El año de esta acción por el hecho se contará a partir del día de la venta de los bienes [*venditio bonorum*, de nuevo aquí]».

En este último fragmento, en forma contraria de lo antes visto, se apunta un criterio decididamente «objetivo» en cuanto al momento inicial del cómputo del plazo anual de la pauliana: el momento de la *bonorum venditio*, prescindiendo de las posibilidades efectivas de ejercicio de la acción que tenga el acreedor perjudicado en ese momento (en particular, aun cuando en ese instante desconozca ni pueda conocer la realización del acto perjudicial del deudor y, por tanto, del perjuicio que le ha causado).

b) LAS PARTIDAS

También las Partidas se ocuparon de la cuestión que es objeto de nuestro estudio, al regular la acción revocatoria. El texto a tener en cuenta (P. V, Tít. XV, Ley VII) (3), en la parte que interesa, rezaba así:

«Personal debdor dezimos que es aquel quando la persona tan solamente es obligado por el debdo e non los bienes. E tal debdor como este acaesce a las vegadas que después que es condenado, en juyzio, que pague las debdas e ha mandado el judgador fazer entrega de los bienes del que los enagena todos porque no puedan fallar de lo suyo, de que entreguen a aquellos que deven aver. E porende dezimos, que tal enagenamiento como este, pueden revocar aquellos que deben ser entregados enellos, desde el día que lo supieren, fasta un año».

A la vista de lo cual, resulta claro que en el Derecho (común) español que estuvo vigente en la materia hasta la promulgación del Código Civil —con la única salvedad de la previa incidencia, en aquélla, de la LH de 1861—, manteniéndose, por un lado, el carácter anual del plazo de la acción

(3) Que cito en la edición facsimilar del *BOE*. Madrid, 1974 [de la ed. de Salamanca, 1555].

revocatoria (heredado directamente de los textos del *Digesto*), se optó, decididamente, a efectos de fijación del momento inicial para el cómputo de dicho plazo, por una solución que podríamos llamar, provisionalmente, «subjética»: el plazo sólo comenzaba a correr desde que el acreedor perjudicado tenía conocimiento del acto del deudor que se trataba de impugnar. O, dicho de otro modo, no se admitía que el plazo pudiera comenzar a correr, frente al acreedor perjudicado que no hubiera podido conocer la existencia del acto perjudicial de su deudor, por la simple realización —y desde ese instante— de tal acto. En este aspecto del *dies a quo* para el cómputo del plazo de la acción pauliana, también operaba el influjo del Derecho romano (en la parte vista en que establecía la computación del tiempo para dicha acción como útil).

Y es este influjo romanista el que explica que la solución de las Partidas fuese la misma que, generalizadamente, acogieron los autores del *ius commune* (4), según resulta de la glosa de GREGORIO LÓPEZ a las Partidas, en el concreto punto de nuestro interés (*fasta un año*) (5):

«... per Bartolum est autem iste annus utilis: unde non curret nisi a tempore scientiae alienationis... quod iste annus intelligatur de utili patet in 1. [lege] I [¿D.42,8,1,pr.?] eodem tenet Azo».

Hace invocación del Derecho de Partidas en este punto, la STS 2 marzo 1891 (6), que, a pesar de su fecha, hace aplicación todavía —para un caso anterior a la entrada en vigor del CC— del Derecho vigente inmediatamente anterior a la promulgación del Código Civil. En el caso de la indicada sentencia, donde, como digo, se aplicaba todavía el plazo histórico del año, sucedía que éste no sólo no había transcurrido desde el momento en que el acreedor actor había podido conocer —por vía del Registro de la Propiedad— la enajenación fraudulenta impugnada (una venta inmobiliaria del deudor a su hermano), sino que, incluso, aunque fuese por los pelos, tampoco había transcurrido el plazo anual, contándolo desde la fecha del otorgamiento de la escritura de la enajenación impugnada —fecha de otorgamiento 7 julio 1887; fecha de presentación de la demanda revocatoria, 6 julio 1888— (7).

(4) Comp. ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario I*, Barcelona, 1979 (7.^a ed.), pág. 862, nota 2: «... en Derecho intermedio se formó la opinión de que la prescripción había de contarse desde que el acreedor tuvo noticia de la enajenación fraudulenta, criterio que penetró en las Partidas (5,15.17 [en esta última cifra hay errata, es 7]), y aceptó la Sentencia 2 marzo de 1891»

(5) *Partidas*, ed. cit. con la glosa de GREGORIO LÓPEZ *sub* marginal de letra o

(6) Que he conocido por la cita de ROCA SASTRE, *retro* en nota 4.

(7) Dice la Sentencia 2 marzo 1891 (núm. 60) en su primer considerando:

c) EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1851

En este capital (*ex* Base 1.^a de la Ley de Bases de 11 mayo 1888 para la elaboración del Código vigente) antecedente histórico inmediato de nuestro actual Código Civil, merece la pena subrayar la característica de que, a pesar de haber agrupado el legislador bajo una misma rúbrica sistemática los distintos remedios rescisorios (Sección X —«De la rescisión de las obligaciones»—, del Cap. V —«De la extinción de las obligaciones»—, Tít. V, Libro III), nunca perdió, pese a ello, la conciencia de las respectivas peculiaridades de la (limitadamente acogida) rescisión por lesión, por un lado, y de la acción revocatoria o pauliana, por otro.

Esta voluntad de agrupación, que no de confusión —con conciencia de ciertas exigencias de diferenciación que derivan de los correspondientes presupuestos y efectos de los respectivos remedios rescisorios—, se revela en la propia sistemática del régimen de la rescisión: una primera subsección («párrafo» en el lenguaje del Proyecto) de normas generales (arts. 1.164-1.167 del Proyecto); una segunda de normas específicamente referidas a la rescisión por lesión (arts. 1.168-1.175), y otra tercera con la regulación particularmente destinada a la acción revocatoria (arts. 1.176-1.182 del Proyecto).

En cambio, esa diferenciación sistemática en el régimen aplicable a cada uno de los remedios rescisorios desapareció en el vigente Código Civil (arts. 1.290 y sigs.), sin que, por supuesto, desapareciesen al mismo tiempo las peculiares exigencias, las diferencias de finalidad, presupuestos y efectos de cada uno de ellos. Lo que obliga al intérprete, en el Código vigente, a una no siempre fácil delimitación de los preceptos aplicables solamente a uno u otro remedio rescisorio, de los que lo son indistintamente a todos ellos.

Por poner un solo ejemplo, y acaso el más claro, de lo que se trata de decir, en el Proyecto de 1851, a la vista de su ordenación sistemática, resultaba manifiesto, ya en ésta, que la exigencia restitutoria como requisito de ejercicio de la acción rescisoria por el sujeto perjudicado, se refería exclusivamente a la rescisión por lesión (art. 1.173 del Proyecto, situado en

«Que no puede estimarse bajo ningún aspecto la excepción de prescripción a que se refiere el motivo primero del recurso, porque apreciando, como lo hace la sentencia [recurrida], que el demandante no tuvo noticia de la venta de las fincas hasta que el Registrador de la Propiedad denegó la anotación de embargo, es evidente que la acción rescisoria se ha ejercitado dentro del año que [a partir del conocimiento del acreedor] señala la Ley 7.^a, Título 15, Partida 5.^a; y si para computar el tiempo se atiende a la fecha de la escritura [que no es, de todas formas, el criterio de las Partidas: el Derecho entonces vigente, no tratándose de acción dirigida contra un tercero hipotecario (subadquirente), sino contra el adquirente directo del deudor-enajenante)]..., es indudable, igualmente, que la demanda se presentó en el día en que expiraba el año».

la subsección específica de la rescisión por lesión y referido, por demás, literalmente a una parte contractual perjudicada que lo es por la actividad de su representante legal); mientras que en el artículo 1.295.I del Código Civil nada indica, ni literal ni sistemáticamente, que esa misma exigencia restitutoria se refiera, también, únicamente a la rescisión por lesión, lo que, sin embargo, es evidente y pacífico entre nosotros, visto que el acreedor perjudicado —en el caso de la revocatoria— o el perjudicado en el caso del artículo 1.291.4 del Código Civil, no son, ni por sí ni por representación, partes del contrato que impugnan, y nada, por tanto, puede exigírseles que restituyan a causa de su impugnación (e ineficacia consiguiente). Y ello es así, obsérvese, a pesar de que los párrafos II y III de ese mismo precepto (art. 1.295 CC) sí son aplicables a todo tipo de acción rescisoria.

El ejemplo anterior no está escogido al azar. No sólo por su evidencia, sino por su atinencia subyacente al problema que nos ocupa. De momento reténgase solamente esto: la diferencia de régimen recién comentada entre acción de rescisión por lesión y acción revocatoria —sistemática y literalmente manifiesta en el Proyecto de 1851, innegable, por los propios presupuestos de ambas acciones, también en el Código Civil vigente, pese a su sistemática y tenor literal indiferenciados— nace del hecho de que en un caso la legitimación activa corresponde a quien es (por representación) parte del contrato impugnado, mientras que en el otro compete a un tercero, extraño a la relación contractual impugnada en tanto que perjudicial a su interés.

Pues bien, la cuestión del plazo de la acción revocatoria se regulaba en el artículo 1.166 Proyecto 1851 (8), dentro de la subsección de disposiciones generales para todas las acciones rescisorias.

La novedad que introducía este precepto, en su primer párrafo, era la uniformación del plazo de duración de las acciones rescisorias, sobre la base del plazo tradicional de aquella de rescisión por lesión (cuatro años), lo que significaba, por tanto, un considerable alargamiento del plazo anual que históricamente había tenido (en el *Digesto* y en las *Partidas*) la acción revocatoria (9). En este punto, pues, de la duración del plazo de la acción

(8) Cuyo texto —que tomo de GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974 (reimp. de la ed. de Madrid, 1852)— es el que sigue.

«La acción para pedir la rescisión dura cuatro años

»Este tiempo se computa, respecto de los menores y personas sujetas a curador, desde el día en que cesó la incapacidad.

»Respecto de los acreedores, desde el día en que tuvieron noticia de la enajenación o en que ésta se hizo pública».

(9) GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, cit., sub artículo 1.166, comentaba así esta novedad: «Por Derecho romano y patrio [las *Partidas*] el término concedido a los acreedores defraudados era sólo de un año; pero ha parecido conveniente para la uniformidad

sí se quiso, claramente, equiparar legislativamente a las distintas acciones rescisorias.

Pero ni siquiera en la sede sistemática de las «Disposiciones generales» y dentro de un mismo precepto —el art. 1.166 Proy. 1851— que contemplaba tanto la rescisión por lesión como la acción revocatoria, olvidó el legislador de 1851 las exigencias específicas de una y otra acción, y, por ello, establece como término inicial del cómputo de ese plazo común un momento diferente en uno y otro caso: artículo 1.166.II Proyecto para la rescisión por lesión (coincidente, en esto, en la sustancia —el Proyecto de 1851 no contemplaba el caso de los declarados ausentes como hipótesis de rescisión por lesión—, con el actual art. 1.299.II CC), y artículo 1.166.III para la acción pauliana.

En concreto, para esta última, lo establecido —«respecto de los acreedores [el plazo de cuatro años se cuenta], desde el día en que tuvieron noticia de la enajenación o en que ésta se hizo pública»— significaba el mantenimiento, perfeccionándolo, del criterio tradicional de las Partidas: el plazo de la acción no comenzaba, para el acreedor perjudicado, sino desde el día en que conoce efectivamente la enajenación/acto del deudor que se trata de impugnar, o desde el día (anterior) en que, en su caso, pudo/debió, diligentemente, por su carácter público, haberlo conocido.

GARCÍA GOYENA comenta así lo relativo al *dies a quo* del plazo aplicable a la pauliana, según lo dispuesto en el artículo 1.166 Proyecto 1851 (10):

«*Respecto de los acreedores*· concuerda este párrafo con las leyes 1 y 10 al principio, título 8, libro 42 del *Digesto*, y la 7, título 15, Partida 5. . la razón es la misma que en el caso anterior [la remisión es a la explicación para el *dies a quo* establecido en el art. 1.166.II Proy. para la acción de rescisión por lesión, que, en lo que interesa es ésta: “sería tan injusta como absurda la prescripción de una acción antes de poder ejercitarse”]. *O en que se hizo pública*· porque no excusa la ignorancia de un hecho público».

Por tanto, es esa misma expresada razón que lleva a contar, para los incapaces perjudicados el plazo de la acción de rescisión por lesión de los contratos celebrados, en su nombre, por sus representantes legales, desde el día de la cesación de la incapacidad, la que conduce, en el caso

de esta materia fijar en todos los casos el de cuatro años; a más de que este mayor plazo va acompañado de tales restricciones, que atenúan grandemente sus efectos, como se verá en el párrafo 3 [se refiere a la subsección tercera, arts. 1.176 y sigs. Proy., donde se contenían las normas de protección de los adquirentes de buena fe y a título oneroso, en términos equivalentes a los actuales arts. 1.295-II y III, y 1.298 CC]».

(10) *Ibidem*

de la pauliana, a no contar su plazo sino desde el momento en que el acreedor que pretende impugnarlo conoce o pudo/debió diligentemente conocer el acto de su deudor que le causa perjuicio.

El comentario de GARCÍA GOYENA, pues, revela perfectamente cómo el legislador de 1851 se hizo cargo adecuadamente de las características y exigencias propias de la impugnación revocatoria: tratándose de atacar un acto celebrado por el deudor con un tercero (de mala fe o adquirente a título gratuito), acto al que, por tanto, el acreedor perjudicado por él es extraño, y cuya existencia, precisamente por ese carácter perjudicial, se tenderá a ocultarle por sus partes, no resulta lógico ni justo que el plazo de duración del remedio ofrecido al acreedor para reparar el perjuicio así causado comience antes de estar, efectivamente, en condiciones de ejercitarlo: antes de conocer o poder/deber diligentemente haber conocido la existencia del acto perjudicial. Por tanto, en defecto de conocimiento efectivo de tal acto por el acreedor o de una publicidad tal en cuanto al mismo que le hubiera permitido diligentemente conocerlo, no comienza a correr el plazo de la acción por la simple realización del acto perjudicial y desde la fecha de éste.

d) EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL (1882-1888)

El artículo 1.312 del Anteproyecto (11) mantiene en su párrafo primero el plazo uniforme de los cuatro años para todas las acciones rescisorias, y en su párrafo segundo —con contemplación ya, también, del supuesto de los declarados ausentes— se ocupa únicamente del *dies a quo* a efectos del cómputo del plazo de la acción de rescisión por lesión (en términos coincidentes con el actual art. 1.299.II CC).

Se trata, pues, de norma sustancialmente igual a la del vigente artículo 1.299 del Código Civil, en sus dos párrafos, del que lo separan sólo muy leves diferencias de redacción.

La novedad que aporta este otro antecedente histórico inmediato del Código Civil, con repercusión, como se ve, en el texto del actual artículo 1.299 del Código Civil —novedad y repercusión que la experiencia aplicativa de nuestro Derecho vigente revelarían posteriormente como desafortunadas—, es la desaparición de toda previsión específica referida al *dies a quo* para el cómputo del plazo de la acción revocatoria. Supresión que, si

(11) Artículo 1.312 Anteproy. 1882-1888 —que tomo de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, Madrid, 1965—

«La acción para pedir la rescisión dura cuatro años.

»Para las personas sujetas a tutela y para los ausentes, los cuatro años no empezarán hasta que hubiese cesado la incapacidad de los primeros o se hubiere verificado el regreso de los segundos»

partimos de la exacta adecuación de la norma del artículo 1.166.III del Proyecto 1851 a las exigencias y características de la pauliana, no puede fácilmente entenderse y, aun menos, justificarse.

Me inclino a pensar, a falta de otros datos, que la única explicación para esta desacertada supresión puede encontrarse en un momento anterior: la elaboración de la Ley Hipotecaria de 1861.

e) DE LA LEY HIPOTECARIA DE 1861 AL TEXTO VIGENTE DE LA LEY HIPOTECARIA

e.1) *La redacción originaria de 1861*

La Ley Hipotecaria, congruentemente con su finalidad y ámbito propio, sólo se ocupó del conflicto entre el acreedor que ejercita la acción revocatoria y el *tercero subadquirente inmobiliario inscrito-tercero hipotecario*: adquirente inscrito sucesivo al primer adquirente del deudor-enajenante y, por tanto, *extraño* al contrato (título de enajenación/adquisición) de que este último fue parte.

Resolvía este conflicto en la redacción originaria de 1861, dentro del párrafo primero del artículo 37 LH, en los mismos términos que lo hace en la redacción vigente el artículo 37.II.4.º: preservando la adquisición del tercero hipotecario siempre que su título adquisitivo sea oneroso y aquél esté exento de mala fe. (Resultado protector del tercero subadquirente al que, ciertamente, se habría llegado, sin necesidad de norma especial, sobre la base de la norma general del art. 34 LH y, desde su entrada en vigor, de las normas de la acción revocatoria del Código: arts. 1.295.II y III, 1.297.I/643.II y 1.298 CC) (12).

(12) Vid. ROCA SASTRE, cit., págs. 887 y sigs

A las conocidas afirmaciones, en el lugar indicado, de este autor sobre la inutilidad del actual artículo 37.II.4.º LH, creo debe hacerse alguna precisión.

En contra de lo afirmado por ROCA SASTRE, no pienso que el artículo 37.II.4.º LH sea un duplicado inútil del artículo 34 LH, pues en el primero debe observarse que no se hace *legalmente* condición de la protección del tercero subadquirente inscrito, frente a la acción revocatoria, el que dicho tercero haya adquirido, a su vez, de un titular previamente inscrito —confiando en la situación que, respecto de éste, el Registro publica—. O sea, el artículo 37.II.4.º no añade nada nuevo, respecto del artículo 34 LH, en cuanto a la protección de los terceros subadquirentes inscritos, de buena fe y a título oneroso, que traigan causa de un titular registral antecedente (y en esto sería, ciertamente, norma hipotecaria de la que se podría prescindir); pero el artículo 37.II.4.º LH también deja a salvo de la acción revocatoria a un tercero subadquirente inscrito, de buena fe y a título oneroso, que no traiga causa de un titular registral anterior. a un tercero subadquirente (de buena fe y a título oneroso) cuya inscripción registral sea inmatriculatoria. Es esto lo que tiene de específico el artículo 37.II.4.º respecto del artículo 34 LH (lo que convierte a la primera en norma hipotecaria no ociosa): prescin-

Ahora bien, el legislador hipotecario de 1861 no se limitó a fijar los supuestos en que cabía la afectación, por la acción revocatoria, de la adquisición inmobiliaria de un tercero subadquirente inscrito en el Registro de la Propiedad —o sea: siempre que el título adquisitivo de éste fuese gratuito o existiese mala fe por su parte—, sino que, en un momento, no se olvide, en que la codificación civil española seguía paralizada, ese mismo legislador hipotecario de 1861 incidió también —pero *sin dejar* de referirse exclusivamente a la acción dirigida contra los terceros subadquirentes inscritos— en otras condiciones (que pudiéramos llamar «sustantivas», no estrictamente «hipotecarias») de la acción revocatoria, para los (solos) casos en que pudiera afectar a la posición de un tercero hipotecario.

En particular, la LH de 1861 se ocupó también de la cuestión del plazo de la acción revocatoria y del *dies a quo* para su cómputo. A este respecto

dir, a efectos de la protección del tercero subadquirente, del dato de la legitimación registral de su danteausa.

Ahora bien, si, por lo dicho, se puede afirmar que el artículo 37.II 4.º no es una mera repetición del artículo 34 LH para la revocatoria, en cambio es claro que las normas del Código Civil citadas en el texto sí lo hacen un precepto inútil. Pues, conforme a ellas, la acción revocatoria no puede dirigirse contra ningún adquirente, sea inmediato del deudor, sea tercero subadquirente (y éste, tanto si está inscrito en el Registro de la Propiedad como si no), que lo sea a título oneroso y de buena fe. Las normas hipotecarias de los artículos 34 y 37.II 4.º LH, con todo, cumplen un papel no desdeñable: dejar bien clara la necesidad, para el efecto protector del tercero subadquirente —que inscriba su adquisición: tanto si adquiere de un titular registral anterior como si es inmatriculante; y fuera del ámbito registral (terceros subadquirentes no inscritos) son normas invocables por analogía—, del título oneroso, que en el Código Civil (para adquirentes y subadquirentes) sólo implícitamente resulta de los artículos 1.297.I y 643.II.

Al ser un resultado que, de todas formas, se apoya en las normas del Código Civil sobre la revocatoria, quienes, negando autonomía al artículo 37.II 4.º frente al 34 LH, conviertan a la primera en un calco, para la revocatoria, de la segunda, y, por tanto, en norma registral inútil, no podrán, sin embargo, negar, conforme a aquéllas, la protección, dentro del ámbito registral, del tercero subadquirente, de buena fe y a título oneroso, inmatriculante, como tampoco, fuera del ámbito registral, la de los adquirentes inmediatos del deudor y los subadquirentes no inscritos que reúnan, ambos, esos mismos requisitos de la buena fe y el título oneroso.

Puesto que la protección registral inmobiliaria, *ex* artículo 37 LH (y/o, de todas formas, conforme al CC), se extiende a todos los terceros subadquirentes inscritos, de buena fe y a título oneroso, y no sólo a los que *ex* artículo 34 LH traen causa de un titular registral anterior, advierto al lector que, a los fines del presente trabajo, cuando me ocupo de los efectos de la acción revocatoria en el ámbito registral, utilizo las expresiones «tercero hipotecario» y «tercero subadquirente inscrito» como equivalentes y comprensivas del supuesto en que la inscripción del tercero sea inmatriculatoria. En un sentido, pues, más amplio que el tercero hipotecario del artículo 34 LH, y precisamente por más amplio, comprensivo también de él: tercero subadquirente inscrito, tanto con inscripción apoyada en la previa titularidad registral de su danteausa, como con inscripción inmatriculatoria

disponía el párrafo segundo del artículo 37 LH, en su redacción originaria de 1861 (13):

«En ambos casos [tercero hipotecario subadquirente de mala fe o a título gratuito] prescribirá la acción [revocatoria] al año, contado desde el día de la enajenación fraudulenta».

En esta última disposición relativa al plazo de duración de la acción revocatoria cuando se dirige contra terceros hipotecarios, dos son los aspectos importantes a comentar (prescindiendo de la calificación como de «prescripción» del plazo, acaso no técnica y, de todas formas, no exacta a tenor de la doctrina actual):

1) El legislador hipotecario de 1861 no pretendió innovar, en absoluto, en cuanto a la duración del plazo de la acción revocatoria —tampoco cuando se dirige contra un tercero hipotecario, en los casos en que procede—. En este punto se limitó a recoger lo dispuesto en el Derecho civil («sustantivo») entonces vigente (las Partidas): el plazo tradicional e histórico del año. Así resulta claramente de la Exposición de Motivos de la LH de 1861 (14) cuando habla del «año establecido por la ley [civil “sustantiva”: las Partidas, en aquel momento]».

2) En cambio, como revela paladinamente esa misma Exposición de Motivos, la primera Ley Hipotecaria se apartó deliberadamente del criterio de las Partidas en cuanto al *dies a quo* para el cómputo del plazo anual: rechazo del instante en que el acreedor-actor conoce efectivamente la enajenación fraudulenta realizada por su deudor (de la que trae causa la adquisición del tercero subadquirente inscrito) [rechazo implícito, también, del instante en que ese mismo acreedor-actor pudo/debió diligentemente conocer la enajenación perjudicial del deudor que se trata de impugnar, según el criterio, perfeccionador del tradicional, seguido en el Proyecto de 1851], y explícita acogida del momento mismo en que se consuma aquella enajenación fraudulenta por el deudor.

En concreto, lo que dice la Exposición de Motivos de la LH de 1861 sobre este último punto, es lo siguiente (15):

«Ha ido [la Comisión redactora del Proyecto de la Ley Hipotecaria] más adelante aún, proponiendo que en estos casos [los

(13) Que tomo del volumen *Leyes hipotecarias y registrales de España Fuentes y evolución*, tomo I, Madrid, 1974.

(14) *Exposición de 6 de junio de 1860 de los motivos y fundamentos del Proyecto de Ley Hipotecaria*, en el volumen citado en la nota anterior, pág. 256.

(15) *Ibidem*. Vid. también DE CASTRO. «La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los artículos 1911 y 1911 del Código Civil», en *RDP*, 1932, págs. 193 y sigs., y allí, págs. 227-228

únicos en que procede la acción revocatoria contra un tercero hipotecario: mala fe de éste o cuando su título adquisitivo es gratuito] el año establecido por la Ley [insisto, «civil» de entonces: las Partidas] se cuente desde el día de la enajenación fraudulenta, *corrigiendo en esto las leyes de Partida*, que lo contaban sólo desde el día en que los acreedores sabían la enajenación. La publicidad del Registro en el que debe constar la enajenación hecha en fraude de los acreedores, el concederse la reducción del término solamente al que tiene inscrito su derecho y la odiosidad de estos remedios rescisorios, motivo por el que han sido siempre de interpretación estrecha, explican la conducta de la Comisión».

A la vista de estas explicaciones está claro, pues, repito, que el legislador hipotecario de 1861 se apartó deliberadamente del precedente de las Partidas. Mientras que, en cambio, no nos consta una paralela voluntad deliberada del codificador civil —primero en el art. 1.312 Anteproy. 1882-1888 y después en el actual art. 1.299 CC— de rechazo del criterio tradicional en este punto, contenido y perfeccionado en el artículo 1.166.III Proyecto 1851. (Con todo, como ya anticipé, es conjeturable que fuese el influjo de la LH de 1861 —como se verá, influjo no feliz, ni tampoco, de todas formas, definitivo— el que motivase la no incorporación al Código Civil vigente de una previsión análoga a la contenida en la recién citada *non nata* norma del Proyecto de 1851.)

Leyendo el fragmento transcrito de la Exposición de Motivos de la LH 1861 no hay ninguna duda de lo que el legislador hipotecario pretendía al innovar en punto al *dies a quo* de la acción pauliana. Se trataba, en suma, de abrir una vía adicional de protección de los terceros subadquirentes inscritos frente a la acción revocatoria, vía añadida a los límites significados, frente a esa misma acción del acreedor, por la buena fe y el título oneroso. Y la protección añadida estribaba en que, *aun* procediendo la acción del acreedor contra el tercero hipotecario (por ser éste adquirente a título gratuito o de mala fe), el plazo de ésta se contaba desde el momento de la consumación de la enajenación fraudulenta en que fue parte el deudor del acreedor-actor, con lo cual, si así no se acortaba el plazo de la acción del acreedor —como impropriamente dice la Exposición de Motivos transcrita: el plazo, obviamente, sigue siendo de la misma duración, un año, sólo que ahora se cuenta de otra forma, desde otro momento—, lo que está claro es que sí se limitaban sus posibilidades de ejercicio efectivo de la misma siempre que la enajenación fraudulenta del deudor ni se hubiera conocido ni podido/debido diligentemente conocer por el acreedor perjudicado en el instante en que se consumó.

La *ratio* de la innovación introducida por la LH de 1861 está, pues, clara.

Pero, en cambio, no es *inobjetable*. En concreto, según mi opinión, responde a una equivocada valoración de los intereses en conflicto. Sentado que estamos hablando, exclusivamente, de acción revocatoria dirigida contra un tercero hipotecario (subadquirente inscrito); sentado que la acción no procede (*ex arts. 34 y 37 LH*) contra el tercero hipotecario de buena fe y adquirente a título oneroso, ¿qué nos queda? Pues nos queda que la LH está entorpeciendo el ejercicio de la acción revocatoria del acreedor contra un tercero hipotecario que o es de mala fe o es adquirente a título gratuito. Se está colocando, en suma, el interés (a la preservación de su adquisición) de un tercero hipotecario de *mala fe* o a *título gratuito* (y éste *certat de lucro captando*, frente al acreedor que *certat de damno vitando*), por encima del interés de un acreedor que aspira a cobrar lo que se le debe, y que no tiene, por definición, otro recurso para ello que, a través de la impugnación de la enajenación de su deudor, impugnar la adquisición del tercero hipotecario. Un acreedor perjudicado que *no* aspira a que se le alargue el plazo legal de su acción —que la *perderá*, ciertamente, *también* contra el tercero hipotecario de mala fe o adquirente a título gratuito, una vez que ese plazo legal venza—, sino que, simplemente, aspira a que el plazo de su acción no empiece a correr antes de haber podido ejercitarla: de haber podido conocer la enajenación fraudulenta de su deudor, de la que nace dicha acción. Frente a estas consideraciones de pura justicia, la vana palabrería de la Exposición de Motivos de la LH de 1861, cuando habla de la «odiosidad» de los remedios rescisorios, resulta inoperante (a más de gratuitamente escarnecedora).

A la crítica anterior se podría objetar que puesto que el artículo 37 LH sólo se ocupa de la acción revocatoria dirigida contra terceros subadquirentes *inscritos*, el mismo Registro de la Propiedad, como instrumento de publicidad, ofrece al acreedor perjudicado el medio de llegar a conocer la enajenación fraudulenta de su deudor (bien porque el adquirente inmediato del deudor inscribió su título adquisitivo, del que, a su vez, trae causa el tercero subadquirente, bien porque la inscripción inmatriculatoria de este último revela, de todas formas, la primera enajenación en que fue parte el deudor). Estas consideraciones, ciertamente, no fueron ajenas al legislador hipotecario de 1861, como revela la transcrita Exposición de Motivos, cuando arguye de la publicidad registral en favor de la innovación introducida en materia del *dies a quo* para el cómputo de la pauliana.

Pero si se observa que en nuestro sistema registral la inscripción en el Registro de la Propiedad *no* es, como regla, obligatoria, se advertirá de inmediato la grave equivocación en que incurrió el legislador hipotecario de 1861: nada impide que la enajenación fraudulenta del deudor, o la sucesiva en favor del tercero hipotecario que la revela, lleguen al Registro después de transcurrido un año desde la consumación de la primera, con el resultado, a todas luces injusto y absurdo, de que un acreedor que no conoció

la enajenación fraudulenta de su deudor (porque se le ocultó) en el instante en que se consumó y sucesivamente, y que sólo haya podido diligentemente conocerla en el momento de su inscripción en el Registro (o de la inmatriculatoria relativa a una enajenación posterior que la revela), no podrá dirigir su acción contra el tercero hipotecario, y a pesar de ser éste de mala fe o adquirente a título gratuito, y a pesar de no haber transcurrido un año desde el momento en que *efectivamente* pudo ejercitar la acción revocatoria, porque sí ha transcurrido un año desde la consumación de la enajenación fraudulenta del deudor (que el acreedor no conoció ni pudo diligentemente conocer). La acción revocatoria, según la letra del artículo 37 LH, estaría, pese a todo, caducada, y no cabría inquietar al tercero hipotecario.

El gran error de la LH 1861, en suma, está en no haber reparado en que si se quería, como era legítimo y obligado al amparo del efecto de publicidad legal del Registro, sacar consecuencias de la existencia de asientos registrales que revelan la consumación de la enajenación fraudulenta del deudor, en orden a fijar el instante en que se da la posibilidad del ejercicio de la acción por el acreedor perjudicado —para fijar en él el *dies a quo* para el cómputo del plazo de la pauliana—, entonces, lo congruente con ese efecto de la publicidad registral habría sido contar, frente al acreedor que *no conoce ni* ha podido diligentemente conocer por otro medio la enajenación fraudulenta de su deudor, el plazo legal de la acción pauliana desde el instante de la *inscripción registral* —con mayor precisión, del *asiento de presentación* que la preparó: actual art. 24 LH— que revela esa enajenación, y nunca desde el instante (que puede ser muy anterior) en que ésta (ocultamente) se consumó.

Es el momento de la inscripción, precisamente por el efecto que la acompaña de la publicidad legal, aquel en que el acreedor que no haya conocido ni podido diligentemente conocer antes la enajenación fraudulenta de su deudor, ya no puede *legalmente* desconocerla (su eventual ignorancia se tornaría culpable —es una información diligentemente accesible—) o, dicho con terminología más antigua, se presume que la conoce *iuris et de iure*. De cualquier forma, a partir de tal momento de la inscripción —en que el acreedor puede diligentemente conocer la enajenación fraudulenta, aunque, de hecho, la ignore— puede *realmente* ejercitar la acción y sí es justo que comience a correr su plazo. Lo que es absurdo e injusto, como decía GARCÍA GOYENA, es que el plazo de duración de la acción comience a contarse antes de que ésta pueda ejercitarse, sin conocer ni poder (diligentemente) conocer el acto contra el que se trata de reaccionar (y, por ende, el perjuicio que ha causado y se trata de reparar).

Sea como fuere (de forma equivocada, a mi juicio) la LH de 1861 adoptó un nuevo criterio sobre el *dies a quo* para el cómputo del plazo de la acción revocatoria, que, eso sí, limitó a la acción dirigida contra terceros

hipotecarios (terceros subadquirentes inscritos) —la Exposición de Motivos transcrita habla, en efecto, de «concederse la reducción [*sic*] solamente al que tiene inscrito su derecho»—. Por tanto, hay que entender que fuera de ese ámbito —acción revocatoria dirigida contra el primer adquirente del deudor, a título gratuito o de mala fe; acción dirigida contra subadquirentes no inscritos, a título gratuito o de mala fe; acción dirigida contra los herederos de unos y otros— seguía rigiendo, hasta la promulgación del Código Civil, lo dispuesto en las Partidas. Así lo hemos visto presuponer, como se recordará, en la Sentencia citada TS 2 marzo 1891 (vid. *retro*, sub nota 7 y texto concordante) para un caso en que el único demandado con la revocatoria era el adquirente directo del deudor-enajenante.

e.2) *Vicisitudes posteriores*

La entrada en vigor del Código Civil produjo una situación curiosa en cuanto a la duración del plazo de la revocatoria [de su incidencia en la cuestión del *dies a quo* para su cómputo me ocupo después].

El artículo 1.299.I del Código Civil, siguiendo, como sabemos, el modelo del Proyecto de 1851, uniforma el plazo de las acciones rescisorias sobre la base del tradicional para la acción de rescisión por lesión, fijándolo así, para todas ellas, con carácter general en cuatro años.

En cambio, la inmutada redacción de la LH de 1861 (art. 37.II) seguía contemplando para la pauliana el plazo histórico del año.

La interpretación que se impuso en doctrina y jurisprudencia (16) fue considerar que regía el plazo anual de la LH únicamente cuando se trataba de acción revocatoria dirigida contra terceros hipotecarios (terceros subadquirentes inscritos), y el plazo de los cuatro años del artículo 1.299 del Código Civil en todos los demás casos.

Lo curioso de esta situación es ver cómo en la misma LH que *no* había pretendido en absoluto, como hemos visto, innovar en cuanto a la duración del plazo de la revocatoria, sino atenerse al que la Ley civil —la vigente, claro, en 1861: las Partidas— señalaba, nació sobrevenidamente, por un efecto externo (la entrada en vigor del CC) y sin alteración de su texto originario, una «especialidad hipotecaria» que estaba en clarísima contradicción con los —manifiestos— propósitos del legislador hipotecario. A la vista de lo cual, me parece evidente hoy que la solución mejor —también porque no hay absolutamente ninguna razón válida que aconseje variar el plazo de la acción revocatoria según se dirija contra un tercero hipotecario

(16) Vid., por ejemplo, DE CASTRO, *RDP*, cit., pág. 228 y nota 140 (con citas, en ésta, de jurisprudencia del TS).

o no— debió haber sido entonces considerar, sin más, modificado por el Código Civil el plazo del artículo 37 LH 1861: o sea, mantener, tras la entrada en vigor del Código Civil, en cuanto a la duración del plazo de la revocatoria, la misma relación de identidad entre Ley civil e hipotecaria que existía antes de aquel momento.

De todas formas, el propio legislador sucesivamente puso fin a la esperpéntica situación descrita de plazo dual para la acción revocatoria, y lo hizo en el sentido que la razón y la Historia aconsejaban. Desde la reforma de 30 diciembre 1944 (antiguo art. 37.II, en conexión con el 37.I.3.º LH) (17) el plazo de la acción revocatoria que la LH contempla es de duración coincidente con el señalado por el Código Civil en el artículo 1.299 (cuatro años). Y en los mismos términos se mantiene el actual artículo 37.III (en conexión con el 37.II.4.º) LH desde el Texto Refundido de 1946.

En cambio, la reforma hipotecaria no afectó a la innovación introducida en 1861 en cuanto al *dies a quo* para el cómputo del plazo —ahora de cuatro años— de la acción revocatoria, que se conserva, por tanto, en el actual artículo 37.III LH. [Debe observarse también, como cuestión menor, que en el texto vigente del precepto ha desaparecido la (incorrecta) calificación literal, como de prescripción, del plazo de duración de la acción, que contenía la redacción originaria del artículo 37 LH].

Naturalmente que, puesto que el criterio de cómputo del actual artículo 37.III LH es el mismo que el de la redacción originaria de la LH 1861, son reproducibles respecto de él las mismas consideraciones críticas hechas respecto de ésta [*retro, sub II*),e.1)]. Es cierto, desde luego, que el alargamiento del plazo de la revocatoria da mayor margen de maniobra al acreedor perjudicado —haciendo, correlativamente, más difícil una ocultación dirigida a privarle de la posibilidad de reacción contra el acto perjudicial del deudor—, pero, aun con él, sigue siendo perfectamente posible que, con el criterio de la LH, la acción caduque para el acreedor perjudicado (en su actual plazo legal: cuatro años) antes de haberla podido ejercitar: siempre que ni conociendo ni habiendo podido diligentemente conocer por otro medio la enajenación fraudulenta consumada por su deudor, el asiento registral que la revela [el asiento de presentación que lo produjo] —momento en que el acreedor pudo/debió diligentemente conocerla, y en que, por tanto, pudo reaccionar contra el perjuicio que le causaba— sea posterior en cuatro años a la fecha de aquella consumación. Y es perfectísimamente posible que ese efecto perjudicial para el acreedor, nacido al amparo de la letra del artículo 37.III LH, sea producido —con la ocultación de la enajenación fraudulenta del deudor, con el retardamiento de la toma de razón en el Registro que la revela— por la voluntad combinada del deudor frau-

(17) Vid. ROCA SASTRE, cit., pág. 887, nota 1

dulento y de su primer adquirente (de mala fe o a título gratuito), o de éstos y del tercero hipotecario subadquirente de mala fe o a título gratuito. O sea, como resultado de una voluntad deliberada de perjudicar al acreedor, de impedirle el cobro.

A la vista de la (por lo dicho) desafortunada solución que resulta de la vigente LH, cabe conjeturar como posibles, en abstracto, en función de cómo se considere que haya incidido el Código Civil en la cuestión del *dies a quo* para el cómputo del plazo de la acción revocatoria, las tres siguientes situaciones:

1) Entender que el Código Civil acoge, de una u otra forma, el mismo criterio de cómputo del plazo de la pauliana que el consagrado inequívocamente en la LH. En cuyo caso, ciertamente, por mucho que no guste, y por mucho que se considere equivocado y posible causa de injusticias, no parece existir vía para dejar de aplicarlo [salvo una que, alternativamente, se le ofrecería al Juez escrupuloso (con mi aplauso): plantear la cuestión de inconstitucionalidad (*ex art. 24 Constitución*) respecto de unas normas de ley —del CC y de la LH— que producen indefensión del acreedor perjudicado, al poder llevar a considerar caducada una acción antes de que su titular haya podido ejercitarla; o considerar, sin más, por las mismas razones, esas normas de ley derogadas, en el punto concreto de que se habla, por la sobrevenida entrada en vigor de la Constitución].

2) Sostener que del Código Civil, en uno u otro modo, resulta, en orden al *dies a quo* para el cómputo del plazo de la pauliana, un criterio divergente del claramente sentado por el artículo 37.III LH, y, considerando éste como «especialidad hipotecaria», circunscribir su aplicación (como quiso el legislador hipotecario de 1861) al solo caso de acción revocatoria dirigida contra tercero hipotecario, mientras en los demás casos se aplicaría el criterio distinto resultante o inducido del Código Civil.

3) Estimar, como en el caso anterior, que el Código Civil, por una u otra vía, adopta, para la fijación del término inicial del plazo de la revocatoria, un criterio diverso del indubitadamente consagrado por el artículo 37.III LH; pero entender, ahora, que lo hace en forma de afectar, sustituyéndolo también en el ámbito hipotecario, al establecido por este último precepto. Solución que se impone por sí misma si consideramos, conforme a lo dicho *sub 1*), en este único punto, la norma del artículo 37.III LH como inconstitucional. Aplicaríamos, pues, en todo caso (frente a todo posible demandado), para computar el plazo de los cuatro años de la revocatoria, el criterio, en punto a *dies a quo*, resultante del Código Civil.

Para cualquiera de las tres hipótesis es, en todo caso, necesario indagar cuál es el criterio del CC sobre el momento inicial para contar el plazo cuatrienal de la acción revocatoria.

III. LA SOLUCION DEL PROBLEMA EN LAS NORMAS DEL CODIGO CIVIL

a) LA OPINIÓN DE LA DOCTRINA MAYORITARIA

A propósito del plazo de la acción revocatoria, en el estado actual de nuestra doctrina, hay coincidencia sobre dos puntos —unánime en el primero y casi unánime en el segundo—, en los que yo también sumo mi conformidad:

1) El plazo a aplicar es el cuatrienal del artículo 1.299.I del Código Civil (18), porque es éste el que la ley sienta, con carácter general, para todos los remedios rescisorios regulados en la sede sistemática de la rescisión en el Código Civil (arts. 1.290 y sigs.), y el que, por otra parte, se aplica también a cualquier otra acción rescisoria que la ley (*ex art. 1.291.5.º CC*) pueda establecer fuera de esa sede sistemática, de no configurar esa misma ley un plazo diverso (19). Así, por ejemplo, para la rescisión por lesión en la partición hereditaria, el artículo 1.076 del Código Civil repite ese mismo plazo de los cuatro años (que resulta aplicable, por referencia a esa norma, también en los casos de los arts. 406, 1.410 y 1.708 CC).

La aplicación del plazo cuatrienal a la revocatoria está, por demás, confirmada, como sabemos, en el artículo 37.III LH.

Ese mismo plazo es el que resulta de la Ley 34 de la Compilación navarra y el que, para la rescisión por lesión, establece el artículo 322 de la Compilación catalana.

(18) Vid., por ejemplo, MORENO QUESADA, *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, II, Madrid, 1991, sub art. 1.299, pág. 539; ID., en *Comentarios Albaladejo al Código Civil y Compilaciones forales*, XVII, vol. 2.º, Madrid, 1981, sub art. 1.299, pág. 217; DE CASTRO RDP, cit., pág. 227; ID., *El negocio jurídico*, Madrid, 1985 (reedición), pág. 526; ROCA SASTRE, *op. cit.*, págs. 862 y 877; LACRUZ/SANCHO, en *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 1.º, Barcelona, 1985 (2.ª ed.), pág. 346; Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 1993 (6.ª ed., 3.ª reimp.), pág. 235; ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, vol. 1.º, Barcelona, 1983 (7.ª ed.), págs. 236-237; ID., *Comentarios Albaladejo al Código Civil y Compilaciones forales*, XV, vol. 1.º, Madrid, 1989, sub art. 1.111, pág. 983; CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, III, Madrid, 1983 (13.ª ed., revisada por GARCÍA CANTERO), págs. 302-303; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II, vol. 1.º, Barcelona, 1978 (2.ª ed.), pág. 362; Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, II, Madrid, 1993 (4.ª ed.), pág. 740; LALAGUNA, «La acción revocatoria y la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *RGD*, 1993, págs. 1259 y sigs., y allí, pág. 1278; OSSORIO MORALES, *Lecciones de Derecho civil. Obligaciones y contratos (Parte general)*, Granada, 1986 (2.ª ed., revisada por OSSORIO SERRANO), pág. 134; PUIG FERRIOL/ROCA TRIAS, *Institucions del Dret civil de Catalunya*, I, Valencia, 1993 (4.ª ed.), pág. 165 (para el Derecho civil catalán), ORDUÑA, *La acción rescisoria por fraude de acreedores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1987, pág. 103; RODRÍGUEZ MORATA, en *CCJC*, 33 (1993), pág. 215.

(19) Vid., así, especialmente, MORENO QUESADA, cit. en nota precedente.

2) Puesto que la acción revocatoria se dirige a modificar la situación jurídica creada por el acto perjudicial del deudor que se trata de impugnar, y puesto que el plazo de vida de tal acción obedece a la finalidad de, limitando el tiempo de la posibilidad de esa modificación que acarrea la impugnación victoriosa, dar firmeza o certidumbre a las situaciones jurídicas, se trata de un plazo de caducidad (20). Consiguientemente, el decurso de tal plazo no puede ser interrumpido y, una vez consumada, la caducidad de la acción puede ser apreciada de oficio por los Tribunales.

También hay práctica unanimidad, entre los autores patrios que he consultado, acerca del punto concreto que aquí nos interesa: el *dies a quo* para el cómputo del plazo de la revocatoria, según el Código Civil. En este punto el sentir doctrinal común (21) es computar dicho plazo desde el día de la consumación de la enajenación fraudulenta, del acto perjudicial del deudor que se trata de impugnar, con independencia del conocimiento efectivo e, incluso, de la posibilidad de diligentemente conocer que haya tenido, respecto de tal acto perjudicial, el acreedor perjudicado por él.

A este último aspecto de la opinión común, en cambio, no sumo la mía, por las razones que expondré después, y, en parte, ya anticipadas.

Para sostenimiento de este parecer generalizado, que yo rechazo, se emplean en la doctrina argumentos como los siguientes:

(20) Vid., por ejemplo. LACRUZ/SANCHO, *Elementos...*, II, 1, cit., pág. 346; Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema...*, II, cit., pág. 235; ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, 1, cit., págs. 236-237; Id., *Comentarios...*, cit. sub art. 1.111, pág. 983; PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, II, 1, cit., pág. 363; MORENO QUESADA, *Comentario Ministerio de Justicia*, cit., sub art. 1.299, pág. 539; Id., *Comentarios Albaladejo...*, cit., sub art. 1.299, pág. 216; DE CASTRO, *RDP*, cit., pág. 228, Id., *Negocio jurídico...*, cit., pág. 526; ROCA SASTRE, *op. cit.*, págs. 862 y 877; Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pág. 740; LALAGUNA, *op. cit.*, pág. 1278; GÓMEZ CORRALIZA, *La caducidad*, Madrid, 1990, pág. 598; PUIG FERRIOL/ROCA TRÍAS, *op. cit.*, pág. 165 (para el Derecho civil catalán); ORDUÑA, *op. cit.*, pág. 103; RODRÍGUEZ MORATA, *op. cit.*, pág. 215.

Sólo he visto afirmar que, por el contrario, se trate de un plazo de prescripción, a CASTÁN y OSSORIO MORALES, citados *retro* en la nota 18.

El artículo 322 de la Compilación catalana, para la rescisión por lesión, habla expresamente de caducidad. En cambio, la Ley 34 de la Compilación navarra habla, literalmente, de prescripción.

(21) Vid., por ejemplo, así, MORENO QUESADA, *Comentario Ministerio de Justicia*, cit., sub art. 1.299, pág. 540, Id., *Comentarios Albaladejo...*, cit., sub art. 1.299, pág. 223; DE CASTRO, *RDP*, cit., pág. 227; LACRUZ/SANCHO, *Elementos...*, II, 1, cit., págs. 346-347; Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema...*, II, cit., pág. 235; ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II, 1, cit., pág. 237; Id., *Comentarios Albaladejo...*, cit., sub art. 1.111, pág. 983; Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pág. 740; LALAGUNA, *op. cit.*, pág. 1278; OSSORIO MORALES, *op. cit.*, pág. 134; PUIG FERRIOL/ROCA TRÍAS, *op. cit.*, pág. 165 (para el Derecho civil catalán. Pero estos autores citan y transcriben, también, la STSJ de Cataluña de 30 de enero de 1992, de la que luego se hablará); MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, VIII, vol. 2.º, Madrid, 1967 (6.ª ed., rev. por MORENO MOCHOLI), sub art. 1.299, pág. 808; MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, XX, Madrid, 1958 (2.ª ed., rev. por MARÍN PÉREZ), sub art. 1.299, pág. 979; ORDUÑA, *op. cit.*, págs. 103-104.

- El cómputo del plazo desde el momento de la enajenación fraudulenta/acto perjudicial que se trata de impugnar, sería el más congruente con la naturaleza, de caducidad, del plazo en cuestión (22) y ofrecería, además, la ventaja de la objetividad y más fácil apreciación que implica tal criterio, con el consiguiente favor de la seguridad jurídica (23). Por otra parte, la propia certeza de las situaciones jurídicas inclina a favorecer la caducidad de las acciones dirigidas a modificarlas, y esto se consigue situando cuanto antes el *dies a quo*: el primer momento hábil es, precisamente, el de la realización del acto contra el que se trata de reaccionar (24).
- Además, el momento de la enajenación fraudulenta/acto perjudicial es, precisamente, aquel en que se causa el perjuicio que se trata de reparar, aquel en que nace el derecho/acción del acreedor para impugnar tal acto (25). O bien, si se admite que la impugnabilidad del acto perjudicial deriva de un vicio intrínseco de éste, lo más conforme con ello sería contar el plazo de la acción impugnatoria desde la realización de dicho acto (26).
- Se argumenta, también, del artículo 1.969 del Código Civil (27). Puesto que en el artículo 1.299 del Código Civil no existe previsión específica para el término inicial del cómputo del plazo de la acción revocatoria, y dada la analogía, en este punto, entre caducidad y prescripción (28), procede la aplicación aquí de esa norma general

(22) Vid. ALBALADEJO y MORENO QUESADA, citados en la nota anterior.

(23) Vid. MANRESA, MUCIUS SCAEVOLA y MORENO QUESADA, *Comentarios Albaladejo...*, cit. en nota 21.

(24) Cfr. MORENO QUESADA, *Comentarios Albaladejo...*, cit., pág. 219

(25) MORENO QUESADA, *Comentarios Albaladejo...*, cit., págs. 219 y 223; Díez-PICAZO/GULLÓN, cit. en nota 21.

(26) DE CASTRO, *RDP*, cit. en nota 21, que encuentra analogía con la anulabilidad contractual e invoca, por tanto, el artículo 1.301 del Código Civil.

(27) Vid. MORENO QUESADA, *Comentarios Albaladejo...*, cit., pág. 223.

(28) Invoca la aplicación del artículo 1.969 del Código Civil, en los términos indicados en el texto, a propósito del *dies a quo* del plazo de la revocatoria, DE CASTRO, *Negocio jurídico*, cit., págs. 526-527, quien, sin embargo, no precisa en este lugar a qué resultado lleva aquí esa aplicación del artículo 1.969 del Código Civil. En *RDP*, 1932, sí se había inclinado abiertamente por la opinión común —vid. *retro* en nota 21—. En los mismos términos que DE CASTRO, *Negocio jurídico*, tampoco sin precisar las consecuencias de la aplicación del artículo 1.969 del Código Civil en el ámbito de la revocatoria, PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, II, 1, cit., pág. 362. También como DE CASTRO, *Negocio jurídico*, pero utilizando claramente el artículo 1.969 del Código Civil como respaldo de la opinión común, en los términos que siguen en el texto, MORENO QUESADA, cit. en la nota precedente.

Con carácter general, sobre la aplicabilidad del artículo 1.969 del Código Civil también a los plazos de caducidad, vid. ALBALADEJO, *Comentarios Albaladejo al Código Civil y Compilaciones forales*, XXV, vol. 2.º, Madrid, 1994, sub art. 1.969, pág. 581

en la materia que el Código Civil establece para la prescripción. El *dies a quo* para el plazo de la acción revocatoria estaría determinado, por tanto, por la posibilidad de su ejercicio, y ello equivaldría a tanto como el instante en que nace la acción para el acreedor perjudicado: el de la enajenación fraudulenta/acto perjudicial realizados por su deudor.

- Pero, como a nadie sorprenderá y resulta perfectamente lógico, el argumento que más se repite en esa nuestra doctrina común es el texto del artículo 37.III LH (29), invocado fuera del ámbito hipotecario, bien por vía de aplicación analógica, bien por vía de aplicación directa —como norma civil «común», contenida en la LH pero no específicamente «registral»—.

Mi impresión personal es que, de forma confesada o inconfesada, es esta norma hipotecaria —y esto, insisto, me parece normal: es, ciertamente, como normativo, argumento de peso— la verdadera causa determinante de la opinión doctrinal común.

b) UNA (LEVÍSIMA) PINCELADA DE DERECHO COMPARADO

Si la opinión doctrinal común de nuestros autores conduce a generalizar, para todos los supuestos de ejercicio de la acción pauliana, el criterio del artículo 37.III LH sobre el término inicial para el cómputo de su plazo, y si creo haber demostrado el carácter desacertado, posible amparador de injusticias, de tal criterio, al lector connacional le puede asaltar la duda de si, por vía de aquella opinión doctrinal común, el Derecho español se esté deslizando solitariamente en un error que otros Ordenamientos de países de nuestro entorno hayan sabido evitar con mayor ponderación y aviso.

Tranquilizo inmediatamente a ese compatriota lector: un muy somero examen del Derecho francés e italiano me ha revelado que la solución que defiende la opinión doctrinal común para el Derecho español está en sintonía con la que resulta o se defiende para aquéllos.

En el caso del Derecho italiano se trata, sin más, de la solución clara-

(aplicación a los plazos de caducidad del criterio del art. 1.969 CC, conforme al propio tenor de éste, siempre que, naturalmente, la Ley no señale específicamente un criterio distinto de aquél para el término inicial del plazo de caducidad de que se trate)

(29) Vid., por ejemplo, MORENO QUESADA, *Comentario Ministerio de Justicia*, cit., sub art. 1.299, pág. 540; Id., *Comentarios Albaladejo*, cit., sub art. 1.299, pág. 223; DE CASTRO, *RDP*, cit., pág. 227; LACRUZ/SANCHO, DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, ALBALADEJO, MANRESA, todos ellos citados en nota 21.

mente establecida por el Código Civil (art. 2.903 CC italiano) (30), dentro del propio régimen (general) de la acción revocatoria. La doctrina italiana (31) explica la fijación del *dies a quo* para el cómputo del plazo de la acción revocatoria en el momento de la realización del acto que se trata de impugnar, porque el perjuicio es algo esencialmente unido al acto impugnado del deudor, y aunque es efecto suyo, se produce en el instante mismo en que dicho acto se consuma. Por eso, para un caso que guarda cierta analogía con la acción revocatoria, el de la acción del artículo 524 del Codice Civile italiano —la regulada en nuestro art. 1.001 CC—, el legislador italiano también se habría inclinado por el mismo criterio (art. 524.II CC italiano), aquí traducido en el momento en que se realiza la repudiación hereditaria por el llamado deudor (en tanto que instante en que se causa el perjuicio al acreedor) (32).

Y lo verdaderamente curioso (por no decir escandaloso) es que la doctrina italiana es perfectamente consciente de que el cómputo del plazo de la revocatoria en todo caso desde el momento en que se realiza el acto perjudicial del deudor que se trata de impugnar, siendo, como es, el acreedor perjudicado un sujeto extraño a dicho acto [que, por demás, digo yo, se le tratará normalmente de ocultar], puede conducir a que dicho plazo comience a correr para el acreedor-actor antes de que conozca la existencia del acto impugnado y el perjuicio que le causa, y aun antes de que haya podido diligentemente conocerlo: o sea, antes de que realmente haya podido (diligentemente) ejercitar la acción. Y este resultado se acepta por la doctrina italiana como una especialidad, entre otras, del plazo de la acción (33). El venir impuesto, inequívocamente, y con carácter general, por el Codice Civile italiano dispensa, en parte, este proceder. Con todo, a mí no deja de inquietarme esta ciega aceptación doctrinal, con plena conciencia de ello, de una norma que puede producir injusticia.

Pero también en Francia, país donde su Código Civil, como el nuestro, carece de toda norma específica para fijar el *dies a quo* del plazo de la revocatoria, su doctrina (34) ha defendido ese mismo criterio de la fecha del

(30) Artículo 2.903 Codice Civile italiano: «L'azione revocatoria si prescrive in cinque anni dalla data dell'atto [perjudicial del deudor que se trata de impugnar]»

(31) Vid., por ejemplo, COVIELLO, L. (jr.), *Diritto successorio (Corso di lezioni)*. Bari, 1962, pág. 390, nota 133.

(32) *Ibidem*.

Artículo 524.II del Codice Civile italiano. «Il Diritto dei creditori si prescrive in cinque anni dalla rinunzia».

(33) Vid. NICOLÒ, en *Commentario Scialoja/Branca del Codice Civile*. Bologna-Roma, 1957, sub art. 2.903, pág. 268; NATOLI, voz «Azione revocatoria», en *Enc. Dir.* IV, Milano, 1959, págs. 888 y sigs., y allí, pág. 901.

(34) Vid., por ejemplo, AUBRY/RAU, *Cours de Droit civil français*, IV, París, 1902 (5ª ed., revisada por RAU/FALCIMAIGNE/GAULT). pág. 239.

acto perjudicial impugnabile, y también allí con plena conciencia de que ello puede conducir a la extinción de la acción antes de que el acreedor perjudicado haya podido tener diligentemente conocimiento de tal acto del deudor y del perjuicio que le causa: antes, en suma, otra vez, de que haya podido ejercitarla.

A la vista de este (aunque somero) inquietante cuadro de Derecho extranjero, produce tranquilidad y satisfacción comprobar cómo, por contra, nuestra más reciente jurisprudencia civil no ha querido ser conformista con los resultados injustos y aberrantes a que puede conducir el criterio doctrinal común y del artículo 37.III LH. Para ello ha contado, por otra parte, con una situación normativa —la de nuestro Derecho— que, según creo, permitía y respaldaba esa actitud.

Pero para llegar a esta (reciente) jurisprudencia «contestataria» ha sido preciso recorrer un largo camino: en concreto, rectificar una jurisprudencia anterior que aceptaba el criterio de la fecha del acto perjudicial/enajenación fraudulenta del deudor y rechazaba, sin contemplaciones, todo intento de situar el *dies a quo* del plazo de la revocatoria en un momento distinto.

c) LA JURISPRUDENCIA MÁS ANTIGUA DEL TRIBUNAL SUPREMO

En la fase temporal en que el TS hizo suya la que sigue siendo hoy opinión doctrinal común sobre el término inicial para el cómputo del plazo de la acción revocatoria existen dos conocidas —frecuentemente citadas por la doctrina— sentencias del TS, que analizo seguidamente por separado.

c.1) STS 8 mayo 1903 (n.º 135)

En el caso de esta sentencia (35) se trataba de la impugnación revocatoria de una venta inmobiliaria hecha por el deudor a un hermano suyo. La escritura pública de la venta se había otorgado el 29 de agosto de 1894. Y se había presentado al Registro de la Propiedad más de cuatro años después: 14 de diciembre de 1898. La demanda revocatoria del acreedor (Banco de España) era de 1 de mayo de 1899. El comprador demandado había alegado el transcurso del plazo del artículo 1.299 del Código Civil. Alegación estimada por la sentencia de la Audiencia que computaba, en perjuicio del Banco, dicho plazo desde la fecha del otorgamiento de la escritura.

(35) Tomo los datos del caso y la doctrina de la sentencia de la *Colección Legislativa*.

Frente a la sentencia de la Audiencia presenta el Banco demandante recurso de casación, apoyado, en sustancia, en los siguientes motivos:

1) Interpretación errónea del artículo 1.299 del Código Civil, cuyo plazo respecto de tercero, como lo es el acreedor-actor en relación al acto impugnado con la revocatoria, debe contarse desde el momento de la inscripción en el Registro de la escritura. Lo que sería confirmado por el principio general del artículo 1.969 del Código Civil (36), válido para fijar el tiempo inicial de la prescripción de toda acción cuando no exista norma específica que lo determine, al hacerlo en el momento en que la acción pudo ejercitarse. Lo que significa que sólo cuando el sujeto perjudicado tiene conocimiento del acto que le causa el perjuicio, puede ejercitar la acción revocatoria y empieza, consiguientemente, a correr para él su plazo.

2) Infracción del artículo 1.294, en conexión con el artículo 1.299 del Código Civil, argumentada sobre el carácter subsidiario de la acción revocatoria: ésta habría nacido para el Banco acreedor en el momento en que agotó todos los recursos para el cobro y no le quedó otro que la impugnación de la venta en cuestión.

3) Invocación analógica del artículo 1.638 del Código Civil: por idéntica razón que en tal norma y para prevenir análogas contingencias, en el caso de la sentencia el plazo de la acción revocatoria debía contarse no desde el otorgamiento de la escritura, sino desde su acceso al Registro, hasta cuyo momento se había ocultado: el Banco sólo tuvo conocimiento de la enajenación por una certificación registral de diciembre de 1898.

4) Condición de tercero, extraño al contrato impugnado del Banco demandante.

Visto con la perspectiva de hoy, hay que reconocer que este recurso de casación estaba muy bien trabado. En él se apuntan y fundamentan las dos vías de superación de la opinión doctrinal común que, posteriormente, el TS acogería separadamente. Pero eso sucederá mucho después. En el caso de la sentencia el TS desestimó el recurso punto por punto, confirmando así aquella opinión común.

En concreto, la doctrina, extractada, de la sentencia sería ésta (37):

(36) Aquí hay una errata en la *Colección Legislativa* cit., pág. 742, que habla, equivocadamente, del artículo 1.269 del Código Civil.

(37) La transcripción literal de los tres considerandos de la sentencia es la que sigue:

«Considerando que dado el concepto y fundamento de la prescripción encaminada principalmente a dar firmeza y certidumbre a la propiedad y a toda clase de derechos emanados de las relaciones sociales y de las condiciones en que se desarrolla la vida, aun cuando éstas no se ajusten siempre a principios de estricta justicia, que hay que subordinar como mal menor, al que resultaría de una inestabilidad indefinida, es evidente que por el transcurso de determinado tiempo se entienden borrados los defectos que

- La exigencia de dar certeza y seguridad a las relaciones obliga a sacrificar la justicia a la estabilidad, evitar la inestabilidad indefinida. El término inicial de comienzo de la prescripción es el señalado en el artículo 1.969 del Código Civil.
- Desde el acto perjudicial del deudor nace la acción revocatoria dirigida a impugnarlo, y a este momento del nacimiento de la acción hay que atender para el inicio del cómputo de su plazo de prescripción cuando la Ley especialmente no dispone otra cosa. El «poder ejercitarse» del artículo 1.969 del Código Civil equivale a *posibilidad legal* de ejercicio. Sólo deben tenerse en cuenta las circunstancias particulares del titular de la acción cuando la Ley excepcionalmente lo determine, lo cual está conforme con el alcance y fines de la prescripción [seguridad jurídica]. [Repárese en esta interpretación del art. 1.969, sobre la que habremos de volver después].

en los títulos respectivos de aquéllos puedan existir, y que al efecto es preciso señalar por regla general un término fijo y claro desde el que empiece a contarse dicho término, cual es el que se consigna en el artículo 1.969 del Código.

»Considerando que es indudable que desde el instante en que se realiza un acto o se celebra un contrato cualquiera que lesiona derechos de alguien que pueden ser inmediatamente reivindicados nace la acción correspondiente para conseguirlo, y que a este momento hay que atenerse para empezar a contar en su caso el término de la prescripción cuando la Ley especialmente no dispone otra cosa, pues la frase empleada por el legislador en el expresado artículo 1.969 de que el tiempo para la prescripción se contará desde el día en que las acciones pudieron ejercitarse, hace referencia notoria a la posibilidad legal, por lo que sólo deben ser tenidas en cuenta las condiciones del individuo u otras circunstancias cuando la Ley así lo determine y prefiere como excepción, lo cual está conforme con el alcance y fines de la prescripción.

»Considerando que, esto supuesto, no son de estimar ninguno de los motivos alegados por el Banco de España en su recurso, pues el hecho de que no tuviera conocimiento del contrato celebrado entre don Joaquín y don Juan Morales hasta que se inscribió en el Registro años después no es requisito que el legislador exige para el ejercicio de una acción como la de que se trata ni afecta a la posibilidad legal de su ejercicio desde el momento en que se realizó la venta, según acertadamente declara la Audiencia aplicando los artículos 1.299 y 1.969 del Código Civil, porque la regla especial o excepcional del artículo 1.638, que se halla justificada por la perentoriedad del término señalado para el retracto, es indudablemente una confirmación de la regla general; porque la condición de subsidiaria que tiene la acción rescisoria, según el artículo 1.294 del Código Civil, no significa que pueda subsistir indefinidamente cualquiera que sea el tiempo transcurrido desde la celebración del acto rescindible, pues el de cuatro años señalado para el ejercicio de esta clase de acciones es el que el legislador ha estimado prudencialmente suficiente para el esclarecimiento del estado del deudor, sin que exista inconveniente legal alguno en que al ejercitar la acción rescisoria se demuestre que no existe otro medio legal para obtener la reparación del perjuicio; y porque, aparte de que ninguna aplicación tienen los artículos de la Ley Hipotecaria al caso actual del pleito por no originarse el derecho del Banco en título alguno inscrito a su favor, del precepto del artículo 37 de dicha Ley se deriva evidentemente una regla de criterio para comprender que a la fecha de celebración del contrato y no [este “no” falta, por errata, en el texto] a la de la inscripción del mismo debe atenderse para contar el término de prescripción».

- La falta de conocimiento por el Banco acreedor del acto perjudicial, hasta el momento de la inscripción en el Registro, no afecta a la *posibilidad legal* de ejercicio de la acción revocatoria desde que se realizó la venta (*ex arts. 1.299 y 1.969 CC*).
- La contenida en el artículo 1.638 del Código Civil sería una norma excepcional que confirmaría la regla. La justificación de tal excepción estaría en la perentoriedad del plazo del retracto.
- La subsidiariedad de la acción revocatoria no debe ser un pretexto para alargar indefinidamente la vida de la acción, cualquiera que sea la fecha del acto rescindible. Los cuatro años de vida de la acción que fija el legislador los ha considerado suficientes para esclarecer la situación del deudor y, por otro lado, la demostración de no existir otro remedio se puede dar dentro del propio juicio revocatorio.
- Finalmente, se argumenta [¡cómo no!] del artículo 37 LH, según el cual el plazo de la revocatoria se cuenta desde la celebración del contrato y no desde su inscripción en el Registro.

c.2) *Sentencia 26 junio 1946 (n.º 154)*

En el caso de esta sentencia (38) varios acreedores pretendían impugnar una donación hecha por su común deudor a los hijos de éste. La donación, relativa a un importante depósito de dinero en el Banco de España, se había escriturado en fecha 19 de diciembre de 1925. La madre, una vez fallecido el marido y deudor, en representación legal de los hijos demandados, opuso la «prescripción» de la acción revocatoria (*ex art. 1.299 CC*). La Audiencia acoge la excepción, contando el plazo de la acción desde la fecha del otorgamiento de la escritura de donación.

Uno de los acreedores recurrentes alega dentro de uno de los motivos de su recurso de casación, aplicación indebida del artículo 1.299 del Código Civil, en relación con los artículos 1.294 y 1.969 del Código Civil, pues, conforme al primero, habría que esperar para contar el plazo de la acción hasta el momento en que, después de las ejecuciones infructuosas dirigidas contra el deudor de autos, la acción revocatoria de la donación discutida se reveló como último recurso para cobrar; lo que sería confirmado por la segunda norma invocada, que impide que pueda correr la prescripción de una acción antes de que ésta pueda ejercitarse, y en este caso el carácter de último recurso es (*ex art. 1.294 CC*) un requisito de la ejercitabilidad de la acción.

(38) Los datos del caso y la doctrina de la sentencia los tomo aquí, asimismo, de la *Colección Legislativa*.

Este acreedor, por tanto, insiste en una de las dos vías intentadas por el acreedor-recurrente de la sentencia antes examinada. Con el mismo resultado, por otra parte: el TS desestima de plano el recurso, también en lo relativo al motivo referido, confirmando, una vez más, el criterio de la fecha de la enajenación fraudulenta/acto perjudicial del deudor, con expresa invocación de la sentencia precedente TS de 8 mayo 1903:

«[doctrina tomada del Considerando segundo, en lo que interesa a nuestro tema]... hay que desestimar este motivo del recurso; procediendo hacer lo mismo con la pretensión que también se formula en el último inciso del mismo motivo de que el plazo de los cuatro años para la prescripción haya de contarse desde el momento en que en las ejecuciones seguidas contra don Alfonso de Mendoza [el deudor y donante] no se encontraron bienes libres, porque hasta entonces se vieron imposibilitados los acreedores de ejercitar la acción de rescisión por fraude de los mismos, doctrina que no puede ampararse en el artículo 1.969 del Código Civil, cuyo precepto se refiere a la imposibilidad de ejercitar las acciones derivadas de las condiciones de capacidad del actor o de otras circunstancias que la Ley expresamente determine y señale como excepción, según se declaró por este Tribunal en su sentencia de 8 de mayo de 1903, no habiéndose, por lo tanto, infringido el indicado artículo en la sentencia que se examina que estimó debidamente el momento en que empezó a correr el término de los cuatro años para la prescripción de la acción de rescisión que declara».

d) LA SUPERACIÓN DE LA OPINIÓN DOCTRINAL COMÚN
POR LA JURISPRUDENCIA CIVIL MÁS RECIENTE

La jurisprudencia, sin embargo, advertidas las injusticias a que puede conducir el criterio de la fecha de la enajenación fraudulenta/acto perjudicial del deudor como determinante del *dies a quo* para el cómputo del plazo de la acción pauliana, en algunos fallos recientes —dos del TS y uno del TSJ Cataluña—, lo ha desechado y sustituido.

Lo curioso (y aleccionador) es que los criterios ensayados como alternativa al que sigue siendo el comúnmente propugnado por nuestros autores, son los mismos dos que el TS había rechazado en su jurisprudencia más antigua. De esos dos mismos criterios ha hecho uso ahora el TS, si bien que separadamente en dos sentencias distintas.

d.1) *El criterio del momento en que se verifica la insolvencia del deudor: STS 29 octubre 1990*

Como se recordará, tanto en el caso de la sentencia 8 mayo 1903, como en aquel de la de 26 junio 1946, los acreedores ejercitantes de la revocatoria y recurrentes habían intentado, sin éxito, hacer valer ante el TS este mismo criterio como determinante del momento inicial para el cómputo del plazo cuatrienal de dicha acción.

Ahora la STS 29 octubre 1990 (39) acoge dicho mismo criterio que el TS entonces rechazara, en su Fundamento de Derecho primero:

«... en contra de lo apreciado en la sentencia recurrida, a efectos de ejercicio de la acción rescisoria que reconoce el mismo número 3.º del artículo 1.291, el cómputo del plazo de cuatro años que para posibilitar su ejercicio establece el artículo 1.299 de dicho cuerpo legal sustantivo [CC], ha de computarse a partir de la fecha en que se establezca acreditada la carencia de bienes con que hacer efectivo su crédito el acreedor».

Es más, para la sustentación del criterio ahora acogido, la STS 29 octubre 1990 utiliza el mismo argumento de la subsidiariedad de la acción revocatoria (*ex arts. 1.294, 1.291.3 y 1.111 CC*) que aquellas otras sentencias más antiguas del TS habían desechado: si es requisito de ejercicio de tal acción que no quepa otro recurso para el cobro por el acreedor-actor, de ello se infiere que sólo cuando se acredite la insolvencia, y con ella el perjuicio del acreedor, cabrá el ejercicio de la revocatoria y, por ende, sólo a partir de ese momento debe comenzar a correr el plazo que limita temporalmente dicho ejercicio (40).

Recientemente un autor (41) ha hecho suyo el criterio de esta sentencia,

(39) *R A.*, 8264.

(40) En el mismo Fundamento de Derecho 1.º de la Sentencia 29 octubre 1990:

«... y así lo evidencia, de una parte, el indicado número 3.º del artículo 1 291 cuando se refiere a que la rescisión no puede solicitarse hasta que el acreedor no pueda de otro modo cobrar lo que se le debe, dado que uno de los requisitos esenciales para que los contratos puedan rescindirse, según tiene declarado esta Sala en Sentencia 15 de febrero de 1986, está constituido por la exigencia de que el acreedor no pueda cobrar de otro modo lo que se le debe por el carácter subsidiario de la acción rescisoria que proclama el artículo 1.294 del precitado Código Civil para obtener la reparación del perjuicio, y, de otra parte, debido a que, como pone de manifiesto el artículo 1 111 de igual cuerpo legal sustantivo, la impugnación de actos por fraude del acreedor se produce en su posibilidad cuando, por evidencia de falta de bienes, se origina perjuicio de aquél, cual reconocen las Sentencias de 12 julio 1940, 26 abril 1962 y 9 noviembre 1966».

(41) RODRÍGUEZ MORATA, en *CCJC*, 33 (1993), págs. 215 y sigs. —donde comenta la STS 16 febrero 1993, que, como se verá después, acoge un criterio diverso, rechazado éste por el indicado autor—, y allí, especialmente, págs. 218-219.

para fundamentación del cual argumenta, adicionalmente, de que en los derechos de crédito, con carácter general (*ex art. 1.969 CC*), el plazo de prescripción o caducidad de la correspondiente acción ha de contarse desde la insatisfacción del derecho del acreedor, lo que en el ámbito de la pauliana conduciría al momento en que se acredite la insuficiencia patrimonial del deudor para el cobro del crédito de aquél. Criterio que sería, asimismo, confirmado por el carácter esencial que el perjuicio del acreedor tiene como hecho constitutivo de esa misma acción.

Dejando para más adelante la exposición por extenso de mi opinión (discrepante) sobre los resultados a que conduce, en el terreno de la revocatoria, la aplicación de la norma general del artículo 1.969 del Código Civil, aquí me limitaré a señalar, en contra del criterio de la sentencia 29 octubre 1990 y del autor que la secunda, lo siguiente:

1) Me parece evidente que el criterio ahora criticado no responde a las exigencias de justicia material ínsitas en la cuestión del *dies a quo* para el cómputo del plazo de la revocatoria, y no lo hace, siempre según mi opinión, tanto por defecto, como por exceso:

1.a) Por defecto, porque una cosa es la verificación de la insolvencia del deudor (y el momento en que tal verificación se produce) y otra la identificación (el conocimiento) de los concretos actos perjudiciales de ese deudor —como regla de principio, anteriores a la situación de insuficiencia patrimonial de éste— que han causado dicha insolvencia (y el correlativo tiempo en que se produce esa identificación/conocimiento). ¿Qué hacer, pues, cuando, como resulta perfectamente posible, el descubrimiento/conocimiento, o la posibilidad de diligentemente conocerlo, por el acreedor perjudicado, del acto impugnado de su deudor se produce en un momento (significativamente) posterior al del descubrimiento/conocimiento de la situación de insolvencia del deudor que trae causa de aquel acto? Para mí está claro que en una situación como esa descrita ahora, contar el plazo de la acción revocatoria desde el primer momento temporal (el de la verificación de la insolvencia), como defiende la opinión criticada, conduce a un resultado contrario a la justicia material (y no sólo eso, sino, también, como se verá después, contrario a lo que resulta, para la revocatoria, del art. 1.969 CC, pues el plazo de la acción revocatoria comenzaría a correr para el acreedor perjudicado antes de haberla podido ejercitar).

1.b) Pero también por exceso. ¿Qué hacer, entonces, cuando conociendo o pudiendo diligentemente haber conocido el acreedor el acto perjudicial de su deudor sólo se ocupa de indagar/verificar las repercusiones de tal acto en la situación patrimonial de éste en un momento (significativamente) posterior a aquel en que conoció o debió haber conocido el acto impugnado? La aplicación del criterio ahora rechazado conduce aquí, en una situa-

ción como la descrita, a un injustificado alargamiento de la vida de la acción, en provecho de un acreedor que obviamente no lo merece [comp. *retro, infra* III), c.1), la crítica contenida en la S 8 mayo 1903 a esa misma opinión que se rebate]. Si para evitar este (anómalo e injusto) resultado se dijera, entonces, que el *dies a quo* para el cómputo del plazo de la pauliana no viene dado tanto por el momento de la constatación de la insolvencia del deudor como por el día en que debió indagarse/comprobarse, entonces se me estaría dando la razón, pues ese momento no es otro que aquel en que se conoció o debió haberse conocido el acto perjudicial del deudor.

2) Me parece igualmente evidente la improcedencia de la alegación del carácter (ciertamente) esencial del perjuicio a la acción revocatoria en favor del criterio que ahora se rechaza. Para convencerse de que no es definitivo, bastará recordar como este mismo argumento ha sido empleado como sustentación del criterio, igualmente rechazado, de la opinión doctrinal común: el *dies a quo* para el cómputo del plazo de la pauliana sería el del instante en que se consuma la enajenación fraudulenta/acto perjudicial del deudor, precisamente porque, por la esencialidad del perjuicio, éste, que es efecto del acto impugnado, se produce en el momento de su misma realización.

Y es claro que para que un acto del deudor pueda ser atacado, con la revocatoria, por sus acreedores, debe reunir *todos* los requisitos legalmente necesarios para su impugnabilidad *ya* en el instante de su realización [salvo en la hipótesis excepcional del acto fraudulento del deudor preordenado al perjuicio de un crédito futuro, por contraer en el momento de consumir aquél]. Ahora bien, para que el acreedor pueda enjuiciar, en orden a si ejercita o no la revocatoria, la concurrencia de sus requisitos legales respecto de un determinado acto de su deudor, lo que es indispensable —sin ello no puede, obviamente, en ningún caso, ejercitar la acción—, es que conozca o haya podido diligentemente conocer ese concreto acto, y esto puede suceder bastante después que su efecto perjudicial se haya consumado.

Naturalmente que no basta la apreciación personal del acreedor sobre que la acción revocatoria que ejercita —una vez que *puede*, que conoce o ha podido diligentemente conocer el acto impugnado— es procedente por ajustarse a los requisitos legales; será siempre necesaria, ulteriormente, la verificación judicial de esos requisitos en el juicio revocatorio. Pero la posibilidad de esta verificación judicial no cabe, desde luego, que se extienda ilimitadamente en el tiempo: para ello, precisamente, señala el Código Civil el plazo de cuatro años. En otras palabras, la verificación judicial, dentro del juicio revocatorio, del perjuicio, o de cualquiera de los restantes requisitos de la revocatoria, es siempre un *posterius* respecto de la cuestión del *dies a quo* del plazo de la acción: una vez determinado éste,

sabremos el tiempo de que dispone el acreedor-actor para la discusión judicial sobre la procedencia de su acción (con relación a un determinado acto del deudor y sus características y efectos en el instante en que se realizó).

Y para la determinación del *dies a quo*, tratándose, como se trata, de la impugnación de un acto al que el acreedor es extraño y que, normalmente, se le tenderá a ocultar, el verdadero problema será el del conocimiento: fijar el momento, no en que el acto perjudicial impugnado se consumó (reunido ya, entonces, todos los requisitos legales de la revocatoria), sino en que el acreedor perjudicado, por conocerlo o haberlo podido diligentemente conocer, pudo plantearse el ejercicio de la acción dirigida a revocarlo: la discusión judicial de la procedencia de ésta. Este segundo momento es, según mi opinión, aquel en que la acción se pudo ejercitar y, por tanto (*ex art. 1.969 CC*), aquel a partir del cual debe correr su plazo.

Dicho negativamente: el verdadero problema son los actos perjudiciales que se ocultan al acreedor, frente a los cuales, por mucho que reúnan los requisitos legales de la impugnabilidad revocatoria ya en el instante en que se consumaron, el acreedor perjudicado sólo puede reaccionar (sólo puede ejercitar la acción *ex art. 1.969 CC*) una vez que o los conoce o pudo diligentemente conocerlos. Este último es, insisto, pues, el instante en que, según mi opinión, conforme al artículo 1.969 del Código Civil, debe comenzar a correr el plazo de la acción. Pero desde él el acreedor sólo tiene cuatro años para discutir judicialmente la procedencia de su acción. Si eventualmente, en el instante en que un acreedor descubre la situación de insolvencia de su deudor causada por un determinado acto de éste, han pasado ya cuatro años desde el momento en que dicho acreedor conoció o pudo diligentemente conocer la existencia de tal acto perjudicial, *sibi imputet*: su acción se ha extinguido porque ha pasado, desde el tiempo en que pudo (diligentemente) ejercitarla, el plazo legalmente concedido para discutir en juicio su admisibilidad (en particular, ya desde que conoció o debió conocer el acto perjudicial, pudo/debió el acreedor perjudicado indagar la situación patrimonial causada por éste que, por propia negligencia, se le revela después).

- d.2) *El criterio que yo estimo preferible: el momento en que el acreedor conoce o debió conocer el acto perjudicial de su deudor que se trata de impugnar*

En la jurisprudencia reciente conozco dos fallos que secundan el criterio que yo considero preferible: para el Derecho civil catalán una sentencia del TSJ Cataluña, y para el Derecho civil común otra del TS.

Debe advertirse que los dos indicados fallos se referían a casos en que la acción revocatoria se dirigía por el acreedor contra enajenaciones inmobiliarias de su deudor que habían tenido, en un momento posterior, acceso al Registro de la Propiedad. Por ello, sacando obligada consecuencia del efecto legal de la publicidad registral en el ámbito inmobiliario, ambas sentencias se expresan en el sentido de que el plazo de la acción revocatoria empieza a correr para el acreedor-actor, de no haber tenido conocimiento por otro medio de la enajenación del deudor que se trata de impugnar, desde el día en que ésta tuvo acceso al Registro de la Propiedad (en tanto que, desde ese momento, el acreedor-actor pudo diligentemente conocerla o, en todo caso, no podía legalmente desconocerla).

Doctrina que, así expresada, sólo vale, evidentemente, en el ámbito inmobiliario registral y también para los bienes muebles dotados de un Registro con análogo efecto de publicidad legal (los llamados bienes muebles registrables).

Pero me interesa recalcar que el criterio que defiendo es más general y que, por tanto, es aplicable también a todo tipo de actos y enajenaciones que no sean posible objeto de publicidad registral: entonces, sigue siendo verdad que el plazo de la acción revocatoria del acreedor-actor debe correr desde que conoció o pudo diligentemente conocer el acto perjudicial del deudor que se trata de impugnar, con la única particularidad de que entre los medios de publicidad que permitieran oponer al acreedor la existencia del acto perjudicial que se trata de impugnar, no existe un Registro con el efecto de publicidad legal que caracteriza al Registro de la Propiedad, pero sí pueden existir otros medios de publicidad (más o menos rudimentarios) que hagan inexcusable la ignorancia del acreedor-actor.

Por tanto, el principio no es que el plazo de la acción revocatoria comienza a correr para el acreedor-actor desde que éste conoce el acto perjudicial del deudor que se trata de impugnar o, en todo caso, desde que dicho acto ha tenido acceso al Registro de la Propiedad (o un Registro mobiliario de eficacia análoga), sino que el principio es que el plazo de la acción revocatoria comienza a correr para el acreedor-actor desde que conoce el acto perjudicial del deudor que se trata de impugnar o, en todo caso, desde que pudo/debió diligentemente conocerlo; y es *en aplicación* de este principio por donde se llega, en el ámbito inmobiliario y para los bienes muebles registrables, a la formulación de las dos indicadas sentencias, que seguidamente se analizan por separado.

d.2.1) STSJ Cataluña 30 enero 1992 (Ponente: Sr. Somalo Giménez)

En el caso de la sentencia (42), se trataba de una demanda revocatoria dirigida por un Banco acreedor contra la donación inmobiliaria que el matrimonio deudor había hecho en favor de una hija y una nieta. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda por caducidad de la acción revocatoria, contando el plazo del artículo 1.299.I del Código Civil desde la fecha (17 junio 1984) del otorgamiento de la escritura pública de la donación impugnada. (La demanda se había presentado con fecha 28 de noviembre de 1988. La donación de autos se había inscrito en el Registro de la Propiedad el 1 de diciembre de 1984). Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, la Audiencia Provincial de Barcelona la revoca, apoyándose en que, según el artículo 340.III de la Compilación catalana, *nunca* perjudicarían las donaciones a los acreedores del donante (lo que, obviamente, resulta disparatado si con ello se pretende decir que en Cataluña la acción revocatoria dirigida contra donaciones perjudiciales es de duración indefinida, carece de todo plazo) (43). Frente a esta sentencia de segunda instancia se interpone recurso de casación ante el TSJ de Cataluña. Tribunal que desestima el recurso, confirmando, así, la sentencia recurrida y sentando, al hacerlo, la doctrina que antes adelanté (44) —lo que permite salvar, por los verdaderos pelos, la acción del

(42) Cuyos datos y doctrina tomo de *Actualidad Civil*, 1992, marginal 307, págs. 653 y sigs.

A propósito de esta misma sentencia, puede verse, críticamente, MEZQUITA DEL CACHO, «Sobre la supuesta especialidad del Derecho catalán respecto al cómputo de la caducidad de la acción rescisoria de donaciones en fraude de acreedores (A propósito de la Sentencia 30 enero 1992 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña)», en *RJC*, 1994, 1, págs. 159 y sigs.

(43) Véase, sobre este particular, MEZQUITA DEL CACHO, *op. cit.*, págs. 161-162.

(44) La doctrina de esta sentencia TSJ Cataluña tiene como precedente, según indica MEZQUITA DEL CACHO, *op. cit.*, pág. 161, la sentada por la AP Barcelona en Sentencia 6 abril 1990 [véase en *RJC* (*Jurisprudencia*), 1990, III, págs. 658 y sigs (78 y sigs. del Fascículo)], que, a su vez, cita en el mismo sentido otra precedente de la propia AP Barcelona de fecha 5 marzo 1990.

También en el caso de la Sentencia AP Barcelona 6 abril 1990 se trataba de la impugnación revocatoria de una donación, aquí presentada en vía reconvenzional. La doctrina de la sentencia en el punto que nos interesa se contiene en su FD 8.º.

«... Ahora bien, el artículo 340 de la Compilación catalana aparece directamente enraizado en la Constitución *Per tolre frau* dada por Fernando II en las terceras Cortes de Barcelona en 1503, que impuso la necesidad de la insinuación, cuyo objeto —a diferencia de la insinuación romana— era evitar los fraudes que se producían mediante las donaciones...; y si bien la Compilación ha suprimido el requisito de la insinuación, de ello no cabe deducir que la fecha de la donación oculta —a ello no es obstáculo su incorporación a un archivo notarial— determine el inicio del cómputo del plazo de caducidad, ya que, como sostiene la Sentencia de esta misma Sala de 5 marzo 1990, en tal caso la previsión no sólo se revelaría inútil, sino contraria al principio [del

Banco que no había conocido ni podido diligentemente conocer la donación perjudicial de autos antes del momento de su inscripción en el Registro: fecha de ésta, 1 diciembre 1984; fecha de presentación de la demanda, 28 noviembre 1988—.

Doctrina que ahora transcribo por extenso, tomándola del Fundamento de Derecho tercero (en la parte en que da respuesta al motivo del recurso que alegaba infracción, por inaplicación, de los artículos 1.299, 1.969 del Código Civil y 37 de la Ley Hipotecaria, pretendiendo, sobre su base, los demandados-recurrentes que el plazo de caducidad de los cuatro años se contase desde la fecha de otorgamiento de la escritura de donación, y se considerase, por tanto, caducada la acción del Banco acreedor):

«... el problema principal se plantea al determinar el *dies a quo* la iniciación del cómputo [del plazo] para el ejercicio de la acción [revocatoria] deducida en la demanda. Precisamente porque ni el artículo 340 [Comp. cat.] ni el artículo 1.299 [CC] citados nada establecen sobre este particular, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 1 y Disposición Final 4.^a de la Compilación de Derecho civil de Cataluña en cuanto a la preferencia de la normativa civil catalana y la aplicación supletoria del Código Civil y leyes civiles estatales en la medida en que no se opongan a aquella normativa o a los principios generales que informan el Ordenamiento jurídico catalán...

»Volviendo a las disposiciones actualmente en vigor, el doble silencio aludido de los artículos 340 de la Compilación catalana y 1.299 del Código Civil, sobre el inicio del cómputo [del plazo] para el ejercicio de la acción revocatoria, permite adscribirse a una de estas posturas: o entender que el día inicial es el de la enajenación fraudulenta, criterio que parece seguir el artículo 37 LH y sostenido por los recurrentes, o entender que el cómputo ha de iniciarse el día que la acción pudo ejercitarse según establece el artículo 1.969 del Código Civil en su interpretación más flexible o subjetivista hecha por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (v. S 25 enero 1964), que reconociendo el principio general de ejercitabilidad en abstracto u objetiva, admite, en ciertos casos, en relación con lo señalado en el artículo 1.968.2.º del Código Civil, que la prescripción comience cuando el interesado conoce el hecho de que la acción nace, es decir, como indica la doctrina más

art 1.969 CC] de que tan sólo pueden perecer y caducar aquellas acciones y derechos que objetivamente pudieron ser ejercitados, y, en el presente caso, dada la clandestinidad de la donación, su eficacia no puede ser controvertida hasta que ha surgido a la luz en el presente litigio».

seguida, el desconocimiento de la acción por el interesado impediría subjetivamente el ejercicio de la acción objetivamente ejercitable; criterio implícitamente recogido por la sentencia impugnada y sostenido por la entidad recurrida.

»Las siguientes razones avalan la postura consistente en que el inicio del cómputo no puede referirse, sin más, en el caso examinado, a la fecha de la donación; la doctrina más autorizada cree que siendo tan fáciles en esta materia las ocultaciones fraudulentas por parte de los deudores, el plazo de caducidad ha de contarse desde que el acreedor debió conocer la existencia del negocio jurídico fraudulento, tesis que concuerda con los principios que inspiran la tradición jurídica catalana [se alude, ahora y sucesivamente, a la Constitución *Per tolre fraus*, dada por Fernando II en las Cortes de Barcelona de 1503, que había impuesto la necesidad de inscribir en determinados Registros las donaciones, a partir de cierta cuantía, para que pudieran perjudicar a los acreedores del donante, Constitución de la que la propia sentencia habla precedentemente, en un fragmento no transcrito de este su mismo FD 3.º], contraria a la aplicación automática del artículo 37 *in fine* [37.III] LH, cuidándose de evitar a toda costa el perjuicio de los acreedores del donante estableciendo un sistema de publicidad registral; y, aparte de ello, el Tribunal Supremo, para proteger [de] la ocultación o clandestinidad aludida, mantiene este criterio en sentencias referentes a materia arrendaticia (obras incontinentas o subarriendo oculto), como son las de 19 mayo 1965, 1 junio 1973, 5 junio 1974, entre otras. Particularmente significativa es la Sentencia citada de 19 mayo 1965, según la cual “el tiempo prescriptivo corre desde el instante que haya posibilidad de hacer valer el derecho, esto es, desde el momento que el hecho que lo engendra conste de forma notoria, que es cuando en un sentido lógico y jurídico puede ejercitarse, porque sería absurdo e injusto computar el plazo cuando el hecho permanece oculto y clandestino y, por consecuencia, sin posibilidad de enervarlo o contrarrestarlo de forma eficiente”. De nada serviría la posibilidad objetiva del ejercicio de la acción si hechos impeditivos de ocultación impiden subjetivamente tal ejercicio.

»Si en el presente caso los hechos han demostrado que el actor incluso hasta bien alcanzado el segundo pleito, casi en 1988, no conoce la enajenación gratuita, bien [se] puede sostener que al menos la fecha de la inscripción en el Registro de la donación discutida, el 1 de diciembre de 1984, ha de ser la indicadora del momento en que el acreedor debió conocer la transmisión efectiva-

da y cuya impugnación concretó en la demanda presentada el 28 de noviembre de 1988».

d.2.2) STS 16 febrero 1993 (Ponente: Sr. Malpica y González-Elipe)

En el caso de la sentencia (45) el deudor había donado distintos inmuebles en favor de dos hijos suyos. La fecha del otorgamiento de la escritura pública de estas donaciones era la misma: 29 de junio de 1983. Tales donaciones habían tenido acceso al Registro de la Propiedad en un momento apreciablemente posterior: enero de 1984. Con fecha 23 de noviembre de 1987 la sociedad acreedora presenta demanda interesando la revocación, en tanto que perjudiciales, de las referidas donaciones. Pretensión revocatoria a la que los demandados (donante y donatarios) oponen, sustancialmente, la caducidad de la acción revocatoria.

Habiéndose estimado la demanda en ambas instancias, los demandados interponen recurso de casación, en esencia, por infracción de los artículos 1.299.I, 1.969, 1.218 CC y 37 LH, insistiendo en la caducidad de la acción de la sociedad acreedora del donante, ya que su plazo habría de contarse desde la fecha del otorgamiento de la escritura pública en que las donaciones impugnadas se realizaron.

El TS desestima el recurso, sentando la doctrina que abreviadamente antes adelanté y ahora transcribo por extenso (tomándola del FD 3.º de la sentencia):

«El motivo segundo [del recurso de casación], al amparo del número 5 del artículo 1.692 LEC denuncia infracción del artículo 1.299.I en relación con el artículo 3.1 del Código Civil y jurisprudencia cuyas sentencias invoca, citando también los artículos 37.4.º de la Ley Hipotecaria y 322 y 340 de la Compilación catalana, así como los artículos 1.166 [¿1.076?] y 1.301 del Código Civil por referencias, y todo para llegar al convencimiento de que el cómputo inicial de los cuatro años de caducidad es a partir de la fecha de la enajenación (donación en este caso). Pues bien, hora es ya de que usando de la facultad atribuida a los Tribunales por el artículo 3.1 del Código Civil en punto a “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas” [estas expresiones, más o menos

(45) Cuyos datos y doctrina tomo de *CCJC*, 33, 1993, págs. 211 y sigs, donde figura con el comentario citado de RODRÍGUEZ MORATA. También puede encontrarse en *R.A.*, 774.

retóricas, revelan, en todo caso, la plena conciencia de la innovación, el rechazo a sabiendas por el TS de su jurisprudencia anterior], se haga un breve análisis del tema debatido en el que el Tribunal de instancia ha obrado con todo acierto, ya que, en efecto, si la acción rescisoria por fraude a los acreedores está incuestionablemente establecida por las leyes en favor del acreedor burlado, hasta el punto de que cuando la enajenación lo es a título gratuito el artículo 1.297 del referido texto legal lo presume con presunción *iuris et de iure*, es decir, que no admite prueba en contrario como preceptúa el artículo 643.II del mismo cuerpo legal, cuando, como en el caso presente, no se han reservado bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a la donación, ya que a raíz de ello solicitó el donante su declaración concursal como sienta en sus conclusiones fácticas, no desvirtuadas, la sentencia combatida, decimos que una interpretación teleológica del artículo 1.299.I del Código Civil, ante su silencio específico del cómputo del tiempo de caducidad en el supuesto de fraude, en contraste con la especificación de su párrafo segundo respecto de otras acciones rescisorias, por lo que se debe tener en cuenta el principio de Derecho *inclusionis unius, exclusionis alterius* y, por ello, no puede ser otro que el que más favorece a la víctima del ilícito civil, y, por ello, ha de aplicarse por analogía lo dispuesto en el artículo 1.969 del mismo texto legal dada la natural y estructural semejanza de ambas instituciones [caducidad y prescripción], es decir, aquel día inicial en que hecho acreditado o por disposición legal vinculante, pueda tener cabal y entero conocimiento dicha víctima burlada del acto subrepticio y torticero que le produce un daño patrimonial; y es el caso de que la escritura pública, por mucha publicidad del negocio que constata (art. 1.218 CC) para terceros, no puede racionalmente proyectarla sobre ese cabal y entero conocimiento del mismo que únicamente encuentra su verdadero acomodo y vinculación [para, como en el caso, el tráfico inmobiliario] por la inscripción registral (arts. 2.1.º y 32 LH), de suerte que esas donaciones textual e incuestionablemente no podían perjudicar al tercero que es el acreedor [que previamente no pudo diligentemente conocerlas por un medio distinto], sino desde la fecha de la inscripción, de donde se sigue que ni la doctrina científica ni el Derecho comparado pueden servir de contradicción a fundamento de tanta solidez, como tampoco es de aplicación el art. 37.4.º, cuarto párrafo [37.III], de dicha LH con el sentido finalista que se pretende, en razón de que su técnico sentido hipotecario se refiere (véase su primer párrafo) no al que se esgrime en el motivo, sino

al tercero de esa calificación (hipotecario) que es el subadquirente del donatario que inscribe su título oneroso otorgado a su favor por dicho donatario, lo que, naturalmente, no cuadra en la persona del acreedor ya que el donatario no puede estar, por su propia condición de tal, protegido por la fe pública registral [además, los donatarios del caso no son terceros respecto de las donaciones impugnadas: no son subadquirentes, sino adquirentes inmediatos del deudor enajenante]. Por ello, pues, civil, hipotecaria, teleológicamente y por sentido de justicia que evite la indefensión del ciudadano español que sea acreedor (art. 24 Constitución), ha de ser la fecha que legalmente publique el acto fraudulento y vincula a la víctima, cual es el [la] de la inscripción registral, salvo que en otro caso se acredite —que aquí no acontece— que dicha víctima acreedora lo conoció anteriormente cabal y enteramente. Y ello sin contar que el artículo 322 de la Compilación catalana nada dice al respecto, ni en la versión original, ni en la redacción por Ley de 20 marzo 1984, ya que se refieren a la rescisión por lesión, no por fraude de acreedores, y el artículo 340 de la misma Compilación silencia, como el Código Civil, la forma de computar el plazo de caducidad en punto al *dies a quo*, debiendo advertirse la especialísima diferencia entre las dos acciones en lo atinente al plazo inicial, puesto que en el supuesto de rescisión por lesión el lesionado es parte del contrato lesivo, en tanto que en el de fraude de acreedores no sólo no es parte contratante, sino víctima de un contrato entre terceros animados de la intención de que no se conozca por el acreedor la existencia del negocio ilícito civil. De todo lo cual se infiere no sólo el perecimiento de este motivo, sino de los motivos tercero, cuarto y quinto que con la misma cobertura casacional señalan la infracción de los artículos 1.969 y 3.1 del Código Civil y jurisprudencia al respecto; del artículo 1.218.1 del Código Civil, y del artículo 9 de la Constitución respectivamente, ya que los alegatos de esos motivos concurren con el segundo en una misma tesis finalista que ha quedado racionalmente contradicha en la exposición que anteriormente se ha hecho, sin tener más que añadir que, precisamente, la seguridad jurídica invocada por los recurrentes exige una lealtad negocial y el operar con la buena fe que impone el artículo 7.1 del Código Civil en el ejercicio de los derechos y, obviamente, en el cumplimiento de los deberes, como es el de pagar las deudas contraídas [esto último, a más de ser una verdad como un castillo, está muy bien traído: la seguridad jurídica empieza por una adecuada protección jurídica del crédito; y no conviene olvidar que, en el caso, el acreedor-

actor tiene enfrente no a un tercero subadquirente, sino a los adquirentes inmediatos de su deudor, que, por demás, lo eran a título gratuito]».

e) DEFENSA DE LA TESIS AQUÍ SOSTENIDA

Para fundamentar normativamente, más por extenso, en nuestro Derecho el criterio que ya he adelantado como preferible, a efectos de fijar el momento inicial para el cómputo del plazo de la revocatoria, empezaré por desechar los argumentos de la opinión doctrinal común [vid. *retro, infra* III,a)], que se revelan como un obstáculo para el mismo [dejo para el final, en examen separado, el que ciertamente resulta de mayor entidad: el artículo 37.III LH].

— No me parece argumento de valor alguno decir que la consideración como *dies a quo* para el plazo, de aquel de la realización del acto perjudicial del deudor que se trata de impugnar, está más en consonancia con la naturaleza (de caducidad) del plazo en cuestión. Pues aparte la discutibilidad intrínseca de tal premisa (se podrían, para desmentirla, recordar los arts. 136; 137.I y II; 652; 1.067; 1.299.II; 1.301.III, en lo referente a la intimidación y a la violencia, y también su párrafo final, en lo referente a los actos realizados por un cónyuge cuando era necesario y se omitió el consentimiento de su consorte; 1.483.III; 1.524; 1.638 CC), carece de todo valor frente a la demostración de que la Ley —y en particular, a falta de norma específica, el art. 1.969 CC— imponga en este caso una solución diversa (posibilidad que se ve, por cierto, para otros casos, en las normas particulares citadas, en buena parte de los cuales el sujeto titular de la acción se encuentra, en cuanto a su ejercicio, como extraño al acto del que nace ésta, en la misma situación que el acreedor perjudicado respecto del ejercicio de la revocatoria).

— Tampoco me parece, en modo alguno, concluyente en favor de la opinión doctrinal común la invocación de las exigencias de objetividad-certeza del criterio que determine el tiempo del inicio del plazo, por un lado, y de seguridad-estabilidad de las situaciones jurídicas (por la vía de imponer la más rápida extinción de las acciones dirigidas a modificarlas), por otro.

A lo primero cabe responder que la fijación del instante en que el acto perjudicial se realizó puede ofrecer, según los casos, exactamente la misma facilidad o dificultad que la del momento en que el acreedor lo conoció efectivamente o debió diligentemente conocerlo (la fijación de la fecha del acto perjudicial es muy fácil si tal acto se documentó en escritura pública, pero ésta puede no existir; también la fijación del momento en que el acto

perjudicial debió conocerse por el acreedor es fácil cuando hay inscripción de él en un Registro dotado de publicidad legal o, de cualquier modo, dicho acto, por las circunstancias que lo acompañaron, es notorio o debió serlo al acreedor perjudicado).

A lo segundo se debe precisar que la protección de la estabilidad/seguridad jurídica no puede llevarse hasta el extremo de considerar extinguida una acción o iniciado el decurso de su plazo de caducidad (en contravención del principio general del art. 1.969 CC y de elementales exigencias de justicia con eco constitucional: art. 24 Const.), antes de que el sujeto perjudicado, para cuya defensa se concede, haya podido (efectivamente) ejercitarla. La (deseable) protección de la estabilidad/seguridad jurídica es sólo un aspecto de la cuestión, que debe compaginarse con una adecuada tutela de los intereses para cuya defensa se conceden las acciones de vida temporalmente limitada (46).

— Que el momento en que se consuma el acto perjudicial sea aquel en que se causa el perjuicio al acreedor y en que legalmente nace la acción dirigida a repararlo, tampoco me parece argumento definitivo. Porque mientras ese acto (y el consiguiente perjuicio que causa) no sea conocido por el acreedor, ni haya podido diligentemente serlo —mientras, en suma, se le oculte—, el acreedor perjudicado no puede reaccionar contra él, no puede ejercitar su acción. Y el artículo 1.969 del Código Civil impide, precisamente, que el plazo de caducidad o prescripción de una acción pueda comenzar a correr antes de que ésta pueda ejercitarse. Lo que, insisto una vez más, es también una exigencia de justicia con entronque constitucional (art. 24 Const.).

Al hilo de estas mismas consideraciones, hay que rechazar, para el Derecho civil catalán, la aplicación analógica a la revocatoria de la norma (art. 322 Comp. cat.) que para la acción de rescisión por lesión computa el plazo cuatrienal de caducidad desde la fecha del contrato rescindible (47). Y hay que rechazarla porque, a pesar de tratarse también de una acción rescisoria, *no* hay semejanza de situaciones en uno y otro caso: el sujeto perjudicado es parte del contrato rescindible por lesión y está, por tanto, en las mejores condiciones de reaccionar contra éste (porque lo está para conocer el perjuicio que le causa); en cambio, en el supuesto de la revocatoria, el acreedor perjudicado es un extraño al acto que le perjudica, cuyas partes, por ese mismo carácter perjudicial para el acreedor, tenderán, además, a ocultárselo para impedirle o dificultarle que lo impugne. Las exigencias en orden al *dies a quo* del plazo para el ejercicio de la acción —que

(46) Comp el propio MORENO QUESADA, *Comentarios Albaladejo...*, cit., sub art. 1.299, pág. 219.

(47) Favorable a esa aplicación analógica, MEZQUITA DEL CACHO, *op. cit.*, págs. 165-166

dependen esencialmente, según la norma general del art. 1.969 CC, de las posibilidades de ejercicio de la acción por el sujeto perjudicado— son, pues, radicalmente diversas en uno y otro caso. (Señala muy bien este dato, se recordará, la STS 16 febrero 1993, en su transcrito FD 3.º).

Por idéntica razón, en el ámbito, ahora, del Derecho común tampoco cabe invocar la analogía con el artículo 1.076 del Código Civil —que para la rescisión por lesión en la partición hereditaria computa el plazo de la acción rescisoria desde la fecha de la partición— para, sobre esa base analógica, sostener que en la revocatoria su plazo debe comenzar desde la fecha del acto perjudicial que se trata de impugnar. Pues tampoco aquí hay equivalencia de situaciones en orden a la posibilidad del ejercicio de la acción: mientras el coheredero perjudicado o es parte en el acto particional —del que nace su perjuicio— o, si no lo es, la partición le resulta notificada; en cambio, el acreedor es en todo caso extraño al acto perjudicial y está típicamente sujeto, por la propia finalidad que persiguen normalmente una o las dos partes de aquél, al riesgo específico de la ocultación de dicho acto (y de su consiguiente efecto perjudicial).

— Mucho menos me parece aceptable, como argumento favorable al criterio de la fecha del acto perjudicial, la asimilación de la impugnabilidad revocatoria a la anulabilidad contractual, con invocación, sobre esa base, del artículo 1.301 del Código Civil (48). Pues, como he recordado ya, este último precepto, para los vicios que determinan la anulabilidad del contrato, no adopta como criterio único el del momento de la celebración del acto impugnado, y, lo que es más importante, para el único caso en que existe verdadera semejanza con la situación del acreedor perjudicado en cuanto al ejercicio de la acción revocatoria —el del cónyuge cuyo consentimiento, siendo legalmente necesario, se omitió por su consorte, cónyuge preterido que *también* es extraño al acto que se trata de impugnar, acto que *también* se le tenderá a ocultar—, el artículo 1.301.VI, significativamente (en mi opinión, en obediencia al mismo criterio general del art. 1.969 CC: atendiendo a la posibilidad —efectiva— de ejercicio de la acción por el sujeto protegido por ésta), da entrada, de forma decisiva, al dato del *conocimiento* del acto que se trata de impugnar [conocimiento al que, desde luego, hay que equiparar, también aquí, la ignorancia culpable], como momento a partir del cual se cuenta el plazo de la acción impugnatoria.

— Tampoco me parece argumento definitivo ni en favor de la tesis común de la fecha del acto perjudicial, ni en contra de la que yo defiendo, la alegación de lo dispuesto en el artículo 1.218.I del Código Civil (49).

(48) Vid. DE CASTRO, cit *retro*, sub nota 26 y texto concordante.

(49) En cambio, se apoya reiteradamente en él, para una y otra cosa, con ese carácter de argumento definitivo, MEZQUITA DEL CACHO, *op cit*, págs. 159, 165, 171-173.

A lo que cabe oponer, en primer término, que, salvo en los casos excepcionales en que la Ley exige la escritura pública como forma constitutiva (señaladamente en las donaciones inmobiliarias), nada impone que las enajenaciones perjudiciales deban revestir tal formalidad (ausencia de escritura pública que, por supuesto, no impide que, aplicando el mismo criterio aquí defendido, el plazo del acreedor perjudicado para impugnarlas se siga contando desde el día en que conoció o en que debió diligentemente conocer la enajenación perjudicial que se trata de impugnar).

En segundo lugar, supuesto que la enajenación perjudicial revista la forma de la escritura pública, hay que distinguir, me parece, dos cuestiones: *a)* la demostración fehaciente, a través de la escritura pública (*ex art. 1.218.I CC*), de la fecha en que la enajenación perjudicial escriturada se realizó; y *b)* el conocimiento (o el haber debido diligentemente conocer, a él equiparado) por el acreedor perjudicado del acto de bitorio que le es perjudicial, por mucho que éste se halle escriturado.

Y, así, resulta claro que si, pasados cuatro años desde la fecha de la enajenación escriturada perjudicial realizada por el deudor, el sujeto adquirente o subadquirente exhibe la escritura pública en que aquélla se documentó, logrará fijar fehacientemente (*ex art. 1.218.I CC*) la fecha de tal enajenación; pero ello no impedirá que si, mientras tanto, la indicada enajenación se ha ocultado —ni el acreedor perjudicado la ha conocido, ni la ha podido diligentemente conocer—, el momento decisivo para el acreedor perjudicado no es el de la fecha (fehaciente) de la enajenación perjudicial, sino el posterior de la fecha en que la conoce o debió diligentemente conocerla. Lo que, obviamente, no significa negar que la fecha de la enajenación fuese la fehacientemente demostrada, sino, simplemente, decir que, entonces, por la ocultación, la fecha que determina el inicio del plazo de caducidad de la acción del acreedor perjudicado no es la (indubitada) de la enajenación, sino la del momento ulterior en que la conoció o debió diligentemente conocerla. La segunda y no la primera, porque sólo cuando hay conocimiento o posibilidad diligente de conocer puede el acreedor perjudicado ejercitar su acción (*art. 1.969 CC*); no puede mientras haya ocultación de la enajenación perjudicial [por mucho que se pueda demostrar, después de haberla ocultado, fehacientemente su fecha como (muy) anterior a ese instante sucesivo en que se conoció o pudo diligentemente conocer].

Que escritura pública y ocultación de la enajenación perjudicial escriturada sean compatibles, deriva de un hecho innegable (subrayado tanto por la SAP Barcelona 6 abril 1990 —cit. en nota 44— como por la STS 16 febrero 1993): la incorporación de la enajenación perjudicial a un protocolo notarial no es, por sí misma, suficiente para dotarla de publicidad: para que el acreedor perjudicado la conozca o pueda diligentemente conocerla, dadas

las extraordinarias dificultades prácticas que plantea el acceso a la información contenida en los protocolos notariales [¿es exigible de un acreedor que deba rastrear los protocolos de todas las Notarías de España en busca de posibles enajenaciones escrituradas de su deudor (que ha podido elegir libremente cualquiera de los Notarios existentes en el país)?; ¿es exigible de ese mismo acreedor una discusión —imaginamos que, además de extenuante, de resultados muy dispares— con cada uno de los Notarios españoles sobre los límites del secreto protocolar (art. 274 Reg. Not.) y sobre si éste cede frente a su interés indagatorio de un mero posible perjuicio?] (50).

— Para concluir, por ahora, insistiré (51) [vid. *retro*, *infra* III).d.2)] en que el criterio de la última jurisprudencia civil no conduce a adoptar una solución distinta sobre el inicio del cómputo del plazo de la acción revocatoria, según que se trate de bienes registrables (dotados de un sistema registral con efecto de publicidad legal) o no registrables, sino que, en aplicación de un mismo criterio para todos los casos —el plazo empieza a correr cuando el acreedor conoce o debió/pudo diligentemente conocer la enajenación perjudicial del deudor que se trata de impugnar—, se limita a sacar las debidas consecuencias que para los bienes registrables significa la existencia de un instrumento de publicidad (Registro) que legalmente no permite desconocer (porque posibilita diligentemente conocer) lo que en él se publica, aunque, de hecho (inexcusablemente), se ignore.

Se habrá observado que casi todos los argumentos empleados hasta ahora a favor del criterio que defiende se apoyan en una determinada interpretación del artículo 1.969 del Código Civil. Se recordará, sin embargo, que también se invoca esta norma, obviamente con una interpretación diversa, por la doctrina común que defiende el criterio de la fecha del acto perjudicial.

La clave del problema está, pues, en buena medida, en cómo interpretar esta norma general y capital —a la que se acaban reconduciendo casi todos los demás argumentos— y en cómo hacerlo, precisamente, en el ámbito de la revocatoria. ¿Resulta inadmisibles la interpretación de la misma de que reiteradamente he partido en todo lo anteriormente escrito?

(50) El propio MEZQUITA DEL CACHO se revela consciente de las dificultades que, en orden al acceso informativo, plantean actualmente los protocolos notariales (vid. *op. cit.*, espec. pág. 173), y precisamente por ello (en un *Apéndice autocrítico*, *ibid.*, págs. 175 y sigs.) propone una reforma perfectiva para facilitar dicho acceso.

(51) Frente a la crítica de MEZQUITA DEL CACHO. *op. cit.*, pág. 174.

f) EN PARTICULAR, LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1.969 DEL CÓDIGO CIVIL
Y SU SENTIDO EN EL ÁMBITO DE LA ACCIÓN REVOCATORIA

Naturalmente, plantearse la cuestión de a qué resultado conduce, en el terreno de la revocatoria, la norma general del artículo 1.969 del Código Civil presupone que dicha norma general sea aplicable también en ese terreno.

Aplicabilidad en la que doctrina dominante (52) y yo estamos conformes, que viene determinada: por el propio carácter general del artículo 1.969 del Código Civil —norma ésta a aplicar, según su mismo tenor literal, siempre que la Ley no señale específicamente un tiempo inicial de cómputo diverso al por la primera genéricamente establecido—; por la falta de toda previsión específica en el artículo 1.299 del Código Civil acerca del *dies a quo* del plazo aplicable a la acción revocatoria; y por la analogía, en cuanto a la cuestión del término inicial para el cómputo del plazo, que existe entre prescripción (a la que, en principio, el art. 1.969 se refiere) y caducidad [que es, según opinión pacífica de doctrina (53) y jurisprudencia —para ésta, vid., p.ej., sentencias cits. AP Barcelona 6 abril 1990 (FD 8.º, en la parte transcrita en nota 44), TSJ Cataluña 30 enero 1992 (FD 3.º) (54), TS 16 febrero 1993 [FD 3.º, transcrito *retro*, sub III), d.2.2)—, la naturaleza del plazo aplicable a la acción revocatoria].

En lo que la doctrina dominante y yo no coincidimos, recuerdo, es en el *resultado* a que conduce la aplicación del artículo 1.969 del Código Civil en el ámbito de la revocatoria.

También la jurisprudencia civil, tanto la más antigua —SS 8 mayo 1903 (Cdos. 1.º, 2.º y 3.º, transcritos *retro*, sub nota 37) y 26 junio 1946 [Cdo. 2.º, en la parte transcrita *retro*, infra III), c.2)]— como la última que la innova —AP Barcelona 6 abril 1990 (implícitamente, FD 8.º en la parte transcrita *retro*, sub nota 44); TSJ Cataluña 30 enero 1992 [FD 3.º, en la parte transcrita *retro*, infra III), d.2.1)]; TS 16 febrero 1993 [FD 3.º, transcrito *retro*, sub III), d.2.2)]—, ha partido siempre de la aplicabilidad al caso del artículo 1.969 del Código Civil, pero también la jurisprudencia civil ha llegado, en uno y otro momento temporal, a resultados dispares en la aplicación a la revocatoria de ese mismo precepto general.

¿Cómo se explica, entonces, que en la aplicación de la misma norma (art. 1.969 CC) tanto doctrina como jurisprudencia lleguen dentro del ámbito de la revocatoria a resultados divergentes?

(52) Vid. *retro*, sub notas 27 y 28, con su texto concordante

(53) Vid. *retro*, sub III.a)

(54) «Aun no siendo aquí de excesiva trascendencia, se está ante un término de caducidad, y no ante un plazo de prescripción (SSTS de 4 y 5 de julio 1957)».

La explicación resulta fácil si se tiene en cuenta la forma en que es comúnmente interpretado, en doctrina y jurisprudencia (55), el artículo 1.969 del Código Civil.

Con arreglo a esa interpretación corriente, la posibilidad de ejercicio de una acción, que el artículo 1.969 del Código Civil erige en criterio general para determinar el momento del inicio de su plazo prescriptivo o de caducidad, ha de entenderse, *como regla*, en abstracto u objetivamente: como equivalente a *posibilidad legal* de ejercicio. Esto es, con independencia de las circunstancias concretas en que se encuentre el titular de la acción y que puedan, subjetivamente a él, impedirle su ejercicio. La apreciación de la posibilidad del ejercicio de la acción, según esa regla, remite, por tanto, al instante del nacimiento de la acción —criterio de la *actio nata*, que, a su vez, remite, para cada derecho, al momento en que se produce una lesión y, con ella, el otorgamiento por la Ley del remedio jurídico para repararla—, pues, en principio, ya desde tal momento de su nacimiento la acción puede (en abstracto, objetiva, legalmente) ser ejercitada por su titular.

En cambio, siempre conforme a la interpretación doctrinal y jurisprudencial corriente, las circunstancias concretas del titular de la acción —y, en particular, el desconocer o no haber podido diligentemente conocer su nacimiento: la ignorancia de su titularidad— sólo son tenidas en cuenta (*ex art. 1.969 CC*) a efectos de determinar el tiempo en que la acción pudo ser ejercitada (y, con él, el momento inicial de su plazo prescriptivo o de

(55) Vid., sobre este particular, ALBALADEJO, *Derecho civil*, I, vol. 2.º, Barcelona, 1985 (9.ª ed.), págs. 509 y sigs.; ID., *Comentarios Albaladejo...*, cit., sub art. 1.969, págs. 570 y sigs., espec. págs. 573 y sigs.; RIVERO, en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho civil*, I, 3, Barcelona, 1984, págs. 359 y sigs., espec. págs. 361 y sigs. [en estos tres lugares primeramente citados pueden encontrarse amplias referencias jurisprudenciales]; Díez-PICAZO, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, II, cit., sub art. 1.969, pág. 2167.

La situación aplicativa del artículo 1.969 del Código Civil sería mucho más favorable al planteamiento «subjetivista», tal y como describen aquélla Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, I, Madrid, 1993 (8.ª ed., reimp.), pág. 454: «¿la posibilidad de ejercicio de la acción ha de estimarse de una forma subjetiva u objetiva? En otros términos, ¿basta que exista la lesión o insatisfacción que hemos comentado en líneas anteriores para que el plazo de prescripción comience o es necesario que el titular la conozca? El artículo 1.968.2.º acoge un criterio subjetivo (*desde que lo supo el agraviado*), pero del mismo tanto se puede generalizar la solución ante el silencio del Código Civil para los demás supuestos, como estimar que, precisamente por regular el legislador un caso específico para la acción de responsabilidad civil extracontractual, quiere decir que aquéllos no se rigen por él. La jurisprudencia ha adoptado un prudente criterio subjetivo *por regla general*. Declara que “un derecho no está en condiciones de ser reclamado en tanto no se conozca [o se deba haber conocido, añadiría yo] su existencia, contenido, alcance y efectos (ss 10 octubre 1977 y las que cita)”. Pero no falta otra línea [que, a mi juicio, por lo dicho, es complementaria de la anterior] que estima que desde el momento en que pudo [o debió: poder diligentemente] conocerse la lesión del mismo, empieza la prescripción (ss 11 noviembre 1968 y las que cita)».

caducidad), cuando así resulte específicamente de la Ley, como sería el caso, siempre citado, del artículo 1.968.2.º del Código Civil.

Esta doctrina corriente se expresa frecuentemente así: la posibilidad de ejercicio, a los efectos del artículo 1.969 del Código Civil, es, como regla, objetiva y excepcionalmente subjetiva. O dicho negativamente: la imposibilidad de ejercicio de la acción que impide (*ex art. 1.969 CC*) que empiece a correr su plazo prescriptivo/de caducidad ha de ser, como regla, objetiva y sólo excepcionalmente es subjetiva.

A la vista de lo cual resulta perfectamente explicable cómo sea posible que en la aplicación del mismo artículo 1.969 del Código Civil al ámbito de la revocatoria, la doctrina común y yo, por un lado, y la jurisprudencia civil más antigua y la más reciente, por otro, hayamos llegado a distintos resultados. Los primeros parten de su significado como regla —«objetivo»—; los segundos entendemos que en este ámbito procede, por haber buenas razones para ello, su entendimiento «excepcional» —«subjetivo»— [mantengo, provisionalmente, la terminología objetivo/subjetivo regla/excepción, sin perjuicio de que, por lo que diré después, no sea exacta].

Y, en efecto, sobre el presupuesto de la recién expuesta interpretación usual del artículo 1.969 del Código Civil, la opinión doctrinal común (56) acerca del *dies a quo* para el cómputo del plazo de la acción pauliana se ha formado así: el instante mismo de la consumación del acto perjudicial del deudor que se trata de impugnar es aquel momento en que se produce su efecto (perjudicial) para el acreedor-actor; por tanto, también en ese momento legalmente nace la acción, en favor del acreedor perjudicado, para reparar el perjuicio así causado; y, consiguientemente, ése es, asimismo, el tiempo en que pudiéndose —en abstracto, objetiva, legalmente (conforme al significado normal o como regla del art. 1.969 CC)— ejercitar la acción así nacida, debe consecuentemente comenzar a correr (*ex art. 1.969 CC*) su plazo de caducidad, con independencia del conocimiento efectivo e, incluso, la posibilidad de diligentemente conocer el acto perjudicial (y su consiguiente efecto) que tenga el acreedor perjudicado y titular de la acción.

¿Qué razones hay, entonces, para apartarse en el terreno de la revocatoria del significado objetivo/abstracto de la posibilidad de ejercicio de la acción (*ex art. 1.969 CC*), el mismo que como regla debe entenderse procedente (e, indudablemente, responde mejor a las exigencias de la seguridad jurídica)? O, dicho de otro modo, ¿qué razones apoyan que la acción revo-

(56) Vid. *retro* en el texto que concuerda con las notas 27 y 28 También MEZQUITA DEL CACHO, *op. cit.*, pág. 172.

Este es, como se recordará, asimismo, el criterio de la jurisprudencia del TS más antigua específica en la materia: Sentencia 8 mayo 1903 [Cdos. 2.º y 3.º, transcritos en nota 37] y Sentencia 26 junio 1946 [Cdo. 2.º, en la parte transcrita *retro, infra* III) c.2)].

catoria sea uno de los casos en que la ley impone una significación «subjetiva» de esa misma posibilidad de ejercicio (*ex art. 1.969 CC*)?

En mi opinión, esas razones existen —también lo cree, según se ha visto, la jurisprudencia civil más reciente— y si, como entiendo, son claras y tienen suficiente respaldo legal, ello conduce al resultado del rechazo del criterio doctrinal común de la fecha del acto perjudicial, no sólo por contrario a la justicia material —al comenzar a correr el plazo de caducidad de la revocatoria antes de que el acreedor perjudicado conozca o haya podido diligentemente conocer el acto perjudicial del deudor que se trata de impugnar, ello se produce antes de que aquél pueda *efectivamente* ejercitar la acción—, sino por contrario al artículo 1.969 del Código Civil (pues la interpretación «objetiva» que de él se hace no es la que procede en el ámbito de la revocatoria).

El criterio que aquí se defiende (que el plazo de caducidad de la acción revocatoria sólo puede empezar a correr desde el instante en que el acreedor-actor conoció o pudo diligentemente conocer el acto perjudicial de su deudor de cuya impugnación se trata) encontrará respaldo legislativo en el artículo 1.969 del Código Civil, en la medida en que se logre demostrar que la imposibilidad de ejercicio de la acción revocatoria en que se encuentra el acreedor perjudicado que ni conoce ni ha podido diligentemente conocer el acto perjudicial de cuya impugnación se trata, tiene, conforme a tal precepto, eficacia impeditiva del comienzo del plazo de caducidad de dicha acción.

Como digo, esa demostración me parece factible darla y hacerlo con el adecuado soporte normativo. Dos son, me parece, los caminos idóneos para conseguirlo, aunque, como se verá, a la postre resultan convergentes.

A) El primer camino viene dado por la contemplación de los casos en que la ley o la jurisprudencia del TS han acogido un criterio «subjetivo» de la posibilidad del ejercicio de la acción por su sujeto titular, en orden a determinar el momento en que dicho ejercicio es posible y, con él, el tiempo inicial del cómputo del plazo prescriptivo o de caducidad de la acción de que se trate.

Tomemos, en primer lugar, el caso, por todos reconocido, del artículo 1.968.2.º del Código Civil, referido a la acción de responsabilidad civil extracontractual. Se trata, es cierto, de una acción de naturaleza muy diversa a la de la revocatoria (con todo, no debe olvidarse que la acción revocatoria puede acabar traducándose en un efecto meramente indemnizatorio: arts. 1.295.III y 1.298 CC). Pero podemos prescindir de ese dato al estudiar la *ratio* de este precepto: la razón que ha llevado al legislador a contar el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual desde el momento en que la víctima del daño conoce éste [o, completo yo, lo ignora culpablemente]. Y parece evidente que con semejante criterio de

cómputo se trata de evitar la indefensión del agraviado: particularmente si se le oculta el daño o su autoría. Punto en el cual la analogía finalista o de *ratio* resulta evidente con la revocatoria: también aquí debe de impedirse la indefensión del acreedor perjudicado, extraño al acto perjudicial que se trata de impugnar, cuando este acto, como será lo normal, se le oculte.

Consideraciones análogas pueden repetirse respecto del artículo 652 del Código Civil (que equipara, repárese, posibilidad de ejercicio de la acción y conocimiento del hecho que permite ejercitarla por el sujeto actor). Porque, en algún caso, el hecho determinante de la ingratitud se puede pretender ocultar al donante, es por lo que la acción de revocación de éste por tal causa no comienza a caducar sino desde que conoce ese hecho [o pudo diligentemente conocerlo]. La *ratio* última, vedadora de la indefensión del sujeto titular de la acción, sigue siendo transplantable a la posición del acreedor en la revocatoria por las mismas razones antes dichas.

Y lo mismo dígase de los artículos 1.483.III y 136 del Código Civil. En este último, sin embargo, debe notarse que la ley, en beneficio del marido impugnante (de la veracidad biológica de la paternidad, en suma) ha enervado excepcionalmente el efecto de publicidad legal (oponibilidad) del Registro civil, anteponiendo al momento de la inscripción del nacimiento el del conocimiento efectivo de éste, cuando dicho nacimiento se ha ocultado.

Las normas que me parecen, sin embargo, más concluyentes son aquellas del Código Civil en que no sólo resulta transplantable al caso de la revocatoria la repetida *ratio* última de evitar la indefensión del sujeto actor, sino en que, además, existe analogía en cuanto a la situación de ese sujeto respecto del acto que, o bien se trata de impugnar, o bien origina su derecho (de adquisición preferente). Se trata, siempre, de casos en que el sujeto actor es extraño al acto que determina su derecho (a la impugnación, a la adquisición preferente), y precisamente por ello existe típicamente el riesgo específico de que tal acto se le oculte por sus partes para impedirle o dificultarle el ejercicio de su derecho/acción. Ante tal situación y su anexo riesgo, el Código Civil —en los arts. 1.301.VI (57), 1.067, 1.524, 1.638.II (58)— ofrece siempre la misma solución: no contar el plazo de caducidad de la acción mientras se le oculte al sujeto titular el acto que da

(57) Vid. *retro* en el texto que sigue a la nota 48.

El límite objetivo que el artículo 1.301-VI del Código Civil pone a la situación de ignorancia (excusable) del cónyuge preterido para, a pesar de ella, comenzar a contar el plazo de caducidad de la acción impugnatoria —disolución del matrimonio o del régimen económico comunitario— resulta perfectamente congruente con los presupuestos y finalidad de la acción impugnatoria (más que eso, es un resultado obligado de éstos).

(58) Se recordará que, sin embargo, la STS 8 mayo 1903 (Cdo. 3.º) negaba, a mi modo de ver sin razón, que de esta norma pudiese argumentarse analógicamente para la revocatoria.

nacimiento a su derecho y, por tanto, empezar a contarlos desde que lo conoció o pudo/debió diligentemente conocerlo. Debe subrayarse la obligada y correcta conclusión que, en aplicación de ese principio, sacan, para el ámbito inmobiliario, los dos últimos preceptos indicados de la existencia en él de un instrumento de publicidad (Registro de la Propiedad) dotado del efecto de plena oponibilidad legal: una vez inscrito el acto del que nace la acción en el Registro, el sujeto titular de la misma no puede (legalmente) ignorarlo, y, por eso, comienza para él a correr el plazo de caducidad de su acción (porque ya puede *efectivamente* ejercitarla: ya puede diligentemente conocer el acto que da pie a su acción), aunque, de hecho, ignore (inexcusablemente) el acto que la motiva.

No veo ninguna razón para dejar de aplicar este mismo régimen a la acción revocatoria y, en cambio, me parecen evidentes las razones para hacerlo (con idéntica incidencia, para los bienes registrables, del acceso al Registro de los actos perjudiciales que los tengan por objeto).

Finalmente, en el terreno puramente jurisprudencial, hay que recordar que la jurisprudencia del TS, en el ámbito de la antigua LAU, y pese al silencio de ésta sobre tal cuestión, ha venido reiteradamente afirmando (59) que el plazo de la acción resolutoria del arrendador por obras in consentidas de su inquilino, o por subarriendo, traspaso o cesión no autorizados, no comienza a correr sino desde el momento en que el arrendador-actor conoció o pudo diligentemente conocer el hecho del que deriva su acción. En otras palabras, que dicho plazo no empieza a correr mientras este hecho se le oculte y el arrendador-actor no tenga otro medio para poder diligentemente conocerlo.

El sentido de esta jurisprudencia en materia arrendaticia resulta, por ejemplo, claramente ilustrado por la Sentencia TS 19 mayo 1965 (60) (Cdo. 1.º, que transcribo en lo que aquí interesa):

«... fijación de cuándo comienza a contar el plazo prescriptivo, para lo cual se ha de acudir al artículo 1.969 del Código Civil, cuyo texto “desde el día en que pudieron ejercitarse” ha dado lugar a reiterada y uniforme doctrina jurisprudencial, por la que se establece que el tiempo prescriptivo corre desde el instante que haya posibilidad de hacer valer el derecho, esto es, desde el momento

(59) Vid. sobre esta jurisprudencia, con abundantes citas de ella, ALBALADEJO, *Derecho civil*, I, 2, cit., págs. 511-512; Id., *Comentarios Albaladejo...*, cit., sub art. 1.969, págs. 576 y sigs.; RIVERO, en *Elementos...*, I, 3, cit, pág. 362, nota 1.

(60) R.A., 2601.

La doctrina de esta misma sentencia la transcribe también, como se recordará, la sentencia citada TSJ Cataluña 30 enero 1992 Véasela, asimismo, en ALBALADEJO, *Derecho civil*, I, 2, cit., pág. 512, y *Comentarios Albaladejo...*, cit., sub art. 1.969, págs 577-578.

que el hecho que lo engendra conste de forma notoria, que es cuando en un sentido lógico y jurídico puede ejercitarse, porque sería absurdo e injusto computar el plazo cuando el hecho permanece oculto o clandestino y, por consecuencia, sin [en el Repertorio Aranzadi hay una errata, dice "su"] posibilidad de enervarlo o contrarrestarlo en forma eficiente».

Por las razones reiteradamente expuestas, me parece innegable la procedencia de extender esta misma doctrina jurisprudencial (esta misma forma de entender el art. 1.969 CC) al caso de la acción revocatoria.

B) El segundo de los caminos anunciados para el respaldo normativo del criterio por mí defendido, en cuanto al cómputo del plazo de la revocatoria, está en el propio artículo 1.969 del Código Civil, interpretado a la luz de esa jurisprudencia del TS en materia arrendaticia a la que se acaba de aludir.

ALBALADEJO (61) revela, certeramente, que no es tanto que la jurisprudencia del TS recaída en materia arrendaticia urbana, y esto también vale para los demás casos en que proceda la aplicación del mismo criterio, dé cabida, de forma excepcional, a una interpretación «subjetivista» del artículo 1.969 del Código Civil, sino que, más bien, sucede, siempre según ese mismo autor, que dentro de la imposibilidad objetiva del artículo 1.969 del Código Civil hay que entender comprendida, conforme a esta jurisprudencia del TS, con carácter general [el mismo que resulta de la propia norma del art. 1.969 CC, preciso yo], todos los casos en que el hecho constitutivo de la acción se oculta a su sujeto titular, sin que éste pueda, en esa situación de clandestinidad/ocultación, diligentemente conocerlo.

Dicho de otro modo, la posibilidad de ejercicio de la acción que resulta de la *publicidad/notoriedad* de su hecho constitutivo tiene *también* carácter *objetivo* —porque permite considerar como *posible* el ejercicio de la acción desde el instante en que su titular debió diligentemente conocer el hecho que la motiva, aunque, *de facto*, *subjetivamente* (de forma inexcusable) lo ignore: desde que *legalmente* le es oponible y, por tanto (*ex art. 1.969 CC*), permite también empezar a contar desde este momento el plazo de la acción—; como también tiene ese mismo carácter objetivo, *a sensu contrario*, la *imposibilidad* de ejercicio de la acción que deriva de la *clandestinidad/ocultación* de su hecho constitutivo (*nadie* puede ejercitar la acción de que sea titular si el hecho que la motiva le resulta desconocido, ni es diligentemente cognoscible con la diligencia exigible de cualquiera en el tráfico: si no le es legalmente oponible) y, por ello (*ex art. 1.969 CC*), el

(61) Vid. *Derecho civil*, I, 2, cit., págs 511-512, y *Comentarios Albaladejo*., cit., sub art 1.969, págs 577-578.

plazo de la acción no debe empezar a contar mientras esa situación de clandestinidad/ocultación se mantenga (62).

A lo que sólo resta por precisar que el criterio subjetivo puro (el conocimiento efectivo que un determinado titular tenga del hecho constitutivo de su acción) actúa como límite añadido al criterio objetivo (una acción sólo es ejercitable desde que su hecho constitutivo resulta diligentemente cognoscible/legalmente oponible): un sujeto que conoce efectivamente el hecho generador de su acción —el problema puede ser, ciertamente, demostrarlo— puede, indiscutiblemente, ejercitarla cualesquiera que sean los medios de publicidad que hayan acompañado la realización de aquel hecho, y, por tanto, ya desde ese momento del conocimiento efectivo debe empezar a correr el plazo de su acción, aunque el hecho generador de la misma no pueda ser diligentemente conocido por cualquier otra persona. Resultado que imponen tanto las exigencias de la buena fe (art. 7.1 CC) como de justicia material (¿por qué razón debería premiarse con un cómputo atrasado del plazo a quien puede ya efectivamente ejercitar su acción?; ¿y por qué, al hacerlo, perjudicar a los potenciales demandados en su interés a la consolidación de su situación en el tiempo —contado desde donde debe hacerse— marcado por la ley?).

Por tanto, concluyendo, tanto la posibilidad de ejercicio de la acción que resulta de la publicidad/notoriedad/cognoscibilidad, como, negativamente, la imposibilidad que deriva de la ocultación/clandestinidad/incognoscibilidad están, sin más, comprendidas en el texto de la norma general del artículo 1.969 del Código Civil. Sobre cuya base, por consiguiente, es obligado defender que el plazo de caducidad de la acción revocatoria no puede comenzar a contarse antes de que el acreedor perjudicado por el acto del deudor de cuya impugnación se trata, lo conozca o haya debido legal/diligentemente conocerlo; y que, en cambio, empieza a correr ya desde el

(62) Comp. ALBALADEJO, *Derecho civil*, I, 2, cit., pág. 512, y *Comentarios* ., cit., pág. 578, quien concluye: «Diría yo que nuestra Ley adopta el criterio objetivo, pero que éste para el TS consiste en que exista y *sea cognoscible* el hecho que genera la acción, con independencia de que el titular lo conozca o no»

En la jurisprudencia civil reciente en materia de revocatoria, mientras, como se recordará, la STSJ Cataluña 30 enero 1992 [FD 3.º, en la parte transcrita *retro, infra* III), d.2.1)] dice inclinarse por el criterio "subjetivista" que el TS sigue para la materia arrendaticia urbana, la Sentencia AP Barcelona 6 abril 1990 —en la parte transcrita en nota 44—, y a la vista de lo dicho, con mayor propiedad, asimila directamente la clandestinidad del acto que genera la acción a la imposibilidad objetiva de su ejercicio (*ex art. 1 969 CC*). Evidentemente, en cuanto al resultado final, no hay diferencia entre seguir uno u otro planteamiento: 1) el desconocimiento y la no cognoscibilidad del acto perjudicial es una imposibilidad subjetiva del ejercicio de la acción revocatoria, pero excepcionalmente relevante; o 2) es, sin más, una imposibilidad objetiva de ejercicio de la acción revocatoria, que está, pues, dentro de la hipótesis general del artículo 1 969 del Código Civil.

instante en que pudo/debió legal/diligentemente conocerlo, aunque de hecho lo ignorase —como, por ejemplo, desde que la enajenación perjudicial del deudor (63) tuvo acceso al Registro de la Propiedad—.

Las dos vías utilizadas [A) y B)] para el respaldo normativo del criterio defendido convergen, como se anticipó, y lo hacen del siguiente modo: considerando ahora, sin esfuerzo, a aquellas normas particulares previamente citadas y también a la solución jurisprudencial del TS para la acción resolutoria en el ámbito arrendaticio urbano, como aplicación del principio general del artículo 1.969 del Código Civil —en tanto que conocimiento/cognoscibilidad del hecho constitutivo equivale a posibilidad (objetiva) del ejercicio de la acción que genera, y desconocimiento/incognoscibilidad de tal hecho equivale a imposibilidad (objetiva) del ejercicio de la acción que de él deriva—; principio general y normas particulares que de él hacen aplicación, que, a su vez, están en sintonía con la directriz constitucional (cfr. STS 19 febrero 1993, FD 3.º, transcrito *retro*) que veda la indefensión del titular del interés amparado por la acción de cuya duración se trata (art. 24 Const.).

Finalmente, me interesa repetir aquí [vid. ya *retro*, sub II), e.1) y e.2)] que la solución que propugno en punto al cómputo del plazo de caducidad de la revocatoria no atenta contra la seguridad del tráfico. La protección jurídica de ésta deriva, ante todo, del hecho de que, conforme al régimen legal de la acción (arts. 1.295.II y III, 1.298 CC, art. 37.II.4.º LH) y a los principios generales del ordenamiento de protección de los terceros subadquirentes (art. 464 CC, art. 34 LH), tal acción no procede, aun dentro de su plazo de vigencia y se compute éste como se compute, ni contra los adquirentes inmediatos del deudor, ni contra los terceros subadquirentes, cuando unos y otros lo sean de buena fe y a título oneroso. Son sólo los adquirentes y subadquirentes de mala fe o a título gratuito los que sucumbirán frente a la acción revocatoria del acreedor mientras ésta se ejercite dentro de plazo. Y si es cierto, naturalmente, que la vida de la acción será mayor si computamos su plazo de ejercicio no desde la fecha del acto perjudicial del deudor que se trata de impugnar, sino desde aquélla en que se conoció o debió legal/diligentemente conocerse por el acreedor-actor,

(63) Debe subrayarse especialmente que, como hemos venido repitiendo, son el conocimiento/cognoscibilidad de esta primera enajenación —en la que el deudor del acreedor-perjudicado es parte— los que determinan el inicio del plazo de la revocatoria, también cuando ésta se dirige contra terceros subadquirentes, extraños, pues, a aquella primera enajenación. No se olvide que para poder dirigirse contra el tercero subadquirente hay que impugnar necesariamente, también, la enajenación del deudor (y todas las demás que medien hasta llegar a la adquisición de aquél).

Comp. expresamente así, pero refiriéndose al criterio de la fecha de la enajenación, y no de su conocimiento/cognoscibilidad, NICOLÒ, *op. cit.*, pág. 268, nota 2.

también lo es que en términos de justicia material (y, según se ha visto, *asimismo* de Derecho vigente) es preferible el interés del acreedor-actor a que el plazo de su acción no se compute sino desde la fecha en que efectivamente la pudo ejercitar (interés a no verse privado de su medio de defensa contra el fraude o de ver indebidamente restringidas las condiciones para su ejercicio), que el de los adquirentes o subadquirentes de *mala fe* o a *título gratuito* —los únicos contra los que cabe la acción revocatoria— a ver rápidamente consolidada, como inatacable, su adquisición [consolidación que, de todas formas, se producirá pasados los cuatro años del plazo, *pero* contados desde el momento en que es justo y legal hacerlo].

IV. ¿QUE HACER, ENTONCES, CON EL ARTICULO 37.III LH?

Naturalmente que todo lo anteriormente dicho no impide que el artículo 37.III LH siga diciendo lo que claramente dice. ¿Qué hacer, entonces (visto que la LH y el CC conducen a soluciones distintas en cuanto al momento inicial para el cómputo del plazo de la pauliana)?

Remitiéndome a lo que ya anticipé [*retro, infra* II),e.2)], dos son, según ello, las respuestas posibles:

1) Considerar que en el Derecho vigente existen dos soluciones diversas para el mismo problema que pueden, no obstante, coexistir por tener cada una de ellas un ámbito de aplicación distinto: *a)* la solución de la LH sólo aplicable a la acción revocatoria dirigida contra terceros subadquirentes inscritos (terceros hipotecarios de mala fe o adquirentes a título gratuito) —o sea, solución de ámbito exquisitamente hipotecario/registral: una genuina «especialidad hipotecaria»—; y *b)* la solución del Código Civil que regiría en todos los demás casos (acción revocatoria dirigida contra el adquirente inmediato del deudor o contra terceros subadquirentes no inscritos —y sus respectivos herederos— siempre, en uno y otro caso, que su adquisición sea de mala fe o a título gratuito.

Esta primera es la solución que parece apuntar la STS 16 febrero 1993 [FD 3.º, transcrito *retro, infra* III),d.2.2)], y es también la que acepta el autor reciente que, coincidiendo conmigo en que las soluciones del Código Civil y la Ley Hipotecaria son diversas, entiende que, sin embargo, el criterio del Código Civil remite al momento en que se acredita la insolvencia del deudor (64).

(64) Vid. RODRÍGUEZ MORATA, *op. cit.*, págs. 218-219.

A mí esta primera solución me parece mala, y no puedo pensar de otro modo después de haber antes demostrado, en otro lugar [*retro*, *sub* II), e.1) y e.2)], según creo, que la solución de la Ley Hipotecaria es equivocada y posible amparadora de injusticias: porque, con arreglo a la misma, resulta perfectamente posible, como dije allí, que por la vía de un acceso deliberadamente retrasado de la enajenación perjudicial del deudor al Registro, el acreedor perjudicado que antes de ese momento de la inscripción no haya podido diligentemente conocer aquella enajenación perjudicial, se vea privado de su acción de defensa contra ésta antes de haberla podido efectivamente ejercitar. Y porque, como también dije en ese mismo lugar, en una correcta valoración de intereses no se entiende que se sacrifique el del acreedor a cobrar lo suyo, frente al de un adquirente que, por hipótesis, es de mala fe o a título gratuito, a la más rápida convalidación de su adquisición. No se entiende, en suma, por qué el solo hecho de la inscripción registral coloca al tercero subadquirente de mala fe o a título gratuito en mejores condiciones, en cuanto al cómputo del plazo de la acción del acreedor perjudicado, que si no hubiera inscrito. La particularidad de la inscripción registral (*ex* art. 34 LH) está en la protección que *puede* ofrecer al tercero subadquirente *si* reúne determinados requisitos —la buena fe, el título oneroso—, en cuyo caso la acción del acreedor *no* le alcanza; pero no debe cambiar (no se ve por qué, y de hacerlo —prescindiendo, ominosamente, del momento en que se produce el efecto de oponibilidad legal de lo inscrito—, supone un injustificado perjuicio para el acreedor-actor que ni conozca ni haya podido diligentemente conocer el acto perjudicial de su deudor antes de que lo manifieste un asiento del Registro) las condiciones de la acción para el caso de que el tercero hipotecario *no* reúna esos requisitos (65).

2) Por ello, porque la solución de la Ley Hipotecaria me parece equivocada e injusta, no me conformo con circunscribirla al ámbito limitado (pero, con todo, significativo) de los terceros hipotecarios, y me inclino, decididamente, por la opinión de considerar al criterio que, según creo haber demostrado, se desprende del Código Civil como el único aplicable para todos los posibles demandados por la acción revocatoria. Lo que, como he repetido, conduce a que en el ámbito registral (demandas dirigidas contra terceros hipotecarios) el plazo de la revocatoria se cuente, para el acreedor

(65) A RODRÍGUEZ MORATA se le podría hacer la objeción adicional, después de haberse apoyado, para sostener el que, según él, es el criterio del Código Civil para el inicio del plazo de la acción revocatoria, en el carácter esencial del perjuicio para dicha acción [vid. *retro*, *sub* nota 41 y texto concordante], que cómo es posible que siendo el perjuicio requisito esencial de la acción revocatoria también cuando se dirige contra terceros hipotecarios, resulta que aquí el criterio de cómputo del plazo es diverso que en los demás casos.

que ni conoció ni pudo diligentemente conocer la enajenación perjudicial de su deudor por un medio distinto, desde la fecha del asiento registral que la revela (del de presentación que lo produce) y no desde aquella de dicha enajenación.

¿Cómo llegar a ese resultado defendido? Por la vía también precedentemente apuntada [*retro*, II), e.2)]: considerando que el artículo 37.III LH es norma inconstitucional en el solo aspecto del criterio por ella señalado en cuanto al cómputo del plazo de la revocatoria. Y lo es en tanto que permite, según he explicado y reiterado, que el acreedor-actor se vea privado de su acción o vea limitado temporalmente su ejercicio, antes de que la haya podido ejercitar, lo que, produciendo indefensión, choca frontalmente con la directriz constitucional derivada del artículo 24 de la Constitución.

Y tratándose, por el carácter previgente del artículo 37.III LH a la entrada en vigor de la Constitución, de una inconstitucionalidad sobrevenida, ello permite, según la doctrina del Tribunal Constitucional, al Juez ordinario cualquiera de estas dos posibilidades (66): *a*) considerar, cual *lex anterior*, al artículo 37.III LH como norma derogada parcialmente (en el solo aspecto referido) por la Constitución; o *b*) permitirle plantear, ante el TC, la pertinente cuestión de inconstitucionalidad sobre la conformidad

(66) Vid., por ejemplo, GARCIA DE ENTERRIA/FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, I. Madrid, 1983 (4ª ed.), págs. 123 y sigs.; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I. 1, Barcelona, 1988 (ed. rev. por DELGADO), pág. 158.

(67) También la sentencia citada TSJ Cataluña 30 enero 1992 [FD 3º, en la parte transcrita, *retro*, *infra* III).d.2 1)] se enfrentó, desde la perspectiva del Derecho civil catalán, con el problema que, para el acogimiento de la misma tesis que yo defiendo, significa el artículo 37.III LH.

Como se ha visto, desde mi planteamiento, éste es problema de fácil resolución: la falta de solución propia en el Derecho civil catalán en cuanto al momento inicial del cómputo del plazo de la revocatoria determina la aplicación supletoria del Derecho común, y en éste, descartada por inconstitucional, la solución del artículo 37.III LH, la única solución aplicable es la del Código Civil, que, en mi opinión, conduce al criterio que la sentencia TSJ citada y yo defendemos.

En cambio, la STSJ citada, de doctrina elogiable en tantos aspectos, al enfrentarse con el artículo 37.III LH, se pierde sin paliativos. Para eludir la aplicación de esta norma, como supletoria, en Cataluña, afirma (a los efectos del art. 1.II Comp. cat.) ser contraria a los principios de la tradición jurídica catalana en materia de donaciones. Y para sostener tal cosa desempolva la Constitución *Per tolre fraud* de 1503, que había introducido una forma de insinuación registral para las donaciones. Afirmación sorprendente, como señala, con razón, MEZQUITA DEL CACHO (*op. cit.*, págs. 166 y 172), a la vista del artículo 340.I de la Compilación catalana, que ha derogado expresamente el requisito de la insinuación para las donaciones.

Estoy de acuerdo con este último autor, como he dicho, en que el Derecho civil catalán carece de solución propia en el punto que nos interesa, pero, en cambio, insisto, creo que la solución del Derecho común —aplicable, por falta de norma propia, también

o no, en ese solo punto, del artículo 37.III LH al artículo 24 de la Constitución (67).

FRANCISCO JORDANO FRAGA
Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Cádiz

en Cataluña— es la acogida por el TSJ, y no, como sostiene el indicado autor, la de la doctrina dominante (fecha del acto perjudicial del deudor).

MEZQUITA DEL CACHO, por otra parte (*op. cit.*, págs. 163 y sigs.; 165, 170, 171), no se limita a afirmar la falta de solución propia, en este punto, del Derecho civil catalán, sino que niega (con multiplicidad de argumentos) la posibilidad misma de introducirla. No me convence esa opinión, y no veo por qué no. Otra cosa es que no me parezca conveniente que se introduzca si se acepta como de Derecho común, y aplicable como tal supletoriamente en Cataluña, la solución que yo propugno.

Tampoco estoy de acuerdo con la opinión de este autor (*op. cit.*, págs. 165-166 y 172) de que en el Derecho civil catalán no exista, en el repetido punto, laguna, por la aplicación analógica del artículo 322 de la Compilación catalana (vid. *retro. sub nota* 47 y texto concordante).

Parejas no casadas, capítulos matrimoniales y normas de régimen económico matrimonial

SUMARIO I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.—II. LAS PAREJAS NO CASADAS Y LAS NORMAS DEL REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL: ¿APLICACION ANALOGICA O CONVENCIONAL?: 1) LA APLICACIÓN ANALÓGICA DE LAS NORMAS DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL A LAS PAREJAS NO CASADAS. 2) LOS PACTOS ECONÓMICOS ENTRE CONVIVENTES NO CASADOS. PLANTEAMIENTO GENERAL EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA: A) *Validez de los pactos entre convivientes no casados*. B) *Régimen económico matrimonial paccionado entre los convivientes no casados. Puntos de vista doctrinales y jurisprudenciales*: a) Planteamiento del problema. b) La posición de los tribunales españoles en torno a la admisibilidad de que los convivientes no casados acuerden de forma paccionada sus relaciones patrimoniales mediante alguno de los regímenes económicos matrimoniales. c) Opiniones doctrinales al respecto.—III. LOS CAPITULOS MATRIMONIALES Y EL REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL: 1) CAPITULOS MATRIMONIALES: SU APLICACIÓN EXCLUSIVA A LA FAMILIA FUNDADA EN EL MATRIMONIO. 2) CAPITULOS MATRIMONIALES: RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL: A) *Introducción*. B) *Capítulos matrimoniales y régimen económico matrimonial* C) *Capítulos matrimoniales La forma como elemento esencial*. D) *Conclusión. El artículo 1.255 del Código Civil. una norma general frente al artículo 1.315 del Código Civil*.—3) UN PUNTO DE VISTA HISTÓRICO: LAS CARTAS DE CONCORDIA DE ARAGÓN.—IV. BIBLIOGRAFIA.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La libre convivencia entre hombre y mujer constituye uno de los modos de relación individual plenamente aceptado hoy en día por la sociedad.

La problemática jurídica que las mismas plantean se manifiesta de forma creciente ante los tribunales, teniendo éstos que decidir si se aplican o

no las mismas normas que resolverían la cuestión en el caso de que dicha pareja hubiera contraído matrimonio (1).

El legislador ordinario ha tomado conciencia del problema y en distintas leyes ha resuelto la cuestión mediante la equiparación entre matrimonio y parejas no casadas en ciertos aspectos concretos. Así, la disposición adicional tercera de la Ley 21/87 en materia de adopción posibilita la adopción de menores «al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida en forma permanente por relación de afectividad análoga al matrimonio». Igualmente establecen esta equiparación los artículos 6 y 8 de la Ley de Reproducción Asistida al no exigir el vínculo matrimonial para aplicar estas técnicas a las parejas que desean someterse a ellas (2).

Todo ello encuentra fundamento en el artículo 39.1 de la Constitución, en el que, según interpretación del TC, es posible comprender en él la familia no fundada en el matrimonio, como así se declara en la STC de 14 de diciembre de 1992:

«Nuestra Constitución no ha identificado a la familia que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador y tuitivo con el que la norma fundamental considera siempre a la familia, y en especial, en el referido artículo 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter “social” de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la

(1) Entre otras cabe citar las sentencias del TC en las que se declara inconstitucional el artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y se concede el derecho de subrogación en la posición de arrendatario al conviviente no casado que ha mantenido con el arrendador premuerto una convivencia *more uxorio*. Así, las SSTC 222/92, de 14 de diciembre, y 47/1993, de 8 de febrero, y las SSTS de 18 de mayo, 21 de octubre y 11 de diciembre de 1992, en las que se plantea la posibilidad de que los convivientes no casados pacten expresa o tácitamente alguno de los regímenes económicos matrimoniales. Vid. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO, «Las parejas de hecho», en *Aranzadi Civil*, núm. 1, septiembre 1992, pág. 13.

(2) Sin ánimo de exhaustividad, y además de los supuestos ya mencionados en las vigentes leyes de adopción y de reproducción asistida, pueden citarse los siguientes ejemplos: el Código Penal en su artículo 11 establece que: «Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito ser el agraviado cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad...» El Código Civil alude a la convivencia extramatrimonial en el artículo 101 al referirse a las causas de extinción de la pensión compensatoria y en el artículo 320.1.º La LOPJ en su artículo 391 establece la prohibición de pertenencia a una misma Sala a «los Magistrados que estuviesen unidos por vínculo matrimonial o situación de hecho equivalente»; como último ejemplo, la disposición adicional décima de la Ley del Divorcio tiene en cuenta la convivencia *more uxorio*, si bien con los requisitos que dicha disposición exige a los efectos de conceder pensión de viudedad.

atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen. El sentido de estas normas constitucionales no se concilia, por tanto, con la restricción del concepto de familia a la de origen matrimonial por relevante que sea en nuestra cultura (...) esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural, y ello impide interpretar en tales términos restrictivos una norma como la que se contiene en el artículo 39.1, cuyo alcance, por demás, ha de ser comprendido también a la luz de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del mismo artículo» (3).

Con todo, y como ha señalado en diversas sentencias también el Tribunal Constitucional —incluida entre ellas la que acabamos de citar—, el matrimonio y la unión libre no son, sin embargo, realidades equivalentes, por lo que no se puede establecer una paridad de trato entre las uniones matrimoniales y las no matrimoniales, por lo cual el legislador ordinario, dentro de su amplia libertad de decisión, puede establecer diferentes consecuencias, para uno y otro tipo de unión, en atención fundamentalmente a los derechos y obligaciones que nacen entre los cónyuges en virtud de la celebración del matrimonio y que no surgen por la situación de convivencia (4).

Partiendo, pues, de esta realidad legislativa y jurisprudencial nos ha parecido interesante abordar en las líneas que siguen la problemática que presentan las parejas no casadas en punto a la regulación de la situación patrimonial durante su convivencia y en el momento de la ruptura de la misma —suponiendo que efectivamente sepamos cuándo se produce ésta, puesto que no contaremos, en principio, con ningún dato fehaciente que nos indique la cesación de la convivencia *more uxorio*, así como tampoco será fácil establecer el momento inicial de la misma.

En estas cuestiones puramente patrimoniales —los aspectos económicos de la relación— consideramos que es de especial importancia abordar el tema desde el punto de vista del otorgamiento de capítulos matrimoniales, esto es, ¿pueden ser los convivientes no casados sujetos de capítulos «matrimoniales»? Junto a ello pretendemos también concretar si de forma voluntaria los convivientes no casados podrían regular su situación patrimonial mediante uno de los regímenes económicos matrimoniales; esto es, ¿puede pactarse un régimen económico matrimonial fuera de capítulos?

(3) En el mismo sentido, vid. también STC 47/1993, de 8 de febrero.

(4) Vid. Auto del TC 156/1987, de 11 de febrero, y, entre otras, las SSTC 184/1990, de 15 noviembre; 29/1991, de 14 de febrero, y 22/1992, de 11 de diciembre.

II. LAS PAREJAS NO CASADAS Y LAS NORMAS DEL RÉGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL: ¿APLICACION ANALOGICA Y CONVENCIONAL?

1) LA APLICACIÓN ANALÓGICA DE LAS NORMAS DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL A LAS PAREJAS NO CASADAS

La regulación de los aspectos económicos de las parejas no casadas suele pasar inadvertido mientras conviven y se revela de forma contenciosa cuando uno de los miembros de la pareja decide romper la relación (5).

Es en ese momento cuando se plantea de quién serán aquellos bienes que hasta entonces han compartido y cuál será ahora el sistema mediante el cual se tendrán que repartir. Es también entonces cuando aquellos que hasta entonces han prescindido del derecho reclaman ahora su protección.

Al no ser la unión libre una situación jurídicamente definida y caracterizada, no hay normas concretas que solucionen esta controversia; habrá entonces que recurrir a normas generales del Derecho para solucionar esta situación.

Una de las soluciones posibles sería aplicar a la unión libre uno de los regímenes económicos matrimoniales en razón de la analogía *iuris* entre una y otra situación. Solución esta que encuentra acogida en un sector de la doctrina italiana, que equipara a la familia fundada en el matrimonio con la que carece de aquel vínculo por ser ambos tipos de relaciones, y en todo caso, familia natural, lo que permite —según este sector doctrinal— la aplicación del mismo régimen jurídico (6).

Sin embargo, no ha sido ésta la opinión general mantenida por la doctrina ni en Francia ni en España.

En primer lugar, las parejas no casadas carecen de régimen económico patrimonial, pues entre ellos no hay un vínculo jurídico del que se derive una situación económica que se origine, como así ocurre en el matrimonio,

(5) Por todos, GARCÍA CANTERO, *El concubinato en el Derecho francés*, CSIC, Roma, 1965, pág. 111.

(6) Vid. PROSPERI, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, Napoli, 1980, págs. 287 y sigs., cit. por D'ANGELI, *La famiglia di facto*, Milano, 1989, pág. 416, y ESTRADA ALONSO, *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*, Madrid, 1986, pág. 129. En el mismo sentido, NATOLI, *Fine di un voto di castità*, Dem e Dir, 1974, pág. 423, cit. por BLANCO PÉREZ-RUBIO, *Parejas no casadas y pensión de viudedad*, Madrid, 1992, pág. 99. En contra, FINOCHIARIO, *Diritto di famiglia. Commento sistematico delle Legge 19 maggio 1975*, vol. I (arts. 1-89), Milano, 1984, pág. 717.

Igualmente señala CERDÁ GIMENO que esta solución fue la adoptada en las conclusiones del Congreso de Messina (cfr. «La situación de la parejas no casadas ante el Derecho», *BIMJ*, núm. 1.482, 1988, pág. 627). Sin embargo, como veremos, no son estas las soluciones más generalizadas en Europa, como también señala ESTRADA ALONSO, *Las uniones extramatrimoniales...*, 1986, pág. 167

por el hecho de la unión. Por lo tanto las reglas a las que se tendrán que someter para dividir o repartir los bienes que hayan podido adquirir serán las normas de Derecho común, no las normas matrimoniales (7).

Por otro lado, no sería consecuente aplicarles un efecto del matrimonio a unos convivientes que, acaso, han rechazado de propósito esta relación (8).

MARTY-SCHMID, para el Derecho francés, rechaza igualmente la aplicación de las normas del matrimonio a la unión libre y señala que los problemas económicos que puedan surgir por el hecho de la convivencia sin matrimonio no son exclusivos de las parejas heterosexuales, sino que las mismas divergencias y necesidad de liquidación se produce con toda seguridad entre convivientes homosexuales, para los que también habrá que encontrar una solución. Por ello, la que ella ofrece —liquidación de la comunidad de hecho mediante las normas del contrato de sociedad— ha de aplicarse también a las uniones entre homosexuales (9). Por tanto, es ésta otra buena razón para negar la aplicación analógica de las normas del matrimonio a cualquier tipo de relación que carezca de vínculo matrimonial.

Así, por lo que respecta al Derecho francés, hay unanimidad en la doctrina y la jurisprudencia para rechazar la transposición al *ménage de fait* de las reglas que rigen el estatuto patrimonial de los esposos, y principalmente de aquellas que tratan del régimen primario. Pues el concubinato, contrariamente al matrimonio, no engendra por sí mismo efecto jurídico alguno (10).

En la doctrina española también es general la opinión de que no han de aplicarse analógicamente a las uniones libres las normas del régimen económico matrimonial. En este sentido, el profesor LACRUZ escribía que a las uniones libres no se les puede aplicar por analogía las normas del matrimonio, «en primer lugar porque a falta de vínculo matrimonial no existe tal

(7) En este sentido, y entre otros, CARBONIER, *Derecho civil*, t. I, vol. II, 1969, pág. 243; CHEVALIER, «Concubinage et imposition des revenus», en *Le Droit non civil de la famille*, t. X, París, 1983, págs. 106-107; MALAURIE, «Mariage et concubinage en Droit français contemporain», en *Archives de Philosophie du Droit*, t. XX («Réformes du Droit de famille»), París, 1975, págs. 26-27; MARTY-SCHMID, *La situation patrimoniale des concubins à la fin de l'union libre. Etude des Droits suisse, français et allemand*, Genève, 1986, pág. 29, y GARCÍA CANTERO, *El concubinato...*, Roma, 1965, págs. 115 y sigs.

(8) En este sentido vid. LACRUZ, *Elementos...*, t. IV, 1982, pág. 580.

(9) MARTY-SCHMID, *La situation patrimoniale des concubins...*, 1986, pág. 11. Vid. también HANOTIAU, «Réflexions sur l'union libre», en *L'union libre* (dirs.: DE PAGE et VALKENNER) Actes du colloque tenu à l'université libre de Bruxelles le 16 de octobre 1992, págs. 23 y sigs.

(10) En este sentido, y entre otros, VERHEYDEN-JEANMART, «Les effect patrimoniaux de l'union libre et de sa rupture», en *L'union libre* (dirs.: DE PAGE et VALKENNER). Actes du colloque tenu à l'université libre de Bruxelles le 16 de octobre 1992, pág. 52, y MARTY-SCHMID, *La situation patrimoniale des concubins...*, 1986, págs. 3 y 10.

analogía y, además, porque acaso los convivientes han convenido no casarse precisamente por huir de toda normativa» (11).

En el mismo sentido, ESTRADA ALONSO señala que «la unión libre está exenta del acto matrimonial que concede una serie de derechos y obligaciones, un *status* jurídico. En consecuencia, tampoco será posible aplicar analógicamente el régimen económico matrimonial, puesto que se encuentra incluido dentro de ese *status*. Incluso, añade, aplicar analógicamente el régimen económico matrimonial iría en contra de las normas imperativas que regulan las formalidades exigibles para la celebración del matrimonio (12).

El Tribunal Supremo en diversas sentencias rechaza igualmente la aplicación analógica a la unión libre de las normas del régimen económico matrimonial (13).

2) LOS PACTOS ECONÓMICOS ENTRE CONVIVIENTES NO CASADOS.

PLANTEAMIENTO GENERAL EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

A) *Validez de los pactos entre convivientes no casados*

Durante varias décadas en el Derecho español, y también en los Ordenamientos extranjeros vecinos, se consideró que los pactos concluidos entre los convivientes no casados eran nulos de pleno derecho, pues se consideraron contrarios a la moral, a las buenas costumbres y al orden público, siendo ilícita su causa (arts. 1.274 y 1.255 CC) (14).

Sin embargo, desde las últimas reformas legislativas y la nueva concien-

(11) LACRUZ, *Elementos...*, t IV, 1982, pág. 580. Sin embargo, en uno de los últimos trabajos publicados del profesor LACRUZ («Convivencia *more uxorio*. estipulaciones y presunciones», en *Centenario del Código Civil*, pág. 1064) parece admitir la posibilidad de aplicar analógicamente las normas del régimen económico matrimonial a la unión libre, si bien como algo excepcional.

(12) ESTRADA ALONSO, *Las uniones extramatrimoniales...*, 1986, págs. 169 y sigs. En el mismo, vid. PANTALEÓN, «La autorregulación de la unión libre», en *Poder Judicial*, núm. 4, 1986, pág. 121, y BLANCO PÉREZ-RUBIO, *Parejas no casadas y...*, 1992, págs. 97 y sigs.; TORRES LANA, «De nuevo sobre las relaciones patrimoniales entre parejas no casadas», en *Aranzadi Civil*, núm. 15, septiembre 1993, págs. 22-23.

(13) Pueden verse, entre otras, las Sentencias de 18 de mayo, 21 de octubre y 11 diciembre 1992 y 22 de julio de 1993.

(14) ESTRADA ALONSO analiza profundamente la doctrina y la jurisprudencia tanto española como extranjera que fundaba la nulidad de estos convenios en causa ilícita (cfr. *Las uniones extramatrimoniales...*, 1986, págs. 137 y sigs.).

También CERDÁ GIMENO recoge una buena muestra de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo que siguió dicho criterio (cfr. «Una aproximación realista para una visión de conjunto de las sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) relativas a los aspectos de la situación de las parejas no casadas», *BIMJ*, núm. 1.436, 1988, págs. 3232 y sigs.).

cia social en torno a las parejas no casadas no hay duda de que nada impide la posibilidad de que los convivientes no casados celebren entre ellos convenciones tendentes a regular su situación patrimonial.

En este sentido el profesor LACRUZ escribió lo siguiente:

«Está claro que los argumentos clásicos contra la validez de las convenciones entre convivientes *more uxorio* tienen hoy escaso alcance, sobre todo una vez que los hijos han devenido legalmente iguales, procedan o no del matrimonio, y cuando el legislador en las causas de divorcio trata de conseguir precisamente que las partes se pongan de acuerdo sobre cuestiones económicas. Actualmente la convivencia duradera entre hombre y mujer fuera del matrimonio no se considera, en círculos sociales muy amplios, como una infracción a las buenas costumbres y, por tanto, tampoco hay razón para que lo sean las correspondientes convenciones» (15).

En el mismo sentido, la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo ve con gran favor la posibilidad de que los convivientes no casados regulen de forma paccionada su situación patrimonial (16).

Por lo que respecta a Ordenamientos extranjeros cercanos al nuestro, la doctrina es igualmente partidaria de la regulación paccionada de las relaciones patrimoniales entre convivientes no casados, señalando de forma unánime los autores las ventajas que producirían estos pactos en el momento en que cesase la convivencia entre la pareja (17).

El reconocimiento y validez de los pactos patrimoniales entre convivientes no casados dio lugar también en el marco del consejo de Europa a la

(15) LACRUZ, *Elementos de Derecho civil. Derecho de familia*, 1982, pág. 583. También FOSAR BENLLOCH argumentó y defendió desde la década de los ochenta esta posibilidad en «La Constitución española de 1978 y la unión libre», *RJC*, núm. 4, 1984, págs. 71 y sigs.

(16) Especialmente atiende a este punto la STS de 18 de mayo de 1992.

(17) Por lo que respecta a la posibilidad de pacto entre los concubinos, GARCÍA CANTERO en su estudio sobre el concubinato en Francia, ya en el año 1965 escribía lo siguiente: «En la doctrina se sostiene con carácter general que las convenciones intervenidas entre los concubinos serán válidas siempre que hayan sido observados los principios generales del Derecho, pudiendo utilizar entre sí la técnica del Derecho común; incluso no hay en principio ninguna norma general que le prohíba realizar actos de disposición a título gratuito, uno en favor de otro» (cfr. *El concubinato...*, Roma, 1965, págs. 106-107).

Vid. también, entre otros, VERHEYDEN-JEANMART, *Les effect patrimoniaux de l'union libre...*, 1992, págs. 97 y sigs.; MARTY-SCHMID, *La situation patrimoniale des concubins...*, Genève, 1986, págs. 66 y sigs.; ALT-MAES, «La situation de la concubine et de la femme mariée dans le Droit civil français», en *RTDC*, 1983, págs. 667 y sigs., y D'ANGELI, *La famiglia di facto*, Milano, 1989, pág. 580.

Recomendación 83 de 7 de mayo de 1988 en virtud de la cual se hacía un llamamiento a los gobernantes de los países miembros para que tomaran las medidas necesarias a fin de que los contratos de naturaleza patrimonial entre concubinos no se consideraran nulos por la sola razón de ser concluidos entre partes de una relación de hecho (18).

B) *Régimen económico matrimonial paccionado entre los convivientes no casados. Puntos de vista doctrinales y jurisprudenciales*

a) Planteamiento del problema

En las líneas precedentes hemos señalado cómo doctrina y jurisprudencia rechazaban de forma pacífica la aplicación analógica de cualquier régimen económico matrimonial a las parejas no casadas.

Frente a ello, hemos indicado también que no hay ningún inconveniente para que los convivientes *more uxorio* regulen de forma paccionada sus relaciones patrimoniales

En consecuencia, corresponde ahora analizar si de forma expresa pueden los convivientes no casados adoptar mediante convenio uno de los regímenes económicos que regula la Ley para la relación matrimonial.

A nuestro juicio esta posibilidad está directamente relacionada con el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, puesto que es el documento previsto por la Ley para crear, modificar o sustituir el régimen económico del matrimonio (arts. 1.315 CC y 23 Compilación aragonesa).

En consecuencia, consideramos que únicamente siendo sujetos de capítulos matrimoniales podrán establecer entre ellos un régimen económico matrimonial, puesto que aceptar que estos convivientes no casados puedan acordar en cualquier otra forma un régimen económico supondría, *prima facie*, una grave discriminación en relación con las parejas casadas, quienes para determinar el régimen económico aplicable a su relación matrimonial, en lugar de que se les aplique el régimen legal correspondiente según su vecindad civil, deben necesariamente capitular.

Por lo tanto nuestro propósito es analizar si, en primer lugar, estos convivientes no casados pueden ser sujetos de capítulos matrimoniales, y en segundo lugar, plantear los inconvenientes que presenta la admisibilidad de acordar un régimen económico fuera de capítulos.

(18) Cit. por VERHEYDEN-JEANMART, *Les effect patrimoniaux de l'union libre...*, Bruxelles, 1992, págs. 58 y sigs.

- b) La posición de los tribunales españoles en torno a la admisibilidad de que los convivientes no casados acuerden de forma paccionada sus relaciones patrimoniales mediante alguno de los regímenes económicos matrimoniales

La Sentencia de la Audiencia provincial de Córdoba de 21 de abril de 1986 liquidó la situación económica de una pareja de hecho, cuya convivencia había durado largos años hasta el fallecimiento del varón, aplicando las normas de la sociedad de gananciales al considerar que a ella se habían acogido los convivientes de forma voluntaria, puesto que en una escritura de compraventa otorgada ante Notario en 1975 dijeron ambos convivientes que adquirirían dicho bien inmueble para su sociedad de gananciales.

Fue quizá este fallo el que posteriormente recibiría buena parte de la doctrina para admitir que los convivientes no casados pueden regular sus relaciones patrimoniales mediante las normas de los regímenes económicos matrimoniales.

Posteriormente diversas sentencias del Tribunal Supremo han seguido la «brecha» iniciada por esta sentencia de Córdoba y han admitido igualmente dicha posibilidad.

En concreto, la Sentencia de 18 de mayo de 1992 señala que los problemas económicos de las parejas quedarían solucionados mediante el pacto expreso de los directamente interesados, puesto que tales pactos no son nulos en principio y son conformes al artículo 1.255 del Código Civil. Si las personas que conviven extramatrimonialmente han tenido semejante previsión, cabe aplicar el régimen de gananciales o cualquier otro que hayan pactado (19).

- c) Opiniones doctrinales al respecto

Buena parte de la doctrina que ha dedicado su atención a la situación jurídica de las parejas no casadas manifiestan su opinión favorable a la posibilidad de que los convivientes no casados regulen su situación patrimo-

(19) En el mismo sentido la STS de 21 de octubre de 1992, que igualmente considera que no cabe aplicar automáticamente a las parejas de hecho un régimen económico matrimonial «sin perjuicio de que atendidas las circunstancias de cada caso concreto pueda predicarse la aplicabilidad... de algún determinado régimen económico siempre que quede patentizado por pacto expreso o tácito (deducido éste de sus hechos concluyentes e inequívocos) que la voluntad de los convivientes fue someterse a los mismos». Vid. sobre estas sentencias los comentarios que de ellas realizan BERCOVITZ, «Las parejas de hecho», en *Aranzadi Civil*, núm. 1, septiembre 1992, págs. 13-27. y TORRES-LANA, «De nuevo sobre las relaciones patrimoniales entre parejas no casadas», en *Aranzadi Civil*, núm. 15, septiembre 1993, págs. 9-23.

nial acogiéndose voluntariamente a cualquiera de los regímenes económicos matrimoniales.

En este sentido se manifiestan, entre otros autores, CERDÁ GIMENO (20), quien sin dar mayores razones recuerda el fallo de la sentencia de la Audiencia provincial de Córdoba a la que nos hemos referido.

Igualmente, FOSAR BENLLOCH (21) se manifiesta con rotundidad sobre esta facultad de los convivientes no casados e, incluso, habla de un convenio similar a las capitulaciones matrimoniales.

El profesor LACRUZ, en una de sus últimas obras publicadas, considera que podría pactarse el régimen económico de gananciales por los convivientes no casados, con claro criterio contrario respecto a sus primeras investigaciones en esta materia (22).

El fundamento principal que secunda esta postura doctrinal es la libertad de pacto amparada en el artículo 1.255 del Código Civil.

Negando la posibilidad de que las relaciones económicas entre convivientes no casados se regulen por normas de régimen económico matrimonial, se manifiestan también diversos autores. Entre ellos cabe citar a los siguientes: ESTRADA ALONSO, que considera que la unión libre ha de acogerse a otras figuras contractuales reguladas en el Código Civil, como son la sociedad, la comunidad de bienes, etc. (23). Total y tajante desacuerdo manifiesta también VIDAL MARTÍNEZ, que niega la posibilidad de crear una sociedad de gananciales sin matrimonio al considerar que los regímenes económicos únicamente pueden relacionarse con el matrimonio (24).

El profesor BERCOVITZ, sin una manifestación clara a favor de una u otra postura, manifiesta muy acertadamente serias dudas acerca de la posibilidad de pactar alguno de los regímenes económicos matrimoniales, pues, según se expresa, faltaría la publicidad del mismo frente a terceros y, en todo caso, si el pacto fuera de sociedad de gananciales considera que sería de

(20) CERDÁ GIMENO, «La situación actual de las parejas no casadas ante el Derecho», *BIMJ*, núm. 1.482, 1988, págs. 627-628. Tomando como fundamento las sentencias de diversas Audiencias provinciales españolas, y en especial la de la Audiencia de Córdoba, se manifiesta a favor del pacto de régimen económico MUÑOZ DE DIOS, «Régimen económico de las uniones extramatrimoniales», en *La Ley*, núm. 2, 1987, págs. 1165-1166.

(21) FOSAR BENLLOCH, *Estudios de Derecho de familia*, t. III, Barcelona, 1985, págs. 167 y sigs., y también en «La Constitución española y uniones libres», *RJC*, núm. 4, 1982, pág. 137.

(22) LACRUZ, «Convivencia *more uxorio*: estipulaciones y presunciones», en *Cen-tenario del Código Civil*, pág. 1069.

(23) ESTRADA ALONSO, *Las uniones extramatrimoniales...*, 1986, págs. 155 y sigs.

(24) VIDAL MARTÍNEZ, «Aplicación del régimen de sociedad de gananciales a una relación y convivencia no matrimonial. Convenio económico. Validez (comentario de urgencia a la sentencia de la Audiencia provincial de Córdoba de 21 de abril de 1986)», en *RGLJ*, 1986, págs. 4307 y sigs.

difícil encaje en dicho sistema la presunción del artículo 1.361 del Código Civil (25).

TORRES LANA considera también que es difícil afirmar la posibilidad de pacto entre convivientes no casados de normas de régimen económico, puesto que éstas presentan unas características peculiares que hacen poner en duda las posibilidades de pacto sobre las mismas. Estas notas son, según TORRES LANA, las siguientes:

«1) Mayor abundancia de normas imperativas que lo normal en los negocios puramente patrimoniales.

2) Apartamiento de las normas generales de tipo patrimonial en materias tan importantes como la organización de la cotitularidad, la gestión o la responsabilidad.

3) Establecimiento de un sistema de presunciones propio y difícilmente transportable a un ámbito extramatrimonial. Todo lo cual conduce a pensar que se trate de un sistema inescindible unido al estado y vínculos matrimoniales o, si se quiere, a uno de los dos modelos de familia amparados por la Constitución: el jurídico-formal basado en el matrimonio» (26).

En la doctrina francesa parece que, de forma general, se mantiene esta última posición, pues consideran que las relaciones entre convivientes no casados han de regularse por las normas del Derecho común, pues en dicha convivencia no hay un vínculo jurídico que institucionalice su situación (27).

En este sentido analizan la diversidad de soluciones pactadas a las que pueden llegar los convivientes no casados —contrato de sociedad, comunidad de bienes—, y en ellas se excluye de forma general la regulación a través de los regímenes matrimoniales. Es más, según señala VERHEYDEN-JEANMART, los acuerdos a los que lleguen los convivientes no casados pueden realizarse en documento privado o público, si bien es lo más aconsejable acudir al Notario, pues reflejará mucho mejor las necesidades y deseos de la pareja. De cualquier manera, el contrato que mejor adaptable consideran a la situación de la pareja de hecho es el de sociedad (28).

(25) BERCOVITZ, «Las parejas de hecho», en *Aranzadi Civil*, núm. 1, Pamplona, 1992, pág. 27.

(26) TORRES LANA, «De nuevo sobre las relaciones patrimoniales entre parejas no casadas», en *Aranzadi Civil*, núm. 15, 1993, pág. 20.

(27) Por todos, MARTY-SCHMIT, *La situation patrimoniale des concubins...*, Genève, 1986, pág. 29

(28) VERHEYDEN-JEANMART, *Les effect patrimoniaux de l'union libre...*, Bruxelles, 1992. págs. 99-100. En el mismo sentido, MARTY-SCHMIT, *La situation patrimoniale des concubins...*, Genève, págs. 66 y sigs, y MALAURIE, *Mariage et concubinage...*, París, 1975, págs. 26 y sigs

En consecuencia, la posibilidad de pactar en cualquier forma los acuerdos económicos entre convivientes les aleja ya del régimen jurídico de las capitulaciones matrimoniales.

ALT-MAES, analizando la creación convencional de un régimen patrimonial entre los concubinos, rechaza igualmente que la organización de esta economía se lleve a cabo por normas de régimen económico, puesto que en la unión de hecho no hay una organización matrimonial y, además, dicho convenio carece del efecto de publicidad (oponibilidad) frente a terceros (29).

En Italia la doctrina está mucho más dividida. Así, para algunos no hay inconveniente en que mediante convenio los convivientes no casados regulen su situación patrimonial mediante alguno de los regímenes económicos; sin embargo, otros niegan esta posibilidad al considerar las normas que regulan la economía matrimonial únicamente a disposición de la pareja que previamente ha contraído vínculo matrimonial (30).

III. LOS CAPITULOS MATRIMONIALES Y EL REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL

1) CAPÍTULOS MATRIMONIALES: SU APLICACIÓN EXCLUSIVA A LA FAMILIA FUNDADA EN EL MATRIMONIO

La redacción originaria del Código Civil señalaba de forma especialmente precisa la relación entre capítulos y matrimonio, pues a aquellos se

(29) ALT-MAES, «La situation de la concubine et...», *RTDC*, 1983, págs. 667 y sigs. En el mismo sentido, STORCK señala lo siguiente: «La convención de concubinato, bien que inspirada en el derecho de los regímenes matrimoniales que las partes han decidido hacer, tiene una extensión que no es comparable a un contrato de matrimonio: en materia de matrimonio, éstas son disposiciones legales que determinan expresamente la fuerza obligatoria del matrimonio y de la estipulación del régimen económico matrimonial entre los cónyuges, así como su oponibilidad frente a terceros; entonces, en el marco de la convención de concubinato no se pueden más que referir a las normas del Derecho común de los contratos» (cit. por VERHEYDEN-JEANMART, *op cit.*, pág. 98).

DE PAGE, unas cuantas décadas antes que estos autores, había analizado ya los pactos entre los concubinos y el contrato de matrimonio. En este sentido indicaba que los concubinos no podrían celebrar un contrato de estas características, por cuanto dicho negocio jurídico supone necesariamente la existencia de un matrimonio aunque todavía nos encontramos en una época en la que se barajaba la ilicitud de los acuerdos entre concubinos. Pero de cualquier manera, DE PAGE considera que los bienes de los concubinos han de quedar sometidos a las reglas del derecho común de la propiedad puesto que el concubinato no crea entre los concubinos un derecho nuevo (cfr. *Traité elemental de Droit civil*, t. X, 1949, págs. 130-131).

(30) Cfr. D'ANGELI, *La famiglia di facto*, 1989, págs. 353 y sigs., y ESTRADA ALONSO, *Las uniones extramatrimoniales...*, 1986, págs. 129 y sigs.

les calificaba de «Contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio». Dicha rúbrica, con la que comenzaba el Libro IV del Código Civil, hizo escribir a MANRESA que «las capitulaciones matrimoniales constituyen un contrato especialísimo y trascendental (...), pues van íntimamente ligadas a la celebración del matrimonio» (31).

Aunque ahora el Título tercero del Libro IV del Código Civil ya no lleva por rúbrica aquella del contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio, sino que de forma genérica se refiere al régimen económico matrimonial, aquella vieja idea sigue manteniendo toda su fuerza, pues las capitulaciones matrimoniales sólo tienen sentido ante la futura celebración del matrimonio o ante su previa existencia.

Como señala DURÁN RIVACOBIA, el contenido de las capitulaciones matrimoniales hace referencia directa al matrimonio, lo que trae consigo un conjunto de peculiaridades —su carácter solemne (art. 1.327 CC), su límite intrínseco en la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge (art. 1.328 *in fine* CC) y el término esencial que la Ley le asigna (art. 1.334 CC)—, con una indudable significación jurídica (32).

Ciertamente, los capítulos matrimoniales tienen una naturaleza contractual, no en vano aparecen como el primer contrato que se regula en el Libro IV del Código Civil; pero como muy acertadamente escribiera el profesor LACRUZ, los capítulos son matrimoniales, es decir, que el matrimonio desempeña en la producción de sus efectos un papel esencial. Lo afirma así para las estipulaciones otorgadas antes de la boda el artículo 1.334, del cual, junto con el artículo 1.392.1, podemos decir igualmente que las reglas pactadas en capítulos dejan de producir sus efectos desde que el matrimonio se disuelve (33).

Los mismos preceptos del Código Civil hacen referencia al contenido de los capítulos en función del matrimonio. En concreto, el artículo 1.325 del Código Civil establece que «en las capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su

(31) MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, t. IX, Madrid, 1950, pág. 87.

(32) DURÁN RIVACOBIA, «La capacidad en las capitulaciones matrimoniales», *ADC*, 1991, págs. 98-99. Esta opinión es compartida de forma pacífica por el resto de la doctrina, si bien acerca de la influencia del matrimonio sobre los capítulos matrimoniales vid. ALBACAR, «Comentario al artículo 1.325 del Código Civil», en *Código Civil Doctrina y jurisprudencia*, t. IV, Madrid, 1991, págs. 876 y sigs.; DE LOS MOZOS, «Comentario al artículo 1.325 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, Edersa, 1982, págs. 181 y sigs. Por lo que respecta a la Compilación aragonesa, MOREU BALLONGA, «Comentario al artículo 25 de la Compilación aragonesa», en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, t. I (dir. LACRUZ), Zaragoza, 1988, págs. 644-645.

(33) LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, t. IV. *Derecho de familia*, 1989, pág. 340.

matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo», siendo nula cualquier estipulación limitativa de la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge (art. 1.328 CC).

En el mismo sentido, el artículo 25 de la Compilación aragonesa establece, en orden a su contenido, la relación entre capítulos y matrimonio; así, dispone que «los capítulos matrimoniales podrán contener cualesquiera estipulaciones relativas al régimen familiar o sucesorio de los contrayentes y de quienes con ellos concurren al otorgamiento siempre que no sean contrarias a los fines propios del matrimonio».

Porque los capítulos son matrimoniales, la capacidad para otorgarlos se conecta también con la capacidad para contraer matrimonio; tal es así que los menores que puedan contraer matrimonio podrán otorgar capítulos matrimoniales, si bien con las asistencias prescritas en la Ley.

En consecuencia, es la relación matrimonial, futura o previa, la que determina la posibilidad de otorgar capítulos matrimoniales, ya que éstos son un negocio accesorio con respecto al matrimonio: desde su celebración los capítulos producirán efectos, y por la disolución del matrimonio o su declaración de nulidad cesarán aquellos.

Por tanto, los no casados no pueden otorgar entre sí capítulos matrimoniales, pues carecen de la cualidad objetiva de contrayente o cónyuge para ser sujeto y parte de los mismos (34).

Esta conclusión es tan evidente que aquellos autores que son partidarios de que los convivientes no casados regulen su situación patrimonial mediante convenio, asumiendo voluntariamente cualquiera de los regímenes matrimoniales, señalan curiosamente cómo en las sentencias en las que se han admitido tales pactos no usan los tribunales la expresión de capítulos matrimoniales, sustituyéndola por la genérica de convenio o pactos. En este sentido MUÑOZ DE DIOS señala, complacido, que quizás en esas decisiones jurisprudenciales se «consideró bastante avanzada la doctrina sustancial y se reserva el concepto a las uniones matrimoniales, respetuosos con el legislador en la letra, que en los artículos 1.325 y 1.326 determina que es documento típicamente matrimonial» (35).

(34) Como ya advertía a principios de siglo SÁNCHEZ ROMÁN, no pueden celebrar capitulaciones matrimoniales todos los que quieran, sino sólo los que se van a casar (cfr. *Estudios de Derecho civil*, t. V, vol. 1, Madrid, 1912, pág. 557). En el mismo sentido y en relación con el Derecho vigente, CERDÁ GIMENO escribe que «precisamente es la carencia de la condición de cónyuges lo que descalifica el pretendido carácter de capítulos para los pactos concubinarios» (cfr. «Las capitulaciones matrimoniales tras la reforma de 1981», en *Documentación Jurídica*, núms. 33-36, Ministerio de Justicia, 1982, pág. 248).

(35) MUÑOZ DE DIOS, «Régimen jurídico de las uniones extramatrimoniales», en *La Ley*, núm. 2, 1987, pág. 1166.

Ahora bien, es evidente que los no casados no pueden ser sujetos de capítulos matrimoniales, pero ¿acaso puede establecerse el régimen económico matrimonial sin haber otorgado capítulos?

En nuestra opinión, tal posibilidad escapa a la autonomía privada por cuanto la creación, modificación o sustitución del régimen económico matrimonial de forma paccionada sólo puede conseguirse eficaz y válidamente mediante su contratación en el documento capitular, único *instrumentum* habilitado por el legislador para establecer el régimen económico.

Así pues, y en justificación de lo anterior, relacionemos el contenido peculiar de los capítulos y el régimen económico, con la forma de establecerlo: el instrumento capitular.

2) CAPÍTULOS MATRIMONIALES: RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

A) *Introducción*

Dada la proliferación de opiniones doctrinales y jurisprudenciales que admiten que los convivientes no casados asuman mediante pacto alguno de los regímenes económicos matrimoniales para regular sus relaciones patrimoniales, conviene resolver si puede pactarse el régimen económico fuera de capítulos o, dicho de otra manera, si la regulación de los capítulos matrimoniales (su contenido típico y su forma) es dispositiva, de manera que fácilmente se pueda obviar la condición cualitativa de las partes —ser futuros o actuales cónyuges— y su forma —escritura pública *ad solemnitatem*.

Creemos que únicamente si llegamos a esa conclusión cualesquiera sujetos podrán acordar convencionalmente regímenes económicos matrimoniales, pues el régimen jurídico de los capítulos matrimoniales quedará al arbitrio de los particulares; claro está que, también y en este caso, para los esposos o cónyuges, o los convivientes homosexuales, o cualesquiera asociaciones de personas que deseen poner en común vida y patrimonio (unos hermanos que deciden mantenerse célibes), puesto que si a los regímenes económicos les quitamos el calificativo de matrimonial está claro que carecen de peculiaridad. Y por lo demás, sería la única forma racional de mantener el principio de igualdad para todos en toda ocasión, incluso para los casados.

B) *Capítulos matrimoniales y régimen económico matrimonial*

El régimen económico matrimonial es una consecuencia derivada directamente de la celebración del matrimonio —y no de la mera conviven-

cia—; tal es así que no existe matrimonio sin régimen matrimonial. Es más, aunque los contrayentes quisieran evitarlo nada conseguirían, pues por efecto directo de la Ley igualmente seguirían sujetos los bienes de los contrayentes al levantamiento de las cargas del matrimonio y a la responsabilidad por los gastos domésticos.

Estas consecuencias derivadas del régimen económico matrimonial se producen de forma directa por la celebración de matrimonio, al igual que desde la celebración del mismo comienza el deber de ayuda y socorro entre los cónyuges o el deber de fidelidad.

Junto al efecto legal del régimen económico matrimonial —hay régimen desde que se celebra el matrimonio y aunque nada pacten los contrayentes— se produce también lo que la doctrina ha llamado el efecto real del régimen económico matrimonial. Los cambios de titularidad ocasionados por ellos se producen por la Ley a modo de una sucesión universal y automáticamente, sin que sean precisos negocios particulares de transmisión de la propiedad o demás derechos reales sobre cosas de creación de responsabilidad o de comunicación de créditos. Por ello, cuando las consecuencias del régimen matrimonial se traducen en atribuciones no se reputa nunca lo atribuido a título gratuito, pues son consecuencias directas de la Ley. Este efecto es a su vez consecuencia también de la celebración del matrimonio y no de la convivencia, por larga que ésta sea.

Ahora bien, el legislador, a modo de delegación legislativa, permite a los contrayentes establecer de forma voluntaria el régimen económico de su matrimonio mediante el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales. Este es el único documento que puede ser instrumento válido y eficaz para contener las normas del régimen económico matrimonial (art. 1.327 CC). Y es que, aun cuando se acuerde convencionalmente, el régimen económico matrimonial sigue siendo algo que opera por voluntad de la Ley y cuyos efectos no podrían producirse por la mera voluntad privada (36).

En efecto, el que los contrayentes o cónyuges puedan modificar mediante convenio el régimen económico legal al que quedarían sometidos por la celebración del matrimonio no tiene su fundamento directo y principal en el artículo 1.255 del Código Civil, sino con mayor amplitud y con peculiaridades que en otro caso no podría provocar la voluntad de las partes en el artículo 1.315, en relación este último con las normas que regulan los regímenes económicos matrimoniales (37).

Ahora bien, aunque los capítulos matrimoniales, en cuanto instrumento, pueden tener un amplio y variado contenido, no cabe duda que ya, desde

(36) LACRUZ, *Elementos...*, t. IV, 1989, pág. 281.

(37) En este sentido, LACRUZ, «Capítulos matrimoniales y estipulación capitular», en *Centenario de la Ley del Notariado*, Madrid, 1962, pág. 15

la primitiva redacción del Código Civil, el contenido específico de los mismos era el establecimiento del régimen económico matrimonial (38).

Posteriormente el profesor LACRUZ, al que seguiría el resto de la doctrina española, indicaba que «a lo que los capítulos les da su última perfección son las determinaciones sobre el futuro de la sociedad conyugal, estipulaciones que desde ahora —escribió con buena fortuna— llamaremos estatutarias por su condición de reglamento de situaciones futuras» (39).

En consecuencia, las normas estatutarias, en cuanto que determinan el régimen económico aplicable a la relación matrimonial, son el contenido propio y típico del instrumento capitular, y éste, a su vez, es el único documento público llamado a contenerlas, pues así lo impone la Ley (arts. 1.315, 1.325, 1.345, 1.392.4, 1.415 y 1.435.2 CC, y arts. 23 y 25 de la Compilación aragonesa).

A su vez, la norma estatutaria contenida en los capítulos está directamente relacionada con el matrimonio; tal es así que faltando aquél, al igual que sucede con el régimen legal, no tiene a qué aplicarse. El matrimonio, entonces, no es un simple requisito jurídico de eficacia, sino un elemento exigido por la lógica; sin él, escribió el profesor LACRUZ, no es que los capítulos sean inválidos, anulables, revocables, etc.; es que las normas estatutarias no pueden tener más eficacia que las de la sociedad de ganancias regulada en el Código Civil (40).

En consecuencia, el matrimonio no es sólo requisito para otorgar el instrumento matrimonial, sino el presupuesto y base de la norma estatutaria; tal es así que el profesor LACRUZ, en opinión que comparto, llegó a afirmar «que el matrimonio no es una simple consecuencia puesta por el derecho (y por lo tanto dentro de los *naturalia negotii*) para que el contrato produzca los efectos que le son propios, sino que crea el propio *objeto del contrato* (41). De ahí que las estipulaciones capitulares sigan las vicisitudes del matrimonio y sean válidas mientras éste existe, y nulas cuando no» (42).

En vista de lo anterior, podemos afirmar que las normas estatutarias, el régimen económico del matrimonio, únicamente puede acordarse entre esposos o cónyuges, y sólo quienes ostenten esta posición jurídica podrán determinarlos. Es, pues, la relación matrimonial el objeto sobre el que la

(38) En este sentido, MANRESA señalaba que el objeto o fin de los capítulos es el establecimiento de las normas de la sociedad conyugal (cfr. *Comentarios al Código Civil español*, t. IX, pág. 95).

(39) LACRUZ, *Capítulos matrimoniales y estipulación...*, 1962, pág. 20. En el mismo sentido DE PAGE, *Traité élémentaire du Droit belge*, t. X. *Les régimes matrimoniaux*, vol. 1, 1949, págs. 132 y 137 y sigs.

(40) LACRUZ, *Capítulos matrimoniales y estipulación...*, 1962, pág. 49.

(41) El subrayado es mío.

(42) LACRUZ, *Capítulos matrimoniales y estipulación...*, 1962, pág. 49

estipulación capitular despliega su eficacia: se origina cuando se celebra el matrimonio —o habiéndose previamente celebrado— y deja de ser eficaz cuando cesa legalmente la relación matrimonial —o legalmente se sustituye una norma estatutaria por otra, acordándola nuevamente en capítulos y siguiendo el régimen jurídico previsto en la Ley (arts. 1.331 CC y 28 Compilación aragonesa).

C) *Capítulos matrimoniales: La forma como elemento esencial*

De todo lo anterior se deduce que el destinatario de las normas establecidas en el Título III del Libro IV del Código Civil es, en general, el matrimonio, y sus sujetos, los contrayentes o cónyuges.

A su vez, los futuros o actuales cónyuges en virtud de una *cuasi* delegación legislativa ofrecida en el artículo 1.315 permite a aquellos sustituir el régimen legal de sociedad de gananciales (art. 1.316 CC) por el que ellos estipulen en capítulos matrimoniales.

En consecuencia, son los capítulos matrimoniales el documento habilitado por la Ley para que los contrayentes puedan estipular el régimen económico.

En este sentido la forma —escritura pública notarial de capítulos matrimoniales— es un elemento esencial en la determinación de la norma estatutaria, pues sin dicha forma aquélla sería nula de pleno derecho (arts. 1.327 CC y 25 Compilación aragonesa).

En este sentido, el profesor LACRUZ escribió que la forma en las capitulaciones matrimoniales no es simplemente un requisito de oponibilidad frente a terceros, sino un requisito *ad solemnitatem* (43).

CABANILLAS SÁNCHEZ, por lo que respecta a la forma de los capítulos, no sólo destaca su valor *ad solemnitatem*, sino que considera al instrumento capitular como un elemento constitutivo (44).

En consecuencia, los capítulos matrimoniales son elemento esencial para el establecimiento del régimen económico; a falta de capítulos no es

(43) LACRUZ, *Elementos de Derecho civil. Derecho de familia*, 1989, pág. 345

(44) CABANILLAS SÁNCHEZ, «Comentario al artículo 1.327 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 665. En el mismo sentido, TORRES LANA, «De nuevo sobre las relaciones patrimoniales entre parejas no casadas», en *Aranzadi Civil*, núm. 15, 1993, págs. 19-20.

En el mismo sentido RAMS ALBESA, quien además manifiesta su opinión contraria a que puedan constituirse, aun entre parejas casadas, normas de régimen económico fuera de capítulos por ser la forma, en la determinación del régimen económico, un elemento esencial (cfr. «Sociedad de gananciales: si es estipulación capitular un pacto hecho en contrato de compraventa Comentario a la Res. de la DGRN de 25 de septiembre de 1990», en *CCJC*, núm. 25, enero-marzo 1991, págs. 30-31).

posible la creación de normas estatutarias, y estas últimas carecen a su vez de eficacia sin una relación matrimonial sobre la que aplicarse.

Por lo tanto y retomando el planteamiento que hemos hecho al inicio de esta exposición, únicamente aquellos que puedan ser sujetos de capítulos matrimoniales podrán acordar entre sí normas de régimen económico matrimonial. Así pues, negando tal cualidad a los componentes de la unión libre es evidente que no pueden asumir convencionalmente regímenes económicos al estar éstos destinados por el legislador a las parejas unidas en matrimonio.

D) Conclusión. El artículo 1.255 del Código Civil: una norma general frente al artículo 1.315 del Código Civil

En las líneas anteriores hemos negado la posibilidad de que los convivientes no casados puedan asumir las normas del régimen económico matrimonial, relacionando esto con la posibilidad o no de ser sujetos de capítulos matrimoniales.

Ahora bien, decíamos que el argumento utilizado por el sector doctrinal que considera posible la asunción paccionada de normas económicas del matrimonio entre convivientes no casados se fundaba en el artículo 1.255 del Código Civil.

Ciertamente, dicho precepto establece lo que se ha venido en llamar el principio de libertad civil, puesto que, y a tenor de dicho precepto, «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público».

A lo que creemos, dicho precepto únicamente justifica la posibilidad de que los convivientes no casados puedan celebrar entre sí cualesquiera pactos para regular sus relaciones patrimoniales, pero al igual que lo podrían hacer cualesquiera otros contratantes.

En efecto, la libertad contractual no es exclusiva de los convivientes no casados heterosexuales, puesto que el artículo 1.255, al ser una norma general, está destinada a todos los contratantes. Por ello, y en aplicación de dicho precepto, también podrían regular su situación patrimonial una pareja de homosexuales o unos laicos y célibes que comparten piso y ponen en común las ganancias que obtienen con su trabajo: nada de ello vulnera los límites del precepto.

Sin embargo, la convención entre particulares de normas estatutarias tiene una regulación especial que por sus efectos margina al artículo 1.255, pues para el régimen económico es el artículo 1.315 el que contiene la posibilidad de que los que se vayan a casar o estén casados —y sólo ellos—

regulen mediante capítulos —y no de otra *forma*— las normas económicas de su relación.

A su vez, los límites de tales pactos no están únicamente regulados en el artículo 1.255, sino que además el artículo 1.328 especifica en esta sede el contenido de aquél y aún añade, teniendo en cuenta la relación matrimonial, «que serán nulas las estipulaciones limitativas de los derechos de cada cónyuge» (45).

En consecuencia, el artículo 1.255, a lo que creemos, no es argumento suficiente y bastante para admitir que los componentes de la unión libre, en el sentido que la hemos definido, puedan convencionalmente regular sus relaciones patrimoniales mediante la asunción de normas económicas destinadas a la relación conyugal, puesto que dicha materia tiene una regulación especial y unos destinatarios particulares: los contrayentes o cónyuges. E incluso podría decirse que permitir a otros sujetos y mediante otras formas la asunción paccionada de normas de régimen económico sería contrario a la Ley que establece el régimen jurídico de los capítulos matrimoniales.

A lo más, el artículo 1.255, y como norma general, legitima a los convivientes no casados para regular de forma paccionada sus relaciones patrimoniales, si bien dentro del marco del derecho general de los contratos y no en sede de matrimonio, pues este elemento previo no existe en la unión libre (46).

3) UN PUNTO DE VISTA HISTÓRICO: LA CARTA DE CONCORDIA EN ARAGÓN

La Sentencia de la Audiencia provincial de Granada de 21 de abril de 1986 para justificar la validez y eficacia de un acuerdo celebrado entre convivientes no casados utiliza en su fundamento de Derecho segundo una erudita exposición de Derecho histórico sobre la regulación de la barraganía en las Partidas y en diversos fueros municipales.

Ahora bien, la barraganía y la unión libre no son situaciones compara-

(45) Vid. LACRUZ, *Elementos...*, t. IV, 1989, págs. 326-329. Para el Derecho aragonés, DE PABLO CONTRERAS, «En torno a los "finés propios del matrimonio" del artículo 25.1 de la Compilación aragonesa», en *Actualidad Civil*, 1986, págs. 1050 y sigs.

(46) Esta ha sido la opinión tradicionalmente defendida en el Derecho francés desde el siglo pasado, que se ha seguido, desde luego, en éste. Las normas de régimen únicamente se aplican a la relación matrimonial; sin tal relación serían ineficaces, pues no tendrían realidad sobre la que aplicarse. A su vez, las normas de régimen se vinculan con un contrato especial: el contrato de matrimonio; y partes esenciales del mismo son los esposos. Vid. en este sentido LAURENT, *Principes de Droit français*, t. XXI, París, 1878, pág. 18, y BEUDANT, *Cours de Droit civil français*, t. X (*Le contrat de mariage et les régimes matrimoniaux*), 1937, págs. 6-7.

bles (47) ni su referencia una vía de solución para los problemas que hoy en día plantea la unión libre.

Es importante tener en cuenta que si en ciertos fueros la barragana tenía derecho a alimentos o a la mitad de las ganancias, no era como efecto de la voluntad de las partes, sino simplemente porque así lo disponía quien tenía el poder de establecerlo. Hoy la unión libre no está regulada, luego no hay punto de comparación; es cierto que podría regularse e igualmente establecerse que la concubina o el concubino se repartiesen las ganancias: acaso entonces dejaríamos también de hablar de unión libre.

Otra forma de justificar los pactos entre convivientes no casados, tanto por parte de la anterior sentencia como por parte de varios autores, consiste en recordar aquellos antiguos pactos de amistad y compañía que celebraban los convivientes no casados de hace unos cuantos siglos (48).

También en Aragón, donde no se reguló la barragana, existieron unos documentos denominados *cartas de concordia* mediante los cuales los convivientes no casados regulaban su situación.

Estas cartas de concordia, según los documentos que transcribe GARCÍA HERRERO, se otorgaban entre personas solteras o entre aquellas otras que no podían contraer matrimonio por existir algún impedimento matrimonial, fundamentalmente el de vínculo.

Curiosamente, los pactos que se acuerdan entre los convivientes no casados no hacen referencia alguna a normas establecidas en el Libro V de los fueros de Aragón —de referencia constante, bien para seguirlos o para renunciarlos en las escrituras de capítulos matrimoniales— para regular la relación matrimonial, sino que, a lo más y de forma pacífica, simplemente acuerdan aquellos los alimentos que el varón prestará a la mujer: su mantenimiento en la casa del varón, tanta sana como enferma, con todo lo necesario para la vida humana, a cambio de los mismos cuidados de la mujer hacia el varón (49).

(47) PANTALEÓN, «La autorregulación de la unión libre», en *Poder Judicial*, núm. 4, 1986, pág. 125.

(48) En este sentido, FOSAR BENLLOC, «La Constitución española de 1978 y la unión libre», *RJC*, núm. 4, 1982, pág. 136; ESTRADA ALONSO, *Las uniones extramatrimoniales...*, 1986, pág. 137; PIÑOL AGUADÉ, quien con poca técnica califica de capitular a una Carta de «amaxia», que a su vez transcribe, otorgada en Córcega en 1287 (cfr. «Matrimonio: sobre capitulaciones matrimoniales, concubinarias y algunos de sus flecos», en *Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada*, núm. 13, enero 1982, pág. 160).

(49) En el año 1478 Joan de Perpinyan otorga junto a Gracia Gonya una carta pública de concordia, en la que, entre otras cosas, establecen. Primo, es condicion que vos, dita Gracia Gonya, biviendo castament e honesta, sia tenido yo, dito Johan, sustener vos sana e enferma de comer, beber, bestir e calcar bien e suficientement durante toda vuestra vida natural.

A veces, incluso se compromete también el varón a costear el funeral y entierro de la mujer e, incluso, a contraer matrimonio con ella cuando pueda.

También era frecuente acordar una indemnización cuando se separaban para contraer matrimonio —o por otra causa— no entre ellos, sino entre uno de ellos y un tercero (50).

Ciertamente esto, que no es más que una curiosidad, poco puede resolver acerca de la situación actual de las parejas no casadas, pero al menos y de cara a la posición aquí defendida es ejemplarizador el comprobar cómo en esos documentos no se acordaban normas de régimen económico. Tanto en la forma como en el contenido diferenciaban claramente lo que era matrimonial de lo que no lo era.

Sirvan, pues, estos ejemplos de nuestros antepasados para poner cada cosa en su sitio: pactos sí, pero no de régimen económico, porque los convivientes no casados no son sujetos de capítulos matrimoniales, único documento en que tales normas estatutarias se pueden convenir.

IV. BIBLIOGRAFIA

- ALBACAR LÓPEZ: «Comentario al artículo 1.325 del Código Civil», en *Código Civil, doctrina y jurisprudencia*, t. IV (arts. 1.088-1.444), Trivium, Madrid, 1991.
- ALT-MAES, FRANÇOIS: «La situation de la concubine et de la femme mariée dans le Droit civil français», *RTDC*, 1983, págs. 641-691.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO: «Las parejas de hecho», en *Aranzadi Civil*, núm. 1, septiembre 1992, págs. 13-27.
- BEUDANT: *Cours de Droit civil français*, t. X («Le contrat de mariage et les régimes matrimoniaux»), París, 1937.
- BLANCO PÉREZ-RUBIO, LOURDES: *Parejas no casadas y pensión de viudedad*, Trivium, Madrid, 1992.
- CABANILLAS SÁNCHEZ: «Comentarios a los artículos 1.325 a 1.335 del Código Civil»,

Item más es condicion que vos, dita Gracia Gonya, me siades tenuta servirme sano e enfermo todo el tiempo de mi vida natural, bien e lealment, aredrarme todo danyo, procurarme todo proveyto e honra, e traballar honestament en mi casa e fazer como buena muller lo que poreys».

En esta misma carta también se dispone que a la muerte de Joan, Gracia percibirá la mitad de los bienes de aquél (cfr. GARCÍA HERRERO, *Las mujeres en Zaragoza en el siglo XV*, t. II, Zaragoza, 1990, pág. 248).

(50) Este es el caso de María Martín y Antón d'Aysa, otorgada en Zaragoza el 27 de mayo de 1481. Ambos deciden vivir juntos, y para el caso de que rompan la convivencia porque cualquiera de ellos contraiga matrimonio, o por cualquier otra causa, él le entregará a ella 300 sueldos y los bienes muebles de la casa en la que estarán. Ella a cambio se compromete a serle fiel, y si no lo es, nada de lo convenido podrá reclamar (cfr. GARCÍA HERRERO, *Las mujeres...*, t. II, 1990, pág. 276).

- en *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid. 1991, págs. 602-615.
- CARBONIER, JEAN: *Derecho civil*, t. I, vol. II («Situaciones familiares y cuasi familiares»). Traducido por MANUEL RUIZ ZORRILLA, Bosch, Barcelona, 1960.
- CERDÁ GIMENO, JOSÉ: *Estudios sobre Derecho de familia*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 1993.
- «La situación de las parejas no casadas ante el Derecho», en *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia (BIMJ)*, núm. 1.482, 1988, págs. 599-643.
- «Una aproximación realista para una visión de conjunto de las sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) relativas a los aspectos de la situación de "parejas no casadas"», *BIMJ*, núm. 1.496, 1988, págs. 3232-3255.
- CORONA QUESADA: *Derecho de familia*, vol. II; *Diccionario práctico de jurisprudencia*, PPU, Barcelona, 1992, págs. 943-952 y 1081-1106.
- CHEVALIER, JEAN-PIERRE: «Concubinage et imposition des revenus», en *Le Droit non civil de la famille*, t. X, edit. Faculté de Droit et des Sciences Sociales de Potiers, París, 1983, págs. 105-132.
- D'ANGELI, FIORELLA: *La famiglia di facto*, Giuffrè, Milano, 1989.
- DE PAGE: *Traité élémentaire du Droit belge*, t. X; *Les régimes matrimoniaux*, vol. I, Bruselas, 1949.
- DEMEIN, BERNARD: *La liquidación de bienes en las uniones de hecho Traducción, notas y relación de sentencias en el Derecho español*, por JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ PORRAS. Prólogo a la edición española, J. M. CASTÁN VÁZQUEZ. Edit. Reus, S.A., Madrid, 1992.
- DURÁN RIVACOBA: «La capacidad en las capitulaciones matrimoniales», en *ADC*, 1991, págs. 97-181.
- ESTRADA ALONSO, EDUARDO: *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*, Cívitas, Madrid, 1986.
- FOSAR BENLLOCH, ENRIQUE: «Análisis de la jurisprudencia sobre las relaciones económicas en las uniones extramatrimoniales», en *RGLJ*, 1983, págs. 885-934.
- «Constitución española de 1978 y uniones libres», en *RJC*, núm. 4, 1982.
- «Las uniones no matrimoniales en el Derecho histórico español. La sucesión *mortis causa* a favor de los hijos extramatrimoniales en el Derecho civil aragonés», *RCDI*, 1983, págs. 133-176 y 823-870.
- GARCÍA CANTERO, GABRIEL: *El concubinato en el Derecho francés*, edit. CSIC, Roma, 1965.
- GARCÍA HERRERO: «La mujer en Zaragoza en el siglo xv», en *Cuadernos Zaragoza*, núm. 62, Ayuntamiento de Zaragoza, Zaragoza, 1990.
- GOUNOUT, EMMA: «Les familles légitimes non fundées sur le mariage», en *Mariage et famille en question*, t. I, dirigido por ROGER NERSON, Institut de Droit compare de l'université Jean Moulin (Lyon III), edit. CNRS, Lyon. 1978, págs. 191-210.
- HANOTIAU, MICHEL: «Reflexions sur l'union libre», en *L'union libre*. Dirig. DE PAGE et VALKENNER. Actes du colloque tenu a l'université libre de Bruxelles le 16 de octobre 1992, 1992, págs. 7-28.
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: «Convivencia *more uxorio*: estipulaciones y presuncio-

- nes», en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, t. I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 1061-1069.
- *Elementos de Derecho civil II*, vol. 2; *Teoría general del contrato*, Bosch, Barcelona, 1987.
- «Capítulos matrimoniales y estipulación capitular», en *Centenario de la Ley del Notariado*, Madrid, 1962, págs. 1-58.
- LAURENT: *Principes de Droit français*, t. XXI, París, 1878.
- MALAUZIE, PHILIPPE: «Mariage et concubinage en Droit français contemporain», en *Archives de Philosophie du Droit*, t. XX («Réformes du Droit de famille»), edit. Sirey, París, 1975, págs. 17-28.
- MANRESA Y NAVARRO: *Comentarios al Código Civil español*, t. IX, Madrid, 1950.
- MARTY-SCHMID, HELEN: *La situation patrimoniale des concubins à la fin de l'union libre. Etude des Droits suisse, français et allemand*, Librairie Droz, Genève, 1986.
- MOREU BALLONGA, JOSÉ LUIS: «Comentario al artículo 25 de la Compilación aragonesa», en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, dirigidos por JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, DGA, Zaragoza, 1988, págs. 638 y sigs.
- MUÑOZ DE DIOS, G.: «Régimen jurídico de las uniones extramatrimoniales», en *La Ley*, t. II, 1987, págs. 1163 y sigs.
- PABLO CONTRERAS, PEDRO DE: «En torno a los "fines propios del matrimonio" del artículo 25.1 de la Compilación aragonesa», en *Actualidad Civil*, 1986, págs. 1577-1591.
- PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO: «La autorregulación de la unión libre», en *Poder Judicial*, núm. 4, 1986, págs. 119-125.
- PEYRAD, GEORGES: «Les couples non mariés», en *Mariage et famille en question*, t. I. Dirigido por ROGER NERSON, Institut de Droit Compare de l'Université Jean Moulin (Lyon III), edit. CNRS, Lyon, 1978, págs. 211-238.
- PIÑOL AGUADÉ, JOSÉ MARÍA: «Matrimonio: capitulaciones matrimoniales, concubinarias y algunos de sus flecos», *Boletín Informativo del Colegio Notarial de Granada*, núm. 13, enero 1982, págs. 149-160.
- PUYOL MONTERO, F. JAVIER: *Derecho de familia. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, PPU, Barcelona, 1992, págs. 883-908.
- RAMS ALBESA, JOAQUÍN: «Comentario a la Resolución de la DGRN de 25 de noviembre de 1990 sobre si el pacto es estipulación capitular», en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 25, 1991, págs. 19-33.
- ROCA TRÍAS, ENCARNACIÓN: «Familia, familias y Derecho de familia», en *ADC*, 1990, págs. 1055-1091.
- RONDEAU-RIVIER, MARIE-CLAIRE: «Les dimensions de la famille», en *Mariage et famille en question*, t. I. Dirigido por ROGER NERSON, Institut de Droit Compare de l'Université Jean Moulin (Lyon III), edit. CNRS, Lyon, 1978, págs. 23-73.
- SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, t. V, vol. 1, Madrid, 1912.
- SERRANO MORENO, JOSÉ LUIS: «Una propuesta para la tutela jurídica de la familia sin matrimonio», en *Actualidad Civil*, núms. 27 y 28, 1987, págs. 1719-1727 y 1767-1778.
- TORRES LANA, JOSÉ ÁNGEL: «De nuevo sobre las relaciones patrimoniales entre parejas no casadas», en *Aranzadi Civil*, núm. 15, septiembre 1993, págs. 9-23.

- VERHEYDEN-JEANMART, N.: «Les effect patrimoniaux de l'union libre et de sa rupture», en *L'union libre*. Dirg. DE PAGE et VALKENNER. Actes du colloque tenu a l'université libre de Bruxelles le 16 de octobre 1992, 1992, págs. 45-179.
- VIDAL MARTÍNEZ, JAIME: «Aplicación del régimen de la sociedad de gananciales a una relación de convivencia no matrimonial. Convenio económico. Validez (comentario de urgencia a la S. de 21 de abril de 1986 de la Audiencia provincial de Córdoba)», en *Revista General del Derecho*, 1986, págs. 4303-4317.
- WATTÉ, NADIEN, y LAURENT BARNICH: «L'union libre en Droit international privé», en *L'union libre*. Dirg. DE PAGE et VALKENNER. Actes du colloque tenu a l'université libre de Bruxelles le 16 de octobre 1992, 1992, págs. 293-311.

MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ
Universidad de Zaragoza

DICTAMENES Y NOTAS

«Informe sobre tratamiento fiscal de los incrementos patrimoniales producidos en inmuebles pertenecientes al patrimonio histórico de las Mutuas»

SUMARIO. I. EXPOSICION DE LA SITUACION JURIDICA.—II. IMPUESTO SOBRE LAS SOCIEDADES: 1. EXENCIÓN DE LOS INCREMENTOS DE PATRIMONIO SEGÚN LA LEY DE ADECUACIÓN: 1.1. *Comunicación previa al Ministerio de Hacienda.* 1.2. *Exención de las Mutuas transmitentes. Los incrementos de patrimonio que se excluyan de la base imponible.* 1.3. *Exención de la entidad adquirente.* 1.3.1. Previa obtención de rentas derivadas de los elementos patrimoniales de la Mutua. 1.3.2. La exención no vinculada a la obtención de rentas.—2. POSIBILIDAD DE ENJUICIAR LA FUSIÓN DE DOS MUTUALIDADES EN UNA NUEVA COMO INCREMENTO PATRIMONIAL A TÍTULO GRATUITO. 3. CRITERIOS OFICIALES Y LEGALES OPUESTOS A LAS REVALORIZACIONES CONTABLES. 4. LA NO TRIBUTACIÓN DE LOS INCREMENTOS DE PATRIMONIO DESDE UN PUNTO DE VISTA CONCEPTUAL.—III. IMPUESTO DE OPERACIONES SOCIETARIAS.—IV. IMPUESTO SOBRE EL INCREMENTO DE VALOR DE LOS TERRENOS DE NATURALEZA URBANA.—V. CONCLUSIONES.

I. EXPOSICION DE LA SITUACION JURIDICA

Los procesos de fusión de las personas jurídicas, en cuanto exigen la aprobación de un balance de las entidades que se unen, conllevan la necesaria afluencia de incrementos puramente contables si los bienes pertenecientes a las sociedades fusionadas se adquirieron en fecha remota como consecuencia del envilecimiento del valor de la moneda.

La Ley de Adecuación a las Directivas y Reglamento de la Comunidad Económica Europea establece un régimen de neutralidad tributaria para los

negocios jurídicos que provocan la concentración de capitales. Se siguen así las pautas de la Comunidad, que desde hace bastantes años viene incentivando la reestructuración empresarial y la concentración de capitales.

La Ley de Adecuación ha reformado determinados preceptos de la legislación reguladora del Impuesto de Sociedades. Fundamentalmente toda la materia referente a las consecuencias fiscales de las operaciones de fusión, escisión, canje de valores y aportación no dineraria de ramas de actividad.

Para que la sociedad fusionada resulte invulnerable (fiscalmente hablando) frente a los incrementos de patrimonio derivados de la fusión, es preciso relacionar hermenéuticamente dos preceptos básicos de la Ley de Adecuación.

Son los artículos 4 y 16. El último de ellos, que obliga a comunicar al Ministerio de Hacienda, con carácter previo, la realización de la *fusión* como premisa temporal para disfrutar de las *exenciones fiscales*, interpretado en profundidad permite incluir a la entidad fusionada entre los beneficiarios de la exención.

El segundo aconseja realizar una determinada política de arrendamientos parciales para evitar que la Inspección de Hacienda pueda poner trabas a la desgravación fiscal.

El patrimonio de la entidad, como consecuencia de la fusión preparatoria, trasluce un importante incremento contable no especulativo, cuya tributación por el Impuesto de Sociedades sería preocupante dada la magnitud de la plusvalía operada. En este dictamen esgrimimos los argumentos precisos para enervar las posibles pretensiones recaudadoras de la Hacienda Pública:

Partimos de la situación contable en agosto de 1993, habida cuenta de que no se han aprovechado las varias posibilidades exoneradoras que ha brindado nuestro derecho positivo en los últimos años.

Porque lo cierto es que no se ha realizado completamente la revalorización de activos que han permitido las diversas leyes de presupuestos, propiciadoras de la regularización de balances y que hubiera obviado la preocupación actual.

Pero tampoco se acudió oportunamente a la posibilidad de realizar la fusión con un coste mínimo y simbólico de un 1 por 100 del incremento patrimonial en la forma que estableció la Ley 76/1980, de 26 de diciembre, propiciadora de las fusiones de empresas y de todo procedimiento que propugnase la concentración de empresas. Para disfrutar de esta tributación benevolente hubiera sido preciso solicitar del Ministerio de Hacienda el acogimiento a dicho régimen (ahora derogado) dentro del primer semestre del año 1992, cosa que no se hizo, y, por tanto, ha caducado dicha posibilidad.

Vamos, pues, a indagar las posibilidades de éxito que nos quedan dentro de las coordenadas fiscales en las que nos movemos.

II. IMPUESTO SOBRE LAS SOCIEDADES

1. EXENCIÓN DE LOS INCREMENTOS DE PATRIMONIO SEGÚN LA LEY DE ADECUACIÓN

1.1. *La comunicación al Ministerio de Hacienda*

El artículo 16 de la Ley de Adecuación impone un requisito previo para que las entidades puedan disfrutar de la exención: comunicar al Ministerio, con carácter previo, la realización de las operaciones beneficiadas (la fusión, la escisión...).

Aunque el precepto parece claro, es preciso indagar su verdadero alcance, que aparece agazapado tras las palabras. Es preciso buscar el escondido significado profundo.

Una lectura superficial de la norma pudiera sugerir la necesidad de que la notificación al Ministerio preceda a la fusión o a las otras operaciones societarias: la comunicación previa a la escisión, por ejemplo.

Este entendimiento constituiría un espejismo. No hay que olvidar que la Ley de Adecuación se promulgó para armonizar nuestra legislación a la europea: Y en Europa se incentivan sin paliativos todos los procesos de concentración de empresas.

Hay que comunicar con carácter previo. ¿Previo a qué? La norma no dice: con carácter previo *a la realización* de las operaciones. Se trata de una cuestión de matiz. Si la comunicación hubiese de preceder *a* la fusión, habría que notificar al Departamento antes de iniciar los procesos societarios.

Pero la regla que comentamos sigue otras sendas conceptuales. Exige comunicar *la realización* de las operaciones societarias. Pero una fusión, por ejemplo, no está *realizada* totalmente sino cuando finaliza un complejo proceso que engloba varios actos sucesivos: los acuerdos favorables de las Juntas Generales de las sociedades implicadas en la unión; la inscripción de la nueva entidad en el Registro Mercantil o en el Registro Administrativo pertinente, y la subsiguiente cancelación de los folios registrales de las personas jurídicas fusionadas en el caso de fusión por unión. Y desde un enfoque económico, será preciso que se haya operado la transmisión en bloque de los patrimonios de las sociedades fusionadas hacia el nuevo ente creado. Cuando se hayan completado todas estas mutaciones jurídicas y económicas será cuando estará realmente *realizada* la operación societaria.

Comunicar con anticipación *a* la realización de la fusión sería notificar un mero proyecto, como recabando el beneplácito de la Administración. Algo así como convertir la comunicación en una solicitud de autorización, lo que conculcaría formalmente la permisividad europea, a la que es forzoso que se adecue la legislación española.

La referencia temporal debe tener un predicado más lógico. Si lo que se comunican son las operaciones *realizadas*, esta notificación debe *preceder* a algo, puesto que la expresión «con carácter previo» tiene un rotundo sabor cronológico.

Pues bien, la fusión ya *realizada* habrá que comunicarla *antes* del 31 de diciembre del año en que se perfeccione la operación societaria, porque en dicho día decembrino es cuando se devenga el Impuesto de Sociedades, que es el tributo que grava los incrementos de patrimonio aflorados en las fusiones societarias. Así, cuando las entidades implicadas en la fusión hagan la declaración por este Impuesto, en el ejercicio siguiente, incluirán en el sobre-declaración el justificante de haber realizado oportunamente la comunicación exigida. Así las cosas, el Fisco deberá reconocer la exención invocada por el contribuyente al haberse cumplido todos los requisitos exigidos.

Es cierto que si el proceso de fusión se hubiese finalizado en 1992, evidentemente la comunicación al Ministerio de Hacienda debería haberse realizado dicho año.

Pero en este supuesto, aunque la notificación devenga extemporánea convendrá hacerla en 1993 para exteriorizar una actitud colaborante con el Fisco y para argüirla al presentar la declaración del Impuesto de Sociedades correspondiente al ejercicio de 1993. El retraso en la comunicación sólo podrá calificarse como infracción tributaria simple, pero no enervará el derecho a la exención.

La declaración del Impuesto de Sociedades, en su caso, incluirá el incremento patrimonial, pero la revalorización contable quedará neutralizada mediante el mecanismo del ajuste extracontable negativo en la base imponible, que compensará fiscalmente el incremento de patrimonio generado.

En definitiva, lo que propicia la Ley de Adecuación es el diferimiento de las plusvalías latentes no especulativas que se generan como consecuencia de operaciones de concentración y reestructuración de empresas.

* * *

En la Exposición de Motivos de la Ley de Adecuación se establece claramente que la ejecución de las operaciones de fusión, escisión, aportación no dineraria de ramas de actividad y canje de valores *no origina carga tributaria alguna*.

Esto es lógico porque la Ley de Adecuación se promulgó para adaptar nuestra normativa tributaria a las normas emanadas de la Comunidad Económica Europea. A este respecto, la Directiva 90/434/CEE del Consejo de 23 de julio de 1990 establece un régimen tributariamente aséptico para estas

operaciones. Y el Tratado de adhesión a las Comunidades Europeas *obliga* a que nuestra legislación fiscal establezca una regulación concorde con la de la CEE.

Esto trae como consecuencia que no se puede interpretar el artículo 16 de la Ley de Adecuación en el sentido de que se pierde el régimen tributario exonerador si la comunicación de la fusión al Ministerio de Hacienda se realiza fuera de las previsiones temporales marcadas por el legislador. Independientemente de que la referencia cronológica es discutible puesto que comunicar antes de la realización de la fusión constituye una actitud preparatoria y lo que de verdad se exige es que Hacienda tenga conocimiento de la *realización de las operaciones*, cuya efectividad no puede estimarse producida hasta que la fusión no está consumada. Pero aun aceptando a efectos argumentales que se hubiera podido cometer una infracción de notificación extemporánea, el retraso no puede servir, dentro del Derecho comunitario, para desvirtuar la exención, convirtiendo un acto exonerado en un acto sujeto, con toda la belicosidad tributaria que implica tener que pagar unos incrementos patrimoniales en el Impuesto sobre las Sociedades. A lo sumo y admitiendo una cierta elasticidad sancionadora, podría estimarse que las entidades interesadas habían retrasado el cumplimiento de la obligación de comunicar sus estrategias jurídicas a los órganos pertinentes del Ministerio de Hacienda, con lo cual podrían haber cometido una infracción tributaria simple, de las tipificadas en la Ley General Tributaria, pero nunca podrá, ortodoxamente, pretenderse que el incremento patrimonial no especulativo lucido en contabilidad deba tributar por el Impuesto de Sociedades, porque a esta tributación se opone no sólo la Directiva antes mencionada, sino toda una regulación congruente sobre la materia elaborada por la Comunidad Económica Europea de forma reiterada desde hace casi veinticinco años.

A este respecto resulta ilustrativo examinar la propuesta de Directiva presentada por la Comisión el 16 de enero de 1969 y remitida nuevamente al Consejo el 30 de abril de 1980. En dicha Directiva se establece (disposición primera) que cada Estado miembro *aplicará* a las fusiones... *las disposiciones* de los siguientes artículos.

Fundamental a nuestro respecto es el artículo 4.º, que contiene una norma prohibitiva y que vincula a todos los Estados miembros de la CEE; dice así: «En caso de fusión o de escisión los Estados miembros *se abstendrán* de deducir cualquier impuesto sobre las plusvalías generadas por los bienes aportados, es decir, sobre las sumas correspondientes a la diferencia entre el valor real de estos bienes y el valor con que figuran en el balance fiscal de la sociedad aportante», en la medida en que los bienes inmuebles por naturaleza se vinculen, desde el punto de vista contable, a los establecimientos permanentes de la sociedad beneficiaria.

La norma prohibitiva es clara. Ningún Estado miembro (y entre ellos España) puede exigir ningún impuesto (y entre ellos el Impuesto de Sociedades) sobre los incrementos contables de los bienes aportados. Evidentemente, el legislador europeo tiene la vista puesta en los incrementos patrimoniales meramente contables, es decir, en los no especulativos, puesto que contiene una directa alusión al valor con que los bienes figuran en el balance fiscal de la sociedad aportante.

En el caso que nos ocupa se cumplen las exigencias establecidas por la legislación europea, ya que el edificio que ha experimentado un notable incremento patrimonial es un inmueble por naturaleza que se vincula de una forma definitiva y contable al establecimiento permanente de la sociedad beneficiaria de la fusión.

Si el legislador español pretendiera hacer tributar el incremento patrimonial aflorado en el proceso de fusión al actualizar el valor de los bienes aportados en el balance final de una de las sociedades fusionadas apoyado simplemente en el hecho de no haberse comunicado oportunamente el proyecto de fusión, estaría conculcando drásticamente la legislación europea, y su normativa y sus actitudes devendrían nulas por incongruencia con una normativa superior.

Si la comunicación exigida por el artículo 16 de nuestra Ley de Adecuación implicase un plazo preclusivo cuya inobservancia pudiera sancionarse por las autoridades fiscales españolas con la exacción del Impuesto de Sociedades, se estaría conculcando la normativa comunitaria, a la que también está obligado el Estado español, que debe *abstenerse* de exigir cualquier impuesto (entre ellos el de sociedades) por la realización de las indicadas operaciones societarias.

Europa (y congruentemente España) sólo debe exigir el Impuesto de Sociedades por los incrementos patrimoniales lucidos en contabilidad en los casos de fusión, exclusivamente en los dos casos siguientes que permite la legislación comunitaria:

- a) En el caso de fraude o evasión fiscal. La Directiva 90/434/CEE establece la presunción de que ha existido fraude o propósito de evasión fiscal si la operación no se realiza por motivos económicos válidos, como serían la reestructuración o racionalización de las actividades realizadas por las entidades implicadas en la operación.
- b) En el supuesto de que la fusión pretenda evitar la representación de los trabajadores.

El criterio favorable a las concentraciones de empresas ha sido una constante del Derecho europeo desde los inicios de la legislación comuni-

taria. De esta preocupación se hizo eco el mismo Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (de 25 de marzo de 1957), que en su artículo 220 dispone que los Estados miembros asegurarán la posibilidad de fusión de sociedades.

La Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 23 de julio de 1990 declara que las fusiones entre sociedades no deben verse obstaculizadas por *restricciones*, desventajas o distorsiones particulares derivadas de las disposiciones *fiscales* de los Estados miembros.

1.2. *Exención de las Mutuas transmitentes. Los incrementos de patrimonio que se excluyen de la base imponible*

El artículo 3.º de la Ley de Adecuación contiene la definición pertinente a nuestro caso:

«Tendrán la consideración de incrementos o disminuciones de patrimonio en el Impuesto de Sociedades las variaciones de valor que se pongan de manifiesto en la entidad transmitente a causa de las transmisiones derivadas de las fusiones».

Al confeccionar el balance de la sociedad absorbida (previo a la fusión) se pondrá de manifiesto en el activo de esta entidad una variación en más en el valor de los inmuebles patrimoniales.

Pero no todos los incrementos de patrimonio provocados por las operaciones protegidas están gravados fiscalmente. El favor del legislador se proclama con rotundidad: «No se *integrarán* en la base imponible del Impuesto de Sociedades, los incrementos y disminuciones de patrimonio (aunque se hagan lucir en contabilidad) que se pongan de manifiesto como consecuencia de las transmisiones realizadas por entidades residentes en territorio español de bienes y derechos en él situados» [art. 4.º, párrafo 1, apartado a)].

La base imponible del Impuesto de Sociedades se *integra* fundamentalmente de dos ingredientes: los rendimientos (ya provengan del capital o de la realización de las actividades empresariales societarias) y los incrementos de patrimonio. Por tanto, en principio, unos y otros han de tomarse en consideración, como sumandos imprescindibles, para cuantificar la base liquidable del Impuesto. Y sólo podrá prescindirse de esta *integración* si un precepto legal expresamente autoriza la desintegración.

Y esto es lo que ocurre con el artículo 4.º, letra a), párrafo 1.º, de la Ley

de Adecuación (que acabamos de transcribir), que permite no integrar en la base imponible determinados incrementos de patrimonio.

Esta normativa se amolda perfectamente a la fusión que nos ocupa. Una de las entidades fusionadas experimentó (aunque tan sólo contablemente) un incremento de patrimonio que se ha puesto de manifiesto como consecuencia de la aportación de todo su activo y su pasivo a la nueva Mutua. Y como la fusionada es una entidad residente en territorio español y los edificios que la pertenecían son bienes también situados en territorio español, evidentemente la plusvalía vinculada a la operación de la fusión sería un incremento patrimonial que reúne todos los requisitos para gozar de la desgravación tributaria si no fuese por la incidencia del artículo 4.º, letra a), párrafo 3.º, de la también Ley de Adecuación, que minimiza la *desintegración* de la base imponible con una indebida involucración. Porque el artículo 4.º, letra a), párrafo 1.º, que permite excluir a determinados incrementos de patrimonio, tiene la vista puesta en las personas jurídicas transmitentes y, por el contrario, el párrafo 3.º de la letra a) del artículo 4.º (que restringe el favor fiscal a tan sólo ciertos incrementos patrimoniales) tiene la vista puesta en las entidades adquirentes. La redacción literal de este párrafo 3.º de la letra a) del artículo 4.º de la Ley de Adecuación es la siguiente:

«Cuando la entidad adquirente resida en territorio español, sólo se excluirán de la base imponible los incrementos y disminuciones de patrimonio correspondientes a aquellos elementos que contribuyan a la obtención de rentas que hayan de tributar efectivamente por el Impuesto sobre Sociedades».

1.3. *Exención de la entidad adquirente*

El artículo 4.º, letra a), párrafo 3.º, de la Ley de Adecuación restringe el beneficio de la exoneración con respecto a las entidades adquirentes. Relacionando este precepto con el RD de 9 de octubre de 1992 regulador del patrimonio de la Seguridad Social, podemos ofrecer una doble argumentación que permita a la nueva entidad escoger la estrategia que le resulte más conveniente frente a una hipotética inspección de Hacienda. En primer término se ofrecen las consideraciones pertinentes para el supuesto de que la Mutua fusionante tenga arrendados algunos inmuebles (apartado 1.3.1 de este informe). Supletoriamente se brindan los argumentos oportunos esgrimibles en el supuesto de que la Mutua prefiera no tener arrendados ningunos bienes (apartado 1.3.2 de este informe).

1.3.1. Previa obtención de rentas derivadas de los elementos patrimoniales de la Mutua

El problema es que la exención generosa de este artículo 4.º aparece minimizada por el párrafo 3.º de la letra *a*) del propio artículo, según el cual cuando la entidad adquirente resida en el territorio español sólo se excluirán de la base imponible los incrementos y disminuciones de patrimonio correspondientes a aquellos elementos que contribuyan a la obtención de rentas que hayan de tributar efectivamente por el Impuesto sobre Sociedades.

Este precepto parece afectar directamente a la Mutua por cuanto es una entidad que reside en territorio español y ha *adquirido* el patrimonio de las sociedades fusionadas. Aunque si tenemos en cuenta el precepto contradictorio que exime a las entidades transmitentes, parece que la antítesis desaparecería si el artículo 4.º se entendiese aplicable exclusivamente a las fusiones por absorción, en las que la sociedad fusionante percibe evidentemente un incremento patrimonial, pues en la fusión por unión no puede hablarse de variación de un patrimonio que no existía antes de la fusión.

Podría argumentarse frente a la Inspección de Hacienda que a la Mutua sólo le son aplicables las normas que exoneran a las Mutualidades fusionadas (que evidentemente han podido tener un incremento contable), pero no este párrafo 3.º de la letra *a*) del artículo 4.º Y podría sostenerse incluso ante las jurisdicciones económico-administrativa y contencioso-administrativa. No obstante, por puro juego intelectual, vamos a desentrañar el alcance de este artículo 4.º

¿Cuáles son los elementos que contribuyen a la obtención de rentas que hayan de tributar efectivamente por el Impuesto sobre Sociedades? Para dilucidarlo examinamos los diferentes componentes posibles de la renta de la entidad:

a) Rendimientos que pudieran obtenerse por el ejercicio de explotaciones económicas.

No encajan en el supuesto que nos ocupa. La explotación económica es un concepto dinámico. Implica la continuidad en el ejercicio económico de los bienes productivos de la persona jurídica. Y no tiene nada que ver con la enajenación de tales cosas y con los posibles incrementos de patrimonio derivados de esa venta. Para que la explotación genere rendimientos a favor del sujeto pasivo es preciso que sus ingredientes continúen en poder del mismo. Si los enajena ya no podrán producirle rendimientos.

b) Los derivados de su patrimonio cuando su uso se halla cedido.

Es el caso, por ejemplo, de un inmueble arrendado a tercero. Dicha finca constituirá un elemento que contribuye a la obtención de rentas (rendimientos procedentes del capital) que deberán tributar efectivamente por el Impuesto sobre Sociedades.

Si el edificio de la Mutua absorbida se alquila parcialmente a tercera persona, la renta procedente de la locación será un rendimiento que deberá tributar por el Impuesto sobre Sociedades. Por ello, como consecuencia de la fusión la Mutua (que asume el patrimonio de las Mutualidades fusionadas) será una entidad adquirente que reside en territorio español y tendrá derecho a que se excluya de la base imponible el incremento de patrimonio (desvelado en la contabilidad de las Mutualidades transferentes) derivado de ese elemento inmobiliario, que al estar arrendado contribuye a la obtención de rentas que anualmente deberán tributar por el Impuesto de Sociedades.

c) Los rendimientos sometidos a retención.

Normalmente son intereses derivados de colocaciones de capital, dividendos de acciones, rentas de títulos-valores... Estos rendimientos también habrán de tributar en su día por el Impuesto de Sociedades. Pero el posible incremento de patrimonio derivado de la enajenación de estos bienes no es objeto de nuestro estudio, porque lo que nos preocupa es el aumento del valor del edificio perteneciente a una de las Mutuas fusionadas.

1.3.2. La exención no vinculada a la obtención de rentas

Pór fortuna para la nueva Mutua, pudiera defenderse que el requisito exigido por el artículo 4.º de la Ley de Adecuación no puede imponerse a las Mutuas patronales. Esta exoneración resulta de una interpretación conjunta de nuestro derecho positivo, ya que el artículo 4.º no constituye un precepto aislado, sino que debe armonizarse con otras normas imperativas afectantes a las Mutuas. Y si a éstas les afectan determinadas normas prohibitivas del derecho sustantivo, no puede una regla del derecho fiscal conculcar un régimen constrictor preestablecido.

Y esto es lo que ocurre con las Mutualidades. A este respecto resulta muy elocuente la disposición adicional primera del Real Decreto 1221/1992, de 9 de octubre, sobre el patrimonio de la Seguridad Social. Según dicha disposición:

«El patrimonio histórico de las Mutuas, en el que hay que incluir evidentemente el edificio propiedad de la Mutua absorbi-

da... se halla *afectado estrictamente* al fin social de la entidad, sin que de su *dedicación* a los fines sociales de la Mutua puedan *derivarse rendimientos* e incrementos patrimoniales que, a su vez, constituyan gravamen para el patrimonio único de la Seguridad Social».

Una afección es un gravamen. Una especie de hipoteca tácita de una gran fuerza. Y si el patrimonio histórico se halla *afectado estrictamente* (es decir, de una forma directa, yusiva, fuertemente vinculativa) al fin social de la entidad, ello quiere decir que, si fuera preciso, podría disponerse de él *in extremis* para poder satisfacer las indemnizaciones que fueran procedentes por las enfermedades profesionales sobrevenidas o por los accidentes de trabajo, generadores de lesiones o incapacidades, en el caso de que el numerario procedente de las cuotas satisfechas resultara insuficiente para tales atenciones.

Existiendo este potencial derecho de realización, es por lo que se repudia el recurso a la explotación económica, ya que no quiere el legislador que estas Mutualidades persigan un fin de lucro, aunque se le enmascare con la obtención de rendimientos para cubrir los fines sociales.

Se prohíbe, pues, que estas Mutuas obtengan rendimientos o incrementos patrimoniales gravables tributariamente. Por lo que resulta imposible cumplir el requisito establecido en el artículo 4.º de la Ley de Ade-cuación.

Pero sabemos que la Ley de Ade-cuación, para otorgar el régimen de exenciones fiscales a las operaciones de fusión, exige una estrategia dual: *a)* que las sociedades fusionadas residan en territorio español y que los bienes del activo estén sitos también en él, y *b)* que los bienes generadores de los incrementos patrimoniales (reales o contables) generen rendimientos gravables por el Impuesto de Sociedades (art. 4 LA).

Esta duplicidad tributaria es exigible perfectamente a las sociedades mercantiles provistas de ánimo de lucro. Pero es inaplicable a las Mutuas patronales, cuyo régimen jurídico (como acabamos de ver) no se concilia con la explotación comercial del patrimonio histórico.

Por ello resulta que la normativa fiscal no puede aplicarse totalmente a las Mutuas patronales. A ellas sólo les puede afectar la parte de la normativa tributaria que no chirría al subsumirla en los cauces del derecho sustantivo. Es decir, que a las Mutuas sólo se les puede exigir la normativa de la Ley de Ade-cuación [art. 4.º, apartado *a)*, párrafo 1.º] que no se opone al estatuto jurídico de estas entidades. Como no se puede exigir a un establecimiento de beneficencia para otorgarle una exención en el ITP que genere rendimientos gravables fiscalmente, porque una tal exigencia repugnaría al objeto social de estas instituciones y devendría irrealizable.

2. POSIBILIDAD DE ENJUICIAR LA FUSIÓN DE DOS MUTUALIDADES EN UNA NUEVA COMO UN INCREMENTO PATRIMONIAL A TÍTULO GRATUITO

En un dictamen profesional se considera que es aplicable a la fusión de las Mutualidades patronales la disposición final cuarta de la Ley del Impuesto sobre las Sucesiones, según la cual «estarán exentos en el Impuesto sobre Sociedades los incrementos de patrimonio a título gratuito obtenidos por las entidades a que se refiere el artículo 5.º de la Ley 61/1987, de 27 de diciembre».

1.º Creo que las transmisiones patrimoniales provocadas por un proceso de fusión entre unas personas jurídicas nada tiene que ver con lo establecido en esta disposición final cuarta. Cuando se produce una fusión de dos entidades se provoca la transmisión en bloque del patrimonio de las sociedades fusionadas a favor del nuevo ente creado, como claramente establece el artículo 1.º de la Ley de Adecuación a las Directivas de las comunidades europeas.

Evidentemente hay una transmisión, pero esta transmisión no puede conceptuarse como gratuita, sino que se deriva de un negocio oneroso.

En las fusiones como en las constituciones de sociedades el patrimonio del nuevo ente creado surge en virtud de las aportaciones económicas de los socios (en el caso de constitución) o de las sociedades que se aglutinan (en el caso de la fusión). Pero la aportación no es un negocio lucrativo, sino que es un específico negocio jurídico oneroso por cuanto lo que se da no es expresión de un desprendimiento gratuito en beneficio de otro, sino que prevé la obtención de un equivalente económico que ha de recibirse de la otra parte contratante. Se da una cosa para recibir otra, como ocurre, por ejemplo, en el paradigmático contrato de compraventa, en el que se entrega una cosa para recibir un precio que se considera económicamente equivalente al valor de lo transmitido.

Lo que ocurre con los fenómenos o procesos societarios es que la contraprestación aparece diferida en el tiempo. Cuando una sociedad aporta a otra un patrimonio de veinte o de treinta millones de pesetas, lo que se recibe a cambio (normalmente lo reciben los accionistas de las entidades fusionadas) son, de momento, títulos-valores o acciones que evidentemente no tienen un valor físico equivalente a la estimación económica de las aportaciones. Unas acciones de veinte millones de pesetas son un papel que físicamente no representan ese valor de veinte millones de pesetas. Como objeto físico la acción tiene un valor muy inferior, en cuanto que es un papel más o menos solemne, al de la aportación que se ofrece como contravalor. Lo que pasa es que el título representativo de la actualidad de socio confiere unos derechos sociales a participar en los beneficios, en la gestión de la sociedad..., que sobrepasan la estimación económica del papel recibido.

Pero, sobre todo, la contraprestación se produce no con el ejercicio de los derechos de socio, que eso es un cariz fruicional similar al que puede representar el aprovechar los frutos de una finca adquirida, sino en el momento de la disolución de la sociedad. Con la creación del ente social surge un fenómeno de comunicación de bienes, en que las distintas aportaciones de los diferentes socios pasan a nutrir un fondo común o patrimonio adscrito al cumplimiento de las finalidades sociales. Y cuando la sociedad se extingue hay que restituir a los socios las aportaciones que en su día realizaron. Es en este momento venidero cuando de verdad se produce la contraprestación de la aportación realizada. Mientras la sociedad estuvo en funcionamiento lo que se obtuvieron fueron los frutos, lucros o ganancias de la gestión social. Pero la auténtica contrapartida de la aportación, no en cuanto a los frutos, sino con referencia al mismo capital productivo o fructífero, se genera precisamente en el momento de la disolución, cuando (después de satisfacer las deudas de la sociedad) hay que restituir a los socios las cuotas que les corresponden en el patrimonio de la sociedad y que son correlativas a las aportaciones que en su día realizaron.

Porque, hay que volver a insistir, el negocio de aportación es un negocio oneroso que no está presidido por el ánimo de liberalidad.

2.º Directamente se puede demostrar que las transmisiones inherentes a un proceso de fusión no constituyen un negocio gratuito.

La tributación de los actos gratuitos está contemplada en los artículos 1.º y 3.º de la Ley del Impuesto sobre las Sucesiones. Según el artículo 1.º, el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones grava los incrementos patrimoniales obtenidos a título lucrativo por personas físicas. A su vez, el artículo 3.º establece que el hecho imponible está determinado por la adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio. También se incluye en el hecho imponible la adquisición de bienes y derechos por donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito e *inter vivos*.

El artículo 3.º finaliza estableciendo que los incrementos de patrimonio obtenidos a título gratuito por personas jurídicas se someterán al Impuesto sobre Sociedades.

Por tanto, la sumisión de los tipos impositivos sobre las sociedades (o la exención purificadora) sólo podrán producirse si el negocio jurídico instrumentado puede conceptuarse como una herencia o como una donación.

a) Conceptuación como herencia o legado.

Es totalmente imposible. Para poder apreciar la existencia de una herencia, la situación jurídica provocada habría que enmarcarla o bien en la sucesión testamentaria o bien en la sucesión forzosa.

a') Como herencia testamentaria no es viable. Sólo son capaces de testamentación las personas individuales, pues las sociedades, bien sean de Derecho público o privado, carecen de tal capacidad y únicamente se les permite fijar en sus estatutos o cláusulas fundacionales el destino de los bienes en caso de disolución, según establece el artículo 39 del Código Civil, lo cual no es concederle la facultad de testar (CASTÁN en su obra *Derecho civil español común y foral*).

a'') Tampoco puede producirse una sucesión *ab intestato* de una entidad. Por las mismas razones aducidas por CASTÁN y porque las personas jurídicas no mueren, a diferencia de las personas físicas. Una entidad (por ejemplo, la Iglesia católica, cualquier Ayuntamiento o cualquier Estado pueden permanecer por los siglos de los siglos, y lo mismo pasa con las personas jurídicas de carácter mercantil o civil, que sólo desaparecen cuando se extinguen en virtud de un proceso de disolución, pero no son capaces de muerte física porque, entre otras cosas, carecen de existencia física, ya que no son otra cosa sino una ficción o creación del derecho).

Y aunque a efectos argumentales aceptáramos que una persona jurídica pudiera morir, lo cierto es que no tendría libertad para transmitir su patrimonio de la forma que libérrimamente deseara, pues las sociedades no disponen de la libertad de testar que caracteriza a los sujetos individuales.

Como hemos dicho reiteradamente en este escrito, el patrimonio de una persona jurídica está adscrito al cumplimiento de unas finalidades sociales, y cuando éstas se agotan y se disuelven las personas jurídicas los bienes no pueden ser distribuidos caprichosamente, sino que tienen que ser repartidos forzosamente entre los socios como actitud retributiva de las aportaciones que en su día realizaron dado el cariz innegablemente oneroso que tiene el contrato de sociedad.

Lo que estamos discutiendo es la imposibilidad de que una persona jurídica pueda transmitir *mortis causa* su patrimonio. Distinta es la situación como adquirente. Evidentemente, cualquier sociedad puede ser beneficiaria a título lucrativo, y a esto es a lo que se refiere el artículo 3.º de la Ley del Impuesto sobre las Sucesiones y Donaciones cuando contempla las adquisiciones gratuitas que pueden realizar los entes societarios, ya sea por vía *mortis causa*, ya sea por actos *inter vivos*. El único supuesto de incapacidad absoluta para adquirir por vía lucrativa es el contemplado en el artículo 745, número 2, del Código Civil, que declara incapaces para suceder en toda herencia o legado a las asociaciones o corporaciones no permitidas por la Ley.

3.º ¿Puede considerarse la transmisión del patrimonio por vía de fusión como un negocio jurídico a título gratuito en *inter vivos*?

Evidentemente, no. Por las siguientes razones:

- a) Porque el cariz oneroso del contrato al que tantas veces nos hemos referido y que obstaculiza el que pueda considerarse como negocio gratuito.
- b) Porque toda donación requiere un elemento intencional, el *animus donandi*. Este requisito no puede producirse en un negocio que reviste perfiles onerosos, y en ningún momento las Mutualidades que se fusionan han pretendido regalar nada a la nueva entidad que surgirá de la fusión.
- c) Porque todo donante, una vez consumada la donación, continúa con su propia personalidad. La única variación económica que se produce es que su patrimonio aparece disminuido en la cuantía de lo donado, ya que al enriquecimiento del donatario tiene que corresponderle el correlativo empobrecimiento del donante. Pero empobrecerse no es morir.

Sin embargo, en los procesos de fusión no subsiste la personalidad del pretendido donante, ya que, como bien puntualizan tanto la Ley de Sociedades Anónimas como la Ley de Adecuación, en los casos de fusión se produce la *disolución* sin liquidación de las entidades fusionadas. Es decir, que tales sociedades que se aglutinan en una nueva dejan de existir cara al futuro y se hace precisa la cancelación de sus inscripciones en los Registros Públicos correspondientes.

Por ello estimo que invocar esta exención resultaría ilusorio ante una beligerante acción inspectora, como creo haber demostrado en los párrafos precedentes.

3. CRITERIOS OFICIALES Y LEGALES OPUESTOS A LAS REVALORIZACIONES CONTABLES

La Dirección General de Tributos, en consulta de 14 de agosto de 1989, declara expresamente que las revalorizaciones voluntarias constituyen, conforme a nuestra legislación mercantil, una clara ilegalidad. Y en su argumentación va más allá de la propia perspectiva jurídica, señalando que, económicamente, las revalorizaciones voluntarias atentan al principio de la más elemental prudencia en la gestión económica de la empresa que proclamaba el artículo 39 del Código de Comercio en su redacción anterior.

Según la Dirección General de Tributos, se trata de una medida que

defrauda, más que garantiza, los intereses de terceros, ya que si bien las revalorizaciones voluntarias no resuelven los problemas reales de la empresa al enmascarar o limpiar del balance pérdidas, no obstante, al «sanearla» formalmente supone más bien un fraude a terceros y son un factor indiscutible de inseguridad jurídica. Además, añade que las normas contables también se oponen a las mismas. Así, el Plan General de Contabilidad de 1973, en su quinta parte («Criterios de valoración»), señalaba como norma general de valoración el precio de adquisición.

La Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil española a las Directivas de la CEE en materia de sociedades introduce diversas novedades:

- a) Da una nueva redacción a los artículos 25 a 49 del Código de Comercio. Y en concreto, el artículo 38 enumera los principios contables a que ha de ajustarse la valoración de los elementos integrantes de las distintas partidas que figuren en las cuentas anuales, destacando el principio de prudencia y el precio de adquisición. El principio de prudencia valorativa no permite registrar contablemente otros beneficios que los realizados. Por tanto, los beneficios simplemente potenciales que surgen de las revalorizaciones, por diferencia entre el valor de realización o de mercado actual de un activo y su valor de adquisición, no pueden incorporarse al Balance.
- b) Articula una nueva Ley de Sociedades Anónimas (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre), en cuyos artículos 195 y 196 se ratifica como regla de valoración de los elementos del activo inmovilizado y del activo circulante la del precio de adquisición o coste de producción.
- c) Da lugar a la promulgación de un nuevo Plan General de Contabilidad (aprobado por Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre). Entre los principios contables aplicables obligatoriamente a la contabilidad de la empresa se citan el de prudencia y el de precio de adquisición.

El artículo 31 de la IV Directiva del Consejo de la CEE (número 78/660, de 25 de julio de 1978), que constituye la fuente fundamental de la Ley 19/1989, confirma el principio de prudencia, y en su artículo 32 proclama que la valoración de las partidas de las cuentas anuales se basará en el principio de precio de adquisición o coste de producción.

4. LA NO TRIBUTACIÓN DE LOS INCREMENTOS DE PATRIMONIO DESDE UN PUNTO DE VISTA CONCEPTUAL

Los incrementos de patrimonio

En el Impuesto de Sociedades hay dos conceptos diferentes de estos incrementos. Uno, dinámico, y otro, estático o meramente contable. En principio, ambos pudieron predicarse o aplicarse a la fusión que ha dado nacimiento a la MAC, y pese a esta duplicidad creo que bajo ninguno de los significados debe tributar la MAC.

a) Aceptación dinámica

Según el artículo 15 de la LIS, son incrementos de patrimonio las variaciones en el valor del patrimonio que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél.

Se amolda a esta definición, por ejemplo, la transmisión de un inmueble. Al enajenarlo se producirá una *alteración* en la composición del patrimonio, ya que en lugar del bien transmitido ingresará en el patrimonio del sujeto pasivo el dinero obtenido; si cuando el predio se compró sólo costó diez millones y ahora se vende por veinte, habrá un incremento patrimonial de diez millones porque se habrá producido una variación en más (diez millones) en el valor del patrimonio, puesta de manifiesto con ocasión de una alteración en su composición: la venta genera subrogación pecuniaria en el lugar del objeto vendido.

¿Es subsumible en este concepto dinámico la fusión de Mutualidades que han dado lugar al nacimiento de la MAC? En mi opinión, no, y ello pese a la sugerencia que puede desprenderse de la normativa literal de la Ley de Adecuación.

Para que se produzcan alteraciones en la composición de un patrimonio es preciso que dicho patrimonio permanezca, que continúe después de la operación o negocio jurídico realizados. Pero en las fusiones que dan lugar al nacimiento de una nueva entidad esto no puede acontecer con respecto a las entidades fusionadas porque éstas se extinguen, se disuelven y dejan de existir. Y si se extinguen desaparecen de la vida jurídica y pierden su patrimonio, que pasa en bloque a la Mutualidad resultante de la fusión; por tanto, no puede haber alteración o cambio en la composición del patrimonio, porque ni continúa en el mundo jurídico la primitiva entidad ni, por ende, se conserva un patrimonio en el que reflejar, por subrogación, el cambio en *más* operado.

Esta nihilización del patrimonio de las Mutualidades fusionadas impide

que puedan detectarse incrementos o plusvalías gravables. Con la fusión no realizan ningún negocio especulativo que pueda traducirse en una ganancia. Lo cual, por otra parte, es lógico ya que los Montepíos y Mutualidades no pueden actuar con ánimo de lucro.

Lo asombroso es que tampoco puede aplicarse el concepto dinámico a la entidad nueva surgida de la fusión. Esta Mutualidad aglutinante surge por primera vez al mundo del Derecho y su patrimonio amalgamador es tan nuevo como ella misma. Luego en un patrimonio que se estructura como primero o inicial no cabe intuir ni variaciones ni alteraciones. Tales mutaciones podrán producirse en el futuro si se realizan bienes integrados en el patrimonio de la Mutua, pero no en el momento de conformarse tal patrimonio.

b) Aceptación contable

A ella se refiere el artículo 15 de la LIS según el cual:

«Se computarán como incrementos de patrimonio los que se pongan de manifiesto por simple anotación contable, salvo que una ley los declare expresamente exentos de tributación».

Este es el concepto de incremento de patrimonio que afecta más directamente al proceso de fusión de la MAC. No obstante, creemos que la Mutua puede sortear con éxito el peligro de la tributación por IS, como hemos demostrado al analizar el artículo 4.º de la Ley de Adecuación.

La Ley y el Reglamento del Impuesto sobre las Sociedades conceden a las Mutualidades y a los Montepíos una exención parcial que no comprende a los incrementos de patrimonio en cuanto integrantes de la renta del sujeto pasivo (art. 5 LIS).

III. IMPUESTO DE OPERACIONES SOCIETARIAS

La exención impositiva resulta avalada por estos argumentos:

- a) Por la resolución dictada, con respecto a las Mutuas de Accidentes de Trabajo, por la Dirección General de Tributos en 12 de diciembre de 1986 invocando el artículo 48 IA, a), del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales.
- b) Por el artículo 202 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, según la redacción dada por la Ley 4/1990, conforme al cual las Mutuas de Accidentes de Trabajo y EP gozarán de exención tributaria absoluta en los términos establecidos para las entidades gestoras de la Seguridad Social.

Si la exención de tributos es absoluta, ello significa que se extiende a todos los impuestos, incluido el de OS.

- c) La más explícita consagración de la exención se contiene en el artículo 48 IB del TR del ITP, según la modificación vigente desde el 1 de enero de 1992, en cuyo precepto se declaran exentas las operaciones de *fusión* y escisión a las que sea aplicable el régimen especial establecido en el Título I de la Ley 29/1991, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas.

IV. IMPUESTO SOBRE EL INCREMENTO DE VALOR DE LOS TERRENOS DE NATURALEZA URBANA

El artículo 15 de la Ley de Adecuación contiene una dogmática generosa:

«No se devengará el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana con ocasión de las transmisiones de terrenos de naturaleza urbana derivadas de las operaciones enumeradas en el artículo 1.º (entre las que figuran las fusiones de varias entidades) cuando resulte aplicable a las mismas el régimen tributario establecido en el presente Título».

Ya hemos señalado que consideramos aplicable a la MAC este régimen privilegiado, según se desprende claramente de las reiteradas Directivas de la CEE.

V. CONCLUSIONES

A) La MAC deberá comunicar al Ministerio de Economía y Hacienda la realización de la fusión realizada antes del 31 de diciembre de 1993, que es cuando se devenga el Impuesto de Sociedades. Así, cuando en el año 1994 se presente la declaración del Impuesto sobre la Renta obtenida por la Mutualidad en 1993, se habrá cumplido la previsión legal de haber comunicado al Ministerio con carácter previo la realización de la fusión.

B) Apoyándose en el artículo 4.º, deberá sostenerse en su día, frente a la Inspección de Hacienda, que la fusión está exenta, con exención de doble cuño: a) Con respecto a las Mutuas fusionadas, porque lo proclama generosamente el artículo 4.º de la Ley de Adecuación para todo tipo de sociedades transmitentes (con el riesgo asumido de liberar de tributo espec-

taculares incrementos patrimoniales); b) Y con respecto a la MAC o entidad adquirente, porque la fusión por unión es incompatible con el concepto de incremento patrimonial, ya que éste requiere la preexistencia de un patrimonio anterior a las transmisiones y que sufra una alteración en la composición de su fondo jurídico como consecuencia del dinero (en más) que se subroga en el lugar de la cosa transmitida, en tanto que en la fusión por unión (subsiguiente a la disolución de las entidades que se fusionan) no existe un previo patrimonio anterior a la adquisición que pueda experimentar mutaciones, pues el primer patrimonio que la MAC tendrá será el que obtenga como resultado de la fusión, y que podrá, sí, provocar, si no ahora sí en el futuro, incrementos patrimoniales venideros.

Y desde el punto de vista positivo, por las consideraciones que hemos expuesto en los apartados 3.3.1 y 3.3.2 de este dictamen.

C) Es conveniente, para conseguir afianzar la exención de los incrementos patrimoniales, lucidos en contabilidad con motivo de la fusión, que los órganos de decisión de la MAC acuerden ceder en arrendamiento a terceros parte del edificio de la calle Robayna y de los otros inmuebles con el objeto de poder acogerse sin problemas a la exoneración tributaria. No se olvide que el artículo 4.º de la Ley de Adecuación exige que los elementos que han experimentado el incremento patrimonial sean susceptibles de producir rendimientos gravables, como ocurrirá, por ejemplo, si parte de las instalaciones o locales de la calle Robayna o de los otros edificios se arriendan a otras personas, ya que el artículo 4.º de la Ley de Adecuación no exige que tales elementos o bienes productores de renta estén en su totalidad adscritos a la generación de renta. En efecto, el artículo 4.º de la Ley de Adecuación se cohonest perfectamente con una explotación parcial de los elementos productores de rendimientos. El precepto alude literalmente a aquellos elementos que «contribuyan a la obtención de rentas» gravables. No exige que «generen» rentas imponibles, pues si así lo hiciera podría sugerir la idea de totalidad de explotación económica rentable. Pero si sólo se exige que «contribuyan» a la obtención de rentas, se está sugiriendo la posibilidad de una explotación parcial, porque contribuir implica participación variada a un resultado común.

D) Para conseguir la neutralidad tributaria la MAC debe seguir una doble técnica en el caso que no prosperasen las soluciones anteriores:

- a) No integrar en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades que grava a las entidades transmitentes los incrementos de patrimonio correspondientes a los bienes transmitidos.
- b) La MAC debe valorar los bienes recibidos a efectos fiscales por el importe que tenían con anterioridad a la realización de la transmisión.

Este es mi parecer, que someto a cualquier otro mejor fundado en Derecho y que firmo en Granadilla a diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y tres.

JOSÉ MENÉNDEZ HERNÁNDEZ
Registrador de la Propiedad

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Acuerdos internacionales y Derecho de la Unión Europea

1. *Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo. Multipropiedad.*—Tiene fecha de 21 de octubre de 1994. Pendiente de publicación.

El Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea,
Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, y en particular su artículo 100.A,

Vista la propuesta de la Comisión (1),

Visto el dictamen del Comité Económico y Social (2),

Con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 189.B del Tratado (3).

1. Considerando que las diferencias entre las legislaciones nacionales en materia de contratos relativos a la adquisición de derechos de utilización en régimen de tiempo compartido de uno o más inmuebles pueden crear obstáculos para el buen funcionamiento del mercado interior, distorsiones de competencia y compartimentación de los mercados nacionales;

2. Considerando que el objetivo de la presente Directiva es la creación de una base mínima de normas comunes que permita garantizar el buen funcionamiento del mercado interior y, a través de ello, la protección de los adquirentes; que es suficiente que dichas normas se refieran a las transacciones contractuales sólo en sus aspectos relativos a la información sobre los elementos constitutivos del contrato, a las modalidades de transmisión

(1) *Diario Oficial*, núm. C 299, de 5 de noviembre de 1993, pág. 8.

(2) *Diario Oficial*, núm. C 108, de 19 de abril de 1993, pág. 1.

(3) Dictamen del Parlamento Europeo, *Diario Oficial*, núm. C 176, de 28 de junio de 1993, pág. 95, y *Diario Oficial*, núm. C 255, de 20 de septiembre de 1993, pág. 70, confirmado el 2 de diciembre de 1993; *Diario Oficial*, núm. 342, de 20 de diciembre de 1993, pág. 3. Posición Común del Consejo de 4 de marzo de 1994 (*DO*, núm. C 137, de 19 de mayo de 1994, pág. 42). Decisión del Parlamento Europeo de 4 de mayo de 1994 (no publicada aún en el *DO*).

de dicha información y a los procedimientos y modalidades de resolución; que el instrumento adecuado para alcanzar el objetivo que se pretende es una Directiva; que las disposiciones de la presente Directiva, por lo tanto, respetan por consiguiente el principio de subsidiariedad;

3. Considerando que la naturaleza jurídica de los derechos objeto de los contratos a que se refiere la presente Directiva varía considerablemente entre los Estados miembros; que por consiguiente procede referirse de forma sintética a esta diversidad formulando una definición suficientemente amplia de tales contratos, sin que ello suponga una armonización a escala comunitaria de la naturaleza jurídica de los derechos objeto de los mismos;

4. Considerando que la presente Directiva no tiene por objeto regular en qué medida pueden celebrarse contratos de utilización de uno o más inmuebles en régimen de tiempo compartido en los Estados miembros ni el fundamento jurídico de estos contratos;

5. Considerando que en la práctica los contratos relativos a la adquisición de un derecho de utilización en régimen de tiempo compartido de uno o más inmuebles difieren de los contratos de arrendamiento; que esta diferencia se manifiesta, entre otros aspectos, en la forma de pago.

6. Considerando que en el mercado puede observarse que existen ciertos hoteles, residencias hoteleras u otras estructuras turísticas residenciales similares afectados por transacciones contractuales similares a las que han hecho necesaria la presente Directiva;

7. Considerando que deben evitarse las indicaciones engañosas o incompletas en la información relativa específicamente a la venta de los derechos de utilización a tiempo parcial de uno o más inmuebles; que dicha información habrá de completarse con un documento complementario que deberá estar a disposición de cualquier persona que lo solicite; que los elementos de información contenidos en dicho documento complementario deberán formar parte del contrato de adquisición de un derecho de utilización a tiempo parcial de uno o más bienes inmuebles;

8. Considerando que, para procurar al adquirente un nivel de protección elevado y habida cuenta de las características particulares de los sistemas de utilización en régimen de tiempo compartido de bienes inmuebles, el contrato de adquisición de un derecho de utilización en régimen de tiempo compartido de uno o más inmuebles debe contener ciertos elementos mínimos;

9. Considerando que para establecer una protección eficaz de los adquirentes en este ámbito conviene precisar las obligaciones mínimas que los vendedores deben cumplir con respecto a los adquirentes;

10. Considerando que el contrato de adquisición de un derecho de utilización en régimen de tiempo compartido de uno o más inmuebles deberá estar redactado, de entre las lenguas de la Comunidad, en la lengua

del Estado miembro en que resida el adquirente o en la lengua del Estado miembro del que éste sea nacional; que, no obstante, el Estado miembro en que resida el adquirente podrá imponer la obligación de que el contrato esté redactado de entre las lenguas oficiales de la Comunidad, en su o sus lenguas; que procede exigir una traducción conforme del contrato a efectos de las formalidades que deberán cumplirse en el Estado miembro en que esté situado el bien;

11. Considerando que para ofrecer al adquirente la posibilidad de evaluar mejor las obligaciones derivadas de los contratos celebrados, así como los derechos correspondientes, debe concedérsele un plazo durante el cual pueda resolverse sin alegar motivo del contrato habida cuenta de que el bien inmueble está situado, en muchos casos, en otro Estado y sometido a una legislación diferente de la del adquirente;

12. Considerando que la exigencia por parte del vendedor de pagos por anticipado antes de la expiración del plazo durante el que el adquirente puede resolver el contrato sin alegar motivo puede disminuir la protección del adquirente; que por lo tanto procede prohibir los anticipos antes de la expiración de dicho plazo;

13. Considerando que en caso de resolución de un contrato de adquisición de un derecho de utilización en régimen de tiempo compartido de uno o más inmuebles cuyo precio esté total o parcialmente cubierto por un préstamo concedido al adquirente por el vendedor o por un tercero sobre la base de un acuerdo celebrado entre éste y el vendedor, conviene prever que el contrato de préstamo sea resuelto sin penalidad;

14. Considerando que existe el riesgo, en algunos casos, de privar al consumidor de la protección que le concede la presente Directiva si se designa el Derecho de un país tercero como el derecho aplicable al contrato; que por lo tanto conviene prever en la presente Directiva disposiciones dirigidas a evitar dicho riesgo;

15. Considerando que corresponde a los Estados miembros adoptar medidas tendentes a garantizar el cumplimiento de las obligaciones del vendedor.

Ha adoptado la presente Directiva:

Artículo 1

La presente Directiva tiene por objeto aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros referentes a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de

los contratos relativos, directa o indirectamente, a la adquisición de un derecho de utilización de uno o más inmuebles en régimen de tiempo compartido.

La presente Directiva se refiere únicamente a las disposiciones sobre contratos en sus aspectos relativos a:

- la información referente a los elementos constitutivos del contrato y las condiciones de transmisión de dicha información;
- los procedimientos y formas de resolución.

Sin perjuicio del respeto de las normas generales del Tratado, los Estados miembros conservan su competencia sobre los demás aspectos, entre otras cosas para determinar la naturaleza jurídica de los derechos objeto de los contratos a los que se refiere la presente Directiva.

Artículo 2

A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

- *Contrato relativo, directa o indirectamente, a la adquisición de un derecho de utilización de uno o más inmuebles en régimen de tiempo compartido* (en lo sucesivo, denominado «Contrato»): Todo contrato o grupo de contratos celebrados para un período mínimo de tres años, por el que mediante el pago de un determinado precio global, se cree, se transfiera o se establezca compromiso de transferir, directa o indirectamente, un derecho real o cualquier otro derecho relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable del año, que no podrá ser inferior a una semana.
- *Inmueble*: Todo inmueble para uso de vivienda al que se refiere el derecho objeto del contrato.
- *Vendedor*: Toda persona física o jurídica que en los contratos comprendidos en el ámbito de la presente Directiva y en el marco de su actividad profesional cree, transfiera o se comprometa a transferir el derecho objeto del contrato.
- *Adquirente*: Toda persona física a la que actuando en los contratos comprendidos en el ámbito de la presente Directiva con fines que se pueda considerar que no pertenecen al marco de su actividad profesional, se le transfiere el derecho objeto del contrato, o sea, la destinataria de la creación del derecho objeto del contrato.

Artículo 3

1. Los Estados miembros dispondrán en sus legislaciones medidas a fin de que el vendedor esté obligado a proporcionar un documento a cualquier persona que solicite información sobre el o los bienes inmuebles, el cual deberá incluir, además de una descripción general de dicho bien o de dichos bienes, por lo menos información concisa y precisa de los datos indicados en las letras *a)*, *g)*, *i)* y *l)* del Anexo, así como indicaciones sobre la forma de obtener información complementaria.

2. Los Estados miembros dispondrán en sus legislaciones que toda la información mencionada en el apartado 1 y que deba incluirse en el documento a que se refiere el apartado 1 forma parte integrante del contrato.

Salvo que las partes acuerden expresamente otra cosa, los cambios introducidos en la información contenida en el documento contemplado en el apartado 1 sólo podrán ser resultado de circunstancias ajenas a la voluntad del vendedor.

Los cambios introducidos en dicha información deberán comunicarse al adquirente antes de la celebración del contrato. El contrato deberá hacer constar explícitamente dichos cambios.

3. Cualquier publicidad que se refiera al inmueble de que se trate indicará la posibilidad de obtener el documento mencionado en el apartado 1 y dónde puede solicitarse dicho documento.

Artículo 4

Los estados miembros dispondrán en su legislación:

- que el contrato, que se hará obligatoriamente por escrito, deberá contener al menos los datos que se mencionan en el Anexo;
- que el contrato y el documento contemplado en el apartado 1 del artículo 3 deberán estar redactados, de entre las lenguas oficiales de la Comunidad, en la lengua o en una de las lenguas del Estado miembro en que resida el adquirente, o en la lengua o en una de las lenguas del Estado miembro del que éste sea nacional, a elección del adquirente.

No obstante, el Estado miembro en que resida el adquirente podrá imponer la obligación de que el contrato esté redactado, de entre las lenguas oficiales de la Comunidad, en su lengua o en sus lenguas, y la obligación de que el vendedor facilite una traducción conforme del contrato en la lengua o en una de las lenguas oficiales de entre las lenguas oficiales de la Comunidad del Estado miembro en que esté situado el inmueble.

Artículo 5

Los Estados miembros dispondrán en sus legislaciones lo siguiente:

1) Además de lo que las legislaciones nacionales permitan al adquirente en la materia de invalidez de los contratos, el adquirente tendrá derecho a resolver el contrato sin alegar motivos (*ad nutum*) dentro de un plazo de diez días naturales a partir de la firma del contrato por ambas partes o de la firma por ambas partes de un contrato preliminar vinculante.

En caso de que el décimo día sea festivo se prolongará dicho plazo hasta el primer día laborable siguiente; si el contrato no tiene en el momento de la firma por ambas partes del contrato o de la firma por ambas partes de un contrato preliminar vinculante, la información mencionada en el Anexo en las letras a), b), c), d1), d2), h), i), k), l) y m), a resolver el contrato en un plazo de tres meses a partir de ese momento. En caso de que en el plazo de tres meses se facilitara la información en cuestión, el adquirente dispondrá, a partir de ese momento, del plazo de resolución que se menciona en el primer guión.

Si transcurrido el plazo de tres meses contemplado en el segundo guión no ha hecho uso del derecho de resolución y el contrato no contiene la información mencionada en el Anexo en las letras a), b), c), d1), d2), h), i), k), l) y m), el adquirente dispondrá del plazo de resolución (*ad nutum*) contemplado en el primer guión a partir del día siguiente al vencimiento de dicho plazo.

2) Para ejercer los derechos contemplados en el punto 1) el adquirente enviará, antes de la expiración del plazo, a la persona cuyo nombre y dirección figuren, a tal fin, en el contrato, una comunicación de forma que pueda ser probada conforme a la legislación nacional, con arreglo a las condiciones especificadas en el contrato en virtud de la letra l) del Anexo. Por lo que se refiere al respeto del plazo, bastará que la notificación, cuando se haga por escrito, sea enviada antes de la expiración del plazo.

3) Si el adquirente ejerce el derecho a que se refiere el primer guión del punto 1), sólo podrá obligársele al pago, si procede, de los gastos que de acuerdo con las legislaciones nacionales se hayan producido debido a la perfección del contrato y a su resolución y que correspondan a actos que deban realizarse preceptivamente antes del final del período contemplado en el primer guión del punto 1). Estos gastos deberán mencionarse explícitamente en el contrato.

4) Si el adquirente ejerce el derecho de resolución a que se refiere el segundo párrafo del apartado 1), no podrá exigírsele pago alguno.

Artículo 6

Los Estados miembros establecerán en sus legislaciones medidas encaminadas a prohibir cualquier pago de anticipos por el adquirente antes del final del período de ejercicio del derecho de resolución contemplado en el primer párrafo del punto 1) del artículo 5.

Artículo 7

Los Estados miembros dispondrán en sus legislaciones que:

- en caso de que el precio haya sido total o parcialmente cubierto mediante un préstamo concedido por el vendedor, o
- en caso de que el precio haya sido total o parcialmente cubierto mediante un préstamo concedido al adquirente por un tercero previo acuerdo celebrado entre el tercero y el vendedor.

El contrato de préstamo quedará resuelto sin penalización en caso de que el adquirente ejerza cualquiera de los derechos de resolución del contrato previsto en el artículo 5.

Los Estados miembros establecerán las modalidades de la resolución del contrato de préstamo.

Artículo 8

Los Estados miembros dispondrán en sus legislaciones que toda cláusula mediante la cual el adquirente renuncia a los beneficios de los derechos mencionados en la presente Directiva mediante la cual el vendedor quede liberado de las obligaciones derivadas de la presente Directiva, no vincule al adquirente, en las condiciones fijadas por sus Ordenamientos jurídicos nacionales.

Artículo 9

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias a fin de que, sea cual fuere la normativa aplicable, el adquirente no quede privado de la protección que otorga la presente Directiva en caso de que el bien inmueble esté situado en el territorio de un Estado miembro.

Artículo 10

Los Estados miembros establecerán en sus legislaciones las consecuencias del incumplimiento de las disposiciones de la presente Directiva.

Artículo 11

La presente Directiva no será obstáculo para que los Estados miembros adopten o mantengan disposiciones más favorables en materia de protección del adquirente en el ámbito regulado por la misma, sin perjuicio de sus obligaciones resultantes del Tratado.

Artículo 12

1. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva, a más tardar treinta meses después de su publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión.

Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, éstas incluirán una referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia.

2. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las disposiciones del derecho interno que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva.

Artículo 13

Los destinatarios de la presente Directiva son los Estados miembros.
Hecho en Bruselas el...

Por el Parlamento Europeo, el Presidente ... Por el Consejo, el Presidente ...

A N E X O

**Datos mínimos que debe contener el contrato contemplado
en el artículo 4**

- a) Identidad y domicilio de las partes, con indicación precisa de la condición jurídica del vendedor en el momento de la celebración del contrato, así como de la identidad y domicilio del propietario.
- b) Naturaleza precisa del derecho objeto del contrato y una cláusula en la que se indiquen las condiciones de ejercicio de ese derecho en el territorio del Estado miembro en el que estén situados el bien y los bienes; y si estas condiciones han sido cumplidas o, en el caso contrario, las condiciones que todavía deberán cumplirse.
- c) Cuando se determine el bien, descripción precisa del bien y de su situación.
- d) Si se trata de un inmueble en construcción:
 - 1) Fase en que se encuentra la construcción.
 - 2) Una estimación razonable del plazo para la terminación del inmueble.
 - 3) Si es un inmueble determinado, número del permiso de construcción y nombre y dirección completos de la autoridad o autoridades competentes en la materia.
 - 4) Fase en que se encuentran los servicios comunes que permiten la utilización del inmueble (conexiones de gas, electricidad, agua, teléfono).
 - 5) Garantías sobre la terminación del inmueble y, en caso de que no se termine, sobre la devolución de cualquier cantidad abonada y, si procede, condiciones en que se ofrecen dichas garantías.
- e) Servicios comunes (alumbrado, suministro de agua, mantenimiento, recogida de basura) de los que pueda o podrá disfrutar el adquirente y condiciones de tal disfrute.
- f) Instalaciones comunes, como piscina, sauna, etc., a las que el adquirente tiene o podría tener acceso en su momento, y, si procede, condiciones de este acceso.
- g) Principios con arreglo a los cuales se organizarán el mantenimiento y su correspondiente servicio, así como la administración y la gestión del inmueble.
- h) Indicación precisa del período durante el cual podrá ejercerse el derecho objeto del contrato y, si procede, duración del régimen en vigor; fecha a partir de la cual el adquirente podrá ejercer el derecho objeto del contrato.

- i) Precio que deberá pagar el adquirente por el ejercicio del derecho del contrato; una estimación del importe que deberá abonar por la utilización de las instalaciones y servicios comunes: base de cálculo de la cuantía correspondiente a los gastos derivados de la ocupación del bien inmueble por el adquirente, de los gastos legales obligatorios (impuestos, contribuciones) y de los gastos administrativos complementarios (gestión, mantenimiento y su correspondiente servicio).
- j) Cláusula que estipule que la adquisición no supondrá desembolso, gasto u obligación alguna distintos de los mencionados en el contrato.
- k) Si existe la posibilidad de participar en un sistema de intercambio o reventa, o ambas posibilidades, del derecho objeto del contrato, así como posibles costes en caso de que el sistema de intercambio o reventa esté organizado por el vendedor o por un tercero designado por éste en el contrato.
- l) Información sobre el derecho de resolución del contrato e indicación de la persona a la que deberá comunicarse la posible resolución, con indicación asimismo del modo o los modos de efectuar dicha comunicación; indicación precisa de la naturaleza e importe de los gastos que debería pagar el adquirente con arreglo al apartado 3 del artículo 5 en caso de ejercer su derecho de resolución *ad nutum*; si procede, información sobre las modalidades de resolución del contrato en cualquiera de los casos de resolución del mismo.
- m) Fecha y lugar de la firma del contrato por cada una de las partes.

B) Legislación nacional

Durante el mes de noviembre se han promulgado las siguientes leyes:

- Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, por la que se reforma la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.
- Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la participación privada en actividades de interés general.
- Ley 31/1994, de 24 de noviembre, de modificación del artículo 9.1 de la Ley 29/1990, de 26 de diciembre, del Fondo de Compensación Interterritorial.
- En el *BOE* del día 9 de noviembre se ha publicado el Real Decreto 2038/1994, de 14 de octubre, por el que se aprueba la Demarcación Notarial.

- La Ley 35/1994, de 23 de diciembre, modifica varios artículos del Código Civil, permitiendo que el matrimonio civil se celebre ante el Alcalde del municipio aunque exista Juez encargado del Registro Civil.
- También ha publicado el *BOE*, en el día 31 de diciembre, la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1995 y otra Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.

C) Comunidades Autónomas

Galicia.—Ley de Carreteras. El 31 de octubre de 1994 publicó el *Diario Oficial* de esta Comunidad la Ley, de fecha 14 de septiembre.

Extremadura.—Ley de 10 de noviembre de protección y atención a menores.

Valencia.—Ley de 15 de noviembre reguladora de la actividad urbanística.

Navarra.—Ley Foral de 9 de diciembre de reforma de las infraestructuras agrícolas.

Canarias.—Ley de 19 de diciembre de 1994 de espacios naturales.

II. Información de actividades

1. *Jornadas de Derecho Registral en Santa Cruz de Tenerife*.—Dentro de los actos conmemorativos del V Centenario de la fundación de la ciudad de Santa Cruz de Tenerife y organizadas por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España han tenido lugar durante los días 2, 3 y 4 de noviembre estas Jornadas, con el siguiente programa:

D I A 2

12,00 horas

Apertura de las Jornadas a cargo del excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

Conferencia:

«Documentos judiciales y Registro de la Propiedad», por don GONZALO AGUILERA ANEGÓN, Registrador de la Propiedad de San Bartolomé de Tirajana núm. 1.

Coloquio:

Don CEFERINO ESPINOSA AFONSO, Registrador de la Propiedad número 1 de Santa Cruz de Tenerife, y don FRANCISCO JAVIER AGUIRRE COLONGES, Registrador de la Propiedad de Arona.

17,00 horas*Conferencia:*

«La modificación del crédito hipotecario», por don JUAN LUIS HERNÁNDEZ GIL Y MANCHA, Notario de Mérida.

Coloquio:

Por don JOSÉ MANUEL HERNÁNDEZ ANTOLÍN, Notario de Madrid y Registrador de la Propiedad (excedente), don JUAN ANTONIO PÉREZ GIRALDA, Notario de Santa Cruz de Tenerife, y don SEBASTIÁN BRAU FERRER, Registrador de la Propiedad de Santa Cruz de la Palma.

19,00 horas*Conferencia:*

«Estado de la competencia en España», por don JOSÉ EUGENIO GARCÍA SORIANO, Catedrático de Derecho Administrativo y Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia.

Coloquio:

Don ANTONIO J. TORNEL GARCÍA, Registrador de la Propiedad del Puerto de la Cruz y Notario (excedente), y don JULIO GARRIDO REQUENA, Registrador de la Propiedad de San Sebastián de la Gomera y Valverde del Hierro.

D I A 3**12,00 horas***Conferencia:*

«El Registro de la Propiedad y la Reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos», por don EMILIO CAMPMANY BERMEJO, Registrador de la Propiedad de San Bartolomé de Tirajana número 2.

Coloquio:

Con CARLOS LASARTE ALVAREZ, Catedrático de Derecho Civil de la UNED; don IGNACIO DÍEZ DE LEZCANO, Profesor titular de Derecho Civil de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, y don CÉSAR FRÍAS ROMÁN, Registrador de la Propiedad de Icod de los Vinos.

17,00 horas*Conferencia:*

«El régimen económico fiscal en Canarias», por don MANUEL GARCÍA POZUELO, Inspector de Finanzas del Estado (excedente), socio de Cooper & Librand.

Coloquio:

Ilustrísimo señor don DOMINGO VELASCO GARCÍA, Delegado de la Agencia Estatal de Administraciones Tributarias de Santa Cruz de Tenerife e Inspector de Finanzas del Estado; don JOSÉ FÉLIX MERINO ESCARTÍN, Registrador de la Propiedad de La Orotava, y don RAFAEL PALAU FAYÓS, Registrador de la Propiedad de Granadilla.

19,00 horas*Conferencia:*

«Documentos administrativos y Registro de la Propiedad», por don RAMÓN CERDEIRAS CHECA, Abogado del Estado en la Delegación del Gobierno en Madrid.

Coloquio:

El ilustrísimo señor don ENRIQUE MARISCAL GRAGERA, Registrador de la Propiedad de Burgos número 1, y don JOSÉ IGNACIO INFANTE MIGUEL MOTTA, Registrador de la Propiedad de Adeje.

D I A 4**10,30 horas***Conferencia:*

«Acceso al Registro de la Propiedad de los actos de naturaleza urbanística», por el ilustrísimo señor don RAFAEL ARNAIZ EGUREN, Registrador de la Propiedad de Girona núm. 1.

Coloquio:

El ilustrísimo señor don FERNANDO ENRIQUE RODRÍGUEZ RUBIO, Registrador de la Propiedad de Cáceres número 1, y el ilustrísimo señor don MIGUEL GONZÁLEZ LAGUNA, Registrador de la Propiedad de San Cristóbal de La Laguna número 2.

12,30 horas*Conferencia:*

«La publicidad de los estados financieros: su importancia socioeconómica. La central de Balances», por don JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY, Registrador Mercantil Central.

Coloquio:

DON URBANO MEDINA HERNÁNDEZ, Director de la Escuela Universitaria de Ciencias Empresariales de Santa Cruz de Tenerife, y don FERNANDO CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Registrador de la Propiedad de Santa Cruz de Tenerife número 2 (Mercantil).

17,00 horas*Conferencia:*

«Las agrupaciones de interés económico», por el excelentísimo señor don ANTONIO PAU PEDRÓN, Registrador de la Propiedad de Madrid número 38, Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado (excedente), Abogado del Estado y Notario (excedente).

Coloquio:

Ilustrísimo señor don LUCAS RAYA MEDINA, Notario de Santa Cruz de Tenerife, y don SERGIO SAAVEDRA QUEIMADELOS, Registrador de la Propiedad de San Cristóbal de la Laguna número 1.

19.00 horas*Conferencia:*

«La sociedad de responsabilidad limitada», por el ilustrísimo señor don ALBERTO ALONSO UREBA, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid.

Coloquio:

Don JOSÉ LUIS SÁNCHEZ PARODI, Profesor Titular de Derecho Mercantil en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, y don OCTAVIO LINARES RIVAS LALAGUNA, Registrador de la Propiedad de Santa Cruz de Tenerife número 3.

21,00 horas

Clausura de las Jornadas a cargo de doña CRISTINA SANTAOLALLA LÓPEZ, Subdirectora General de los Registros y del Notariado.

2. *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*.—El lunes día 7 de noviembre se celebró la solemne sesión inaugural del curso 1994-1995, haciendo en primer lugar un resumen del curso anterior el académico secretario general don LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN.

A continuación se pronunció por don JUAN VALLET DE GOYTISOLO, vicepresidente de la Corporación, el discurso inaugural, titulado «Excelentísimo señor don Antonio Hernández Gil, numerario y presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación». Fue un acabado trabajo laudatorio en recuerdo del presidente recientemente fallecido.

El día 28 de noviembre leyó su discurso de ingreso el académico don RAFAEL NAVARRO BALLS sobre «Matrimonio y Derecho».

Y el 19 de diciembre lo hizo el nuevo académico don ANGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE, siendo su discurso de ingreso sobre «La tiranía en la Grecia antigua».

Al cerrar nuestro número tenemos noticia de que ha sido elegido Pre-

sidente de la Real Academia don JUAN VALLET DE GOYTISOLO, ilustre miembro de nuestro Consejo de Redacción, lo que nos honra, y le felicitamos muy efusivamente.

3. *Jornadas sobre la Nueva Regulación de los Arrendamientos Urbanos*.—El Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España organizó estas Jornadas, que se han celebrado en los días 28, 29 y 30 de noviembre en su salón de actos, con gran asistencia de público que siguió las intervenciones con el máximo interés dada la gran importancia práctica de la materia estudiada.

El programa ha sido el siguiente:

- «La reforma de la legislación sobre arrendamientos urbanos: planteamiento general», por don DIEGO LOZANO ROMERAL, Abogado del Estado y Secretario General Técnico del Ministerio de Obras Públicas, Transporte y Medio Ambiente.
- «Referencia especial a los arrendamientos de viviendas y de locales de negocio», por don FERNANDO PASTOR LÓPEZ, Letrado del Fondo de Garantía de Depósitos y Vocal permanente de la Comisión General de Codificación.
- «Régimen transitorio», por don JUAN FUENTES LOJO, Magistrado jubilado del Tribunal Supremo, Abogado.
- «Aspectos procesales», por don VÍCTOR MORENO CATENA, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid.
- «La institución del arbitraje en relación con la nueva normativa de arrendamientos urbanos», por don JOSÉ LUIS SARRATE ABADAL, Registrador de la Propiedad y Mercantil, Presidente de la Junta Arbitral de Consumo de Cataluña.
- «La protección del Registro de la Propiedad al arrendatario y arrendador en la nueva regulación», por don ANTONIO PAU PEDRÓN, Registrador de la Propiedad y Mercantil, Vocal permanente de la Comisión General de Codificación.

4. *II Congreso Internacional sobre Multipropiedad*.—Durante los días 24 a 26 de noviembre se ha celebrado en Torremolinos este Congreso Internacional sobre Multipropiedad y Defensa de los Consumidores.

Se han tratado los siguiente temas:

- «El fenómeno *time-share*: evolución y situación actual».
- Justificación de una Directiva sobre *time-share* o multipropiedad.
- «El acceso a la Justicia: un problema a resolver».
- «Transposición de la Directiva al Estado español».

5. *Academia Matritense del Notariado*.—Dentro del ciclo de conferencias del año 1994-95, en homenaje a don FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ, se han desarrollado durante el bimestre pasado las siguientes:

- **3 de noviembre:** «El delito de falsedad documental: nuevas perspectivas», por don CARLOS GRANADOS PÉREZ, Fiscal general del Estado.
- **17 de noviembre:** «La aplicación del Derecho extranjero por los Notarios», por don JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, Catedrático de la Universidad Complutense.
- **1 de diciembre:** «La deuda de intereses», por don CARLOS LASARTE ALVAREZ, Catedrático de la UNED.
- **15 de diciembre:** «La propiedad urbanística del suelo, del vuelo y del subsuelo», por don TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, Catedrático de la Universidad Complutense.

6. *Conferencias sobre el Derecho Real de Hipoteca*.—Organizado por la Delegación Territorial del Colegio de Registradores en Andalucía Oriental, se ha celebrado en Granada, durante los días 16 al 24 de noviembre, un ciclo de conferencias, con el siguiente programa:

Día 16

- «Mercado hipotecario y actividad económica en España», por el Ilmo. Sr. don MANUEL MARTÍN RODRÍGUEZ, Catedrático de Economía Aplicada de la Universidad de Granada.

Día 17

- «El derecho real de hipoteca desde el punto de vista notarial», por el Ilmo. Sr. don JULIÁN PEINADO RUANO, Notario de Granada.

Día 23

- «Aspectos procesales del derecho real de hipoteca», por el Ilmo. Sr. don CARLOS VALDIVIA PIZCUETA, Magistrado de la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Granada.

Día 24

- «Derecho real de hipoteca y Registro de la Propiedad», por el Ilmo. Sr. don JOSÉ MARIA GARCÍA URBANO, Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado (excedente) y Registrador de la Propiedad de Benalmádena.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Sentencia de 17 de enero de 1994.—**PATERNIDAD.**—Valoración de la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas.

Antecedentes —Mediante escrito registrado en este Tribunal el 3 de junio de 1992 (presentado en el Juzgado de Guardia el anterior día 2), se interpuso el recurso de amparo de referencia contra la Sentencia emitida por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 30 de abril de 1992 (R. 1126/1990) que revocó la dictada por la Audiencia Provincial de Madrid y desestimó la demanda de paternidad presentada por la actora. Se pide la anulación de la Sentencia de casación por vulnerar los artículos 14, 15, 18 y 24.1 CE y que se reconozca el derecho a la filiación declarado por la Sentencia de apelación.

Fallo.—El Tribunal Constitucional estima el recurso, reconociendo el derecho de la demandante a la tutela judicial efectiva sin indefensión, y anula la Sentencia del Tribunal Supremo.

Fundamentos jurídicos.—1. El presente recurso de amparo nace de un proceso civil de filiación extramatrimonial entablado por la madre soltera de una menor contra quien ella afirma que fue su progenitor. La demandante alega que la Sentencia que en grado de casación revocó la declaración de paternidad pronunciada por la Audiencia Provincial vulnera varios de sus derechos fundamentales y de su hija al dejar sin efecto la reparación de la desigualdad por razón de nacimiento extramatrimonial padecida por ésta. Por el contrario, el demandado sostiene que la desestimación de la demanda de filiación no vulnera ninguno de los derechos alegados y preserva los derechos de él mismo a la intimidad personal y familiar y a la integridad física.

El núcleo de la controversia, tanto en el litigio civil como en el proceso constitucional, gira en derredor de la negativa del varón a someterse a la práctica de la prueba biológica de filiación que había sido decretada por los órganos judiciales. De las alegaciones de las partes y de las actuaciones judiciales obrantes ante este Tribunal se desprenden varios datos de especial relevancia.

La demanda civil de filiación, que había sido presentada acompañada con varias actas notariales de manifestaciones y fotografías, fue admitida a trámite por el Juzgado Personado el demandado, que no pidió la reposición de la

resolución de incoación del proceso, se llevaron a cabo diversas pruebas documentales y testificales. Junto a ellas, el Juzgado acordó por providencia de 30 de mayo de 1988 que se practicara la prueba biológica de paternidad que había sido solicitada por la parte demandante y por el Ministerio Fiscal, designando como perito oficial al Instituto Nacional de Toxicología. El demandado no recurrió la decisión judicial y su representación procesal presentó escrito el siguiente día 15 de junio negándose a someterse a la prueba biológica. Alegó dos razones: porque la diligencia probatoria carecía de apoyo en el artículo 135 del Código Civil al no existir hecho alguno sobre el que pudiera sustentarse la atribución de paternidad y en virtud del derecho constitucional que le asistía, recogido en los artículos 15 y 18 CE, pues la prueba de paternidad atacaba frontalmente su intimidad.

El Juzgado se limitó a tener por efectuadas tales manifestaciones y la prueba quedó sin practicar. Posteriormente, en grado de recurso de apelación, la Audiencia Provincial atendió la solicitud deducida por la madre demandante y dispuso de nuevo que se practicara la prueba biológica de filiación de la menor. En su Auto de 11 de mayo de 1989, la Sección se fundó en que su resultado era de una trascendencia indudable, fuesen cuales fuesen sus resultados, y dispuso que se citara al demandado a comparecer ante el Magistrado ponente, poniéndole de manifiesto tanto la seria trascendencia de la prueba como las posibles consecuencias legales en el caso de que reiterase su negativa. A la segunda citación compareció el demandado en persona, acompañado por su Abogado, el 11 de julio de 1989. En el transcurso del acto reiteró su negativa, declarando que no había ninguna razón por la que tuviera que someterse a este tipo de prueba y que en uso de sus derechos constitucionales se negaba a ella.

Estos son los hechos que han dado lugar a las Sentencias recaídas en el previo litigio civil, de sentido antagónico acerca de la filiación extramatrimonial reclamada. Como consta con más detalle en los antecedentes de esta Sentencia, la clave de la divergencia entre los Tribunales de Orden Civil estriba en la valoración que efectuaron de la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica de paternidad: la resolución de la Audiencia entendió que esa negativa, sumada a las pruebas practicadas en autos, permitían alcanzar la convicción de que el demandado era padre de la menor, mientras que, por el contrario, la Sentencia del Tribunal Supremo declaró que en ausencia de la prueba biológica dicha paternidad no había quedado probada.

Las cuestiones de alcance constitucional que suscita el presente recurso de amparo son fundamentalmente dos: A) Los derechos fundamentales alegados por el varón demandado para negarse a la práctica del reconocimiento médico, y B) Los efectos que ha podido tener la valoración judicial de dicha negativa en los derechos fundamentales de la demandante y de su hija.

2. El demandado se negó, tanto en el curso de la instancia como luego en el recurso, a colaborar en la práctica de la prueba biológica. Dicha colaboración consiste en permitir que se le extraiga un pequeño volumen de sangre que, según el tipo de comprobación a realizar, oscila entre 5 y 10 cc. Los resultados de los distintos análisis que pueden llevarse a cabo con esas muestras, junto con las suministradas por los restantes interesados, son de una elevada fiabilidad. La ciencia biológica y la jurisprudencia muestran que el grado de certeza es absoluto cuando el resultado es negativo para la paternidad, y cuando es positivo los laboratorios de medicina legal señalan grados de probabilidad del 99 por 100 (SSTS 30 junio 1989, 5 abril 1990, 2 enero y 11 julio 1991).

Las razones ofrecidas por el demandado para justificar su negativa se fundaron en sus derechos fundamentales a la integridad física y moral y a la intimidad personal, reconocidos por los artículos 15 y 18.1 CE. Pero ni una ni otra de tales razones era válida.

En efecto, el derecho a la integridad física no se infringe cuando se trata de realizar una prueba prevista por la Ley y acordada razonadamente por la Autoridad judicial en el seno de un proceso. Tampoco se vulnera el derecho a la intimidad cuando se imponen determinadas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el Ordenamiento regula, como es el caso de la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante pruebas biológicas en un juicio sobre filiación. Así lo ha declarado este Tribunal en los AATC 103/1990, fundamento jurídico 4.º, y 221/1990, fundamento jurídico 3.º, en donde hemos resaltado que en esta clase de juicios se produce una colisión entre los derechos fundamentales de las distintas partes implicadas; y que no hay duda de que, en los supuestos de filiación, prevalece el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, en las que están en juego los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos, objeto de especial protección por el artículo 39.2 CE, lo que trasciende a los derechos alegados por el individuo afectado, cuando está en juego además la certeza de un pronunciamiento judicial. Sin que los derechos constitucionales a la intimidad y a la integridad física puedan convertirse en una suerte de consagración de la impunidad, con desconocimiento de las cargas y deberes resultantes de una conducta que tiene una íntima relación con el respeto de posibles vínculos familiares.

3. El aspecto decisivo no es, a la luz de esta jurisprudencia constitucional, el sometimiento del varón a la práctica de la prueba biológica; lo decisivo es el sometimiento a la resolución judicial que acuerda la realización de dicha prueba, bien aceptando la propuesta de la parte en ese sentido, bien mediante diligencia para mejor proveer (arts. 566 y 340.3 LEC). La resolución judicial que, en el curso de un pleito de filiación, ordena llevar a cabo un reconocimiento hematológico de alguna de las partes no vulnera los derechos del afectado a su intimidad y a su integridad cuando reúne los requisitos delineados por nuestra jurisprudencia al interpretar los artículos 18.1 y 15 CE:

A) Primero, consistir en una intromisión en el ámbito protegido del ciudadano que no es, por sí sola, inaceptable (STC 37/1989, fundamentos jurídicos 7.º y 8.º, *in fine*). Es indudable que no puede considerarse degradante, ni contraria a la dignidad de la persona, la verificación de un examen hematológico por parte de un profesional de la medicina, en circunstancias adecuadas. Un examen de sangre no constituye, *per se*, una injerencia prohibida (STC 103/1985, fundamento jurídico 3.º). Y la extracción de unas gotas de sangre, de acuerdo con la STS de 14 de noviembre de 1987, no constituye, según un sano criterio, violación del pudor o recato de una persona (ATC 221/1990, fundamento jurídico 3.º).

B) En segundo lugar, debe existir una causa prevista por la Ley que justifique la medida judicial de injerencia. En este caso, no solamente el artículo 127 del Código Civil (redactado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo) da cobertura legal explícita a las pruebas biológicas de investigación de la filiación; dicho precepto no es más que la instrumentación de un terminante mandato constitucional. El artículo 39.2 CE declara que «la Ley posibilitará la investigación de la paternidad», e inscribe esta prescripción en la idea de «protección

integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación». Lo cual conecta directamente con el artículo 14, en cuanto prohíbe que prevalezca discriminación alguna por razón de nacimiento. Y, por añadidura, la Constitución establece directamente un deber: «los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio» (art. 39.3 CE). La finalidad de la norma que permite la práctica de las pruebas biológicas no es otra cosa que la defensa en primer lugar de los intereses del hijo, tanto en el orden material como en el moral, y destaca como primario el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica, como ha destacado la doctrina del Tribunal Supremo.

Así pues, las resoluciones judiciales que disponen la investigación de la filiación sirven directamente fines constitucionales; y la interpretación de las leyes que rigen esta materia debe realizarse en el sentido que mejor procure el cumplimiento por los padres de sus deberes respecto a sus hijos menores, para lo cual aparece como instrumento imprescindible la investigación de la paternidad, cuando ésta es desconocida.

C) En tercer lugar, las pruebas biológicas en la medida que conllevan la práctica de una intervención corporal tan sólo se justifican cuando sean indispensables para alcanzar los fines constitucionalmente protegidos, de tal suerte que cuando la evidencia sobre la paternidad pueda obtenerse a través de otros medios probatorios menos lesivos para la integridad física no está autorizado el órgano judicial a disponer la práctica obligatoria de los análisis sanguíneos.

D) En ningún caso puede disponerse por el Juez la práctica de una intervención corporal destinada a la investigación de la paternidad cuando pueda suponer para quien tenga la obligación de soportarla un grave riesgo o quebranto para su salud. En cualquier caso, la ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de efectuar por personal sanitario y en centros hospitalarios públicos.

E) Por último, la medida judicial que ordena realizar las pruebas biológicas debe guardar una adecuada proporción entre la intromisión que conlleva en la intimidad y la integridad física o moral del afectado por ellas, y la finalidad a la que sirve (STC 37/1989, fundamentos jurídicos 7.º y 8.º, párrafos 3-5) Ponderación que debe plasmarse en la motivación de la necesidad de la medida que ha de razonarse en la decisión judicial

Ninguna de las partes cuestiona desde este punto de vista el Auto por el que la Audiencia Provincial, a diferencia del Juzgado de Primera Instancia, acordó motivadamente la realización de la prueba. Por lo demás, basta con leer los razonamientos de las tres Sentencias dictadas en el litigio previo para advertir, sin ningún género de duda, la gran trascendencia que su práctica tenía para permitir el esclarecimiento judicial de la paternidad de la menor.

4. Desde estas coordenadas, el demandado en un proceso de filiación no matrimonial sólo podría legítimamente negarse a someterse a unas pruebas biológicas si no existieran indicios serios de la conducta que se le atribuye (STC 35/1989, fundamento jurídico 8.º) o pudiera existir un gravísimo quebranto para su salud. Pero para salvaguardar el derecho de todo ciudadano a no verse sometido a reconocimiento de carácter biológico a causa de demandas frívolas o torticeras, la Ley ya establece dos precauciones:

A) La primera, que «el Juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funda» (art. 127.2 CC). Es

cierto que la jurisprudencia interpreta este requisito con criterio amplio, precisamente por no reducir las posibilidades de investigación. Pero es igualmente cierto que se establece una barrera a demandas carentes de todo fundamento, y, sobre todo, que el demandado puede pedir la reposición de la admisión, discutiendo en la fase liminar del proceso la seriedad de la demanda de filiación (STS 15 marzo 1989).

B) La segunda, y decisiva, salvaguardia legal se sitúa en el acto mismo de decidir la realización de las pruebas biológicas: éstas sólo proceden si no son «impertinentes o inútiles» (art 566 LEC). Criterio legal que unido a la trascendencia de este tipo de prueba y a la posibilidad que tiene el órgano judicial de decidir sobre su práctica al final del período probatorio, o incluso después, mediante diligencia para mejor proveer (arts. 569 y 340.3.º LEC), conduce a que la autoridad judicial sólo disponga la realización de pruebas biológicas cuando, a la vista de los elementos de convicción obrantes en el proceso, resulte del todo necesario para esclarecer una paternidad posible, no meramente inventada por quien formula la acción de filiación, como ha declarado la Sentencia de Casación de 24 mayo 1989.

En estas dos fases —la admisión de la demanda, la admisión de la prueba biológica— el demandado puede oponerse y ofrecer sus razones en contra de su práctica. Ahora bien, una vez decidido por el Juzgado que es preciso realizarla porque no pueda obtenerse la evidencia de la paternidad a través de otros medios probatorios, el afectado está obligado a posibilitar su práctica. No sólo por deberes elementales de buena fe y de lealtad procesal y de prestar la colaboración requerida por los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE), sino por el deber que impone la Constitución a todos los ciudadanos de velar por sus hijos menores, sean procreados dentro o fuera del matrimonio (art. 39.3 CE). Deber que puede verse defraudado cuando se niega la paternidad sin razón, con el sólo objeto de eludir las responsabilidades y obligaciones derivadas de la misma.

5. En conclusión, por tanto, los límites que los artículos 18.1 y 15 CE pueden imponer a la investigación de la filiación no justifican, en modo alguno, la cerrada negativa del demandado en el litigio civil precedente a someterse a la práctica de las pruebas que habían sido decretadas por el Juzgado, primero, y por la Audiencia Provincial, luego. Su oposición sólo hubiera sido lícita, desde la óptica de tales derechos fundamentales, si se fundara en la inexistencia de razones que justificasen la decisión judicial de realizar la prueba. Inexistencia que no es en modo alguno aceptable dada la motivación ofrecida por el Auto de 11 mayo 1989 que ordenó la práctica de la prueba y a la vista de los indicios que fueron puestos de manifiesto tanto en la Sentencia de instancia como en la de apelación, aun cuando fuera con resultados divergentes. Las discrepancias puestas de manifiesto entre los diversos Tribunales del orden civil que han conocido del litigio recaen sobre la valoración de la prueba acerca de la paternidad, no, desde luego, sobre la pertinencia de la prueba biológica.

Las serias dudas suscitadas por la demanda presentada en interés de la menor hacía indudablemente necesaria la práctica de la prueba biológica, como informó en su día el Ministerio Fiscal. Y las discrepancias y vacilaciones de los Tribunales civiles al pronunciarse sobre una cuestión de tal importancia para el interés público como es la filiación de un menor de padre desconocido, acreditan elocuentemente que dicha prueba debía haberse practicado, clarificando en términos difícilmente rebatibles el conflicto y ha-

ciendo posible una declaración judicial apoyada en elementos de convicción sólidos y fiables

Lo cierto es que, sin embargo, la negativa del demandado produjo como resultado que no se llevara a cabo la práctica de la prueba. El Tribunal Supremo, aun reconociendo que la negativa a la investigación de la paternidad, que establecía nuestro Código Civil al influjo del Código napoleónico, contradice la terminante prescripción del artículo 39 CE y del artículo 127 del CC, sostiene que la investigación de la paternidad no puede imponerse obligatoriamente, en cuanto al sometimiento de las pruebas biológicas, porque ello quizás vulneraría el artículo 10.1 CE; pero añade que ante la voluntaria y obstinada negativa a prestar su colaboración el hipotético padre biológico interesado por injustificadas causas, tal negativa a la colaboración del presunto padre no puede considerarse como *ficta confessio*, siendo necesario por ello la presentación en forma incontrovertible de otras pruebas no biológicas absolutamente definidas, habiendo quedado así la demanda sin un soporte serio de prueba al haber quebrado la posibilidad de una contrastación biológica.

En la demanda se afirma que al actuar de esta manera, la Sentencia de casación impugnada en este recurso ha sumido en indefensión a la madre y a la hija demandantes, vulnerando el artículo 24.1 CE, y ha permitido que prevalezca una discriminación por razón del nacimiento no matrimonial, desconociendo lo dispuesto por los artículos 14 y 39 CE, y dejando burlado el mandato constitucional de posibilitar la investigación de la filiación, que de modo terminante establece el apartado 2 de dicho artículo 39. Pretende por ello que anulemos la Sentencia del Tribunal Supremo y en consecuencia dejemos firme la Sentencia de la Audiencia Provincial que reconoció a la recurrente su derecho a la filiación.

La recurrente centra su pretensión, por tanto, en que se determinan en la presente Sentencia las consecuencias concretas, en el terreno probatorio, de la negativa a someterse a la prueba biológica. Pero la respuesta a esta pretensión, tal como está planteada, requiere precisiones adicionales

6. Es evidente que en los supuestos en que existen pruebas suficientes de la paternidad, la prueba biológica ofrece a lo sumo un elemento de convicción que permite corroborar o contrastar la fiabilidad del resultado probatorio ya obtenido por los otros medios de prueba. Precisamente donde el reconocimiento médico de los caracteres biológicos de los interesados despliega con plenitud sus efectos probatorios es en los supuestos dudosos, en donde los medios de prueba de otro tipo son suficientes para mostrar que la demanda de paternidad no es frívola ni abusiva, pero insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad. En estos supuestos intermedios, en donde la pretensión de reconocimiento de la filiación ni resulta probada por otros medios ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial. En esta hipótesis, constatada judicialmente al acordar la práctica del reconocimiento biológico en la fase probatoria del proceso, no es lícito, desde la perspectiva de los artículos 24.1, 14 y 39 CE, que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial y deje sin una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de su filiación.

Como hemos declarado en la STC 227/1991, fundamento jurídico 5.º, cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso

del proceso (art. 118 CE) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad. Asimismo nuestra jurisprudencia afirma que los Tribunales no pueden exigir de ninguna de las partes una prueba imposible o diabólica, so pena de causarle indefensión contraria al artículo 24.1 CE por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses legítimos mediante el ejercicio de los medios probatorios pertinentes para su defensa (STC 98/1987, fundamento jurídico 3.º, y 14/1992, fundamento jurídico 2.º). Sin que los obstáculos y dificultades puestos por la parte que tiene en su mano acreditar los hechos determinantes del litigio, sin causa que lo justifique, puedan repercutir en perjuicio de la contraparte, porque a nadie es lícito beneficiarse de la propia torpeza (STC 227/1991, fundamento jurídico 3.º)

En el presente caso, los órganos judiciales, partiendo del reconocimiento de un supuesto derecho del demandado a no someterse a la práctica de la prueba biológica de filiación, han acatado la negativa del afectado a la realización de esa prueba que había sido declarada pertinente, y por ello han aceptado su falta de colaboración con la Justicia en la determinación de derechos de interés público, no disponibles por las partes, como son los de filiación. Con ello se ha condonado una conducta procesal carente de toda justificación y, además, la Sentencia impugnada ha hecho recaer sobre la demandante y su hija las consecuencias negativas provocadas por la falta de práctica de la prueba, imputable enteramente a la voluntad del demandado, siendo así que la recurrente no tenía razonablemente otra vía para acreditar la filiación controvertida. Al hacer recaer toda la prueba en la demandante, la resolución judicial atacada vino a imponerle una exigencia excesiva contraria al derecho fundamental del artículo 24.1 CE (STC 227/1991, fundamento jurídico 3.º; 14/1992, fundamento jurídico 2.º, y 26/1993, fundamento jurídico 4.º), colocándola en una situación de indefensión.

7 En el presente caso no se trata, pues, de que se corrijan en las Sentencias las valoraciones de hecho efectuadas por los Tribunales de procedencia —actuación que está vedada a este Tribunal a tenor de lo establecido en el art. 44.1.b) de su Ley Orgánica reguladora—, sino de enjuiciar la conducta de aquéllos a la luz de las exigencias impuestas por el artículo 24.1 CE, que perviven a todo lo largo del devenir del proceso, también en su fase probatoria.

La tutela judicial constitucionalmente garantizada viene calificada por su efectividad, y esta característica aunque no imponga necesariamente el éxito de la pretensión ejercitada —como se ha afirmado en doctrina de este Tribunal tan abundante que excusa su cita—. En lo referente a la actividad probatoria, sí exige de Jueces y Tribunales que realicen las actividades necesarias para garantizar la práctica de pruebas que, como la biológica en este caso, son idóneas, casi insustituibles, para garantizar la base fáctica de la pretensión; que son accesibles en las condiciones antes examinadas y cuya necesidad había sido reconocida por el propio Tribunal Sentenciador en su resolución ahora impugnada.

Sin desconocer la conveniencia —apreciada por los Tribunales de las distintas instancias— de una intervención legislativa específica que despeje las dudas al respecto, la legislación vigente, tanto penal como procesal, proporciona al Juez los medios suficientes para actuar con esa diligencia que le exige el mandato constitucional; y por todo lo dicho resulta imperativa su utilización. Ello porque afirmar la necesidad de una prueba para comprobar la veracidad de las alegaciones de la demandante y —legitimando la negativa del

demandado a someterse a la prueba biológica sin actividades adicionales que tiendan a superar esta injustificada negativa— fallar sobre la base de que no se ha probado suficientemente, es una contradicción esencial que se ampara en la aplicación de reglas formales (las que distribuyen la carga de la prueba, *ex art.* 1.214 CC), que en un contexto como el presente devienen formalistas, provocando la infracción de las obligaciones que al Juzgador impone el mencionado artículo 24 CE.

Lo anterior aparte, en este caso la infracción constitucional se ve agravada desde el momento en que se dejan sin tutela judicial los derechos del menor reconocidos en el artículo 39.1 CE, desconociéndose a su vez el mandato constitucional de hacer posible la investigación de la paternidad, lo que exige una interpretación de los correspondientes preceptos procesales finalista y adecuada para hacer posible la práctica de la prueba cuya obligatoriedad no es constitucionalmente cuestionable. Como señalamos con anterioridad, la investigación judicial de la filiación sirve directamente a fines constitucionales, enunciados en términos claros y rotundos por el artículo 39 CE, y, por ende, la actuación de los Tribunales ve acentuado el rigor de la exigencia anteriormente enunciada a fin de procurar que los padres cumplan sus deberes respecto a sus hijos menores, venciendo las resistencias injustificadas de aquéllos.

8. Procede, pues, otorgar el amparo solicitado. Ahora bien, la necesidad de que se haga efectivo también el derecho a un proceso sin indebidas dilaciones, tal como viene consagrado en el artículo 24.2 CE, aconseja perfilar el fallo de tal modo que anule sólo aquellas resoluciones judiciales que de forma directa o inequívoca han infringido el derecho fundamental. Y es claro que este defecto se hace patente en la resolución del Tribunal Supremo impugnada. No así en la de la Audiencia Provincial de Madrid, que corrigiendo las infracciones constitucionales apreciadas en la Sentencia de instancia utilizó medios válidos y antes empleados por el mismo Tribunal Supremo para salvaguardar los derechos del menor y de la madre. En concreto, considerando la negativa del padre a someterse a la prueba biológica como un indicio, tanto más consistente cuanto más reiterado, que en conjunción con las restantes pruebas aportadas por la demandante —que no corresponde valorar a este Tribunal en su conjunto— contribuyó a zanjar con un medio de prueba apto en derecho —la prueba de presunciones, *ex art.* 1.253 CC— la dificultad probatoria provocada por la citada e injustificada negativa del demandado, dando en el presente caso adecuada respuesta con las técnicas probatorias existentes en nuestro Derecho a los problemas ocasionados por la conducta obstruccionista del demandado.

Voto particular concurrente que formula el Magistrado don Pedro Cruz Villalón a la Sentencia dictada en el recurso de amparo número 1407/1992

Coincido con la mayoría de la Sala en el otorgamiento del presente recurso de amparo, tal como se expresa en el punto 1 de su fallo, así como en los fundamentos jurídicos de los que trae causa (fundamentos jurídicos 1.º-7.º). Discrepo, sin embargo, del alcance de dicho otorgamiento en los términos contenidos en el punto 2 del fallo, explicitados a su vez en el fundamento jurídico 8.º y último.

Entiendo, con la mayoría de la Sala, que «en el presente caso los órganos judiciales, partiendo del reconocimiento de un supuesto derecho del demanda-

do a someterse a la práctica de la prueba biológica de filiación, han acatado la negativa del afectado a la realización de esa prueba, que había sido declarada pertinente, y por ello han aceptado su falta de colaboración con la justicia», con lo cual «se ha condonado una conducta procesal carente de toda justificación (fundamento jurídico 6.º). Igualmente, entiendo que «en el presente caso no se trata, pues, de que se corrijan en las Sentencias las valoraciones de hecho efectuadas por los Tribunales de procedencia —actuación que está vedada a este Tribunal a tenor de lo establecido en el art. 44.1.b) de su Ley Orgánica reguladora—, sino de enjuiciar la conducta de aquéllos a la luz de las exigencias impuestas por el artículo 24.1 CE, que perviven a todo lo largo del devenir del proceso, también en su fase probatoria» (fundamento jurídico 7.º). Y finalmente, coincido también con el mismo fundamento jurídico cuando declara que «la tutela judicial constitucionalmente garantizada... exige de Jueces y Tribunales que realicen las actividades necesarias para garantizar la práctica de pruebas que, como la biológica en este caso, son idóneas, casi insustituibles, para garantizar la base fáctica de la pretensión». De este modo, como parece evidente, la Sentencia ha venido a identificar una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en todas aquellas resoluciones judiciales recaídas en defecto de la práctica de una prueba de esta naturaleza, cuya procedencia ha sido previamente acordada, siempre que se cumplan los requisitos y se atiendan las precauciones contenidas en sus fundamentos jurídicos 3.º y 4.º

A partir de esta doctrina, sin embargo, la Sentencia, en su fundamento jurídico último, limita el alcance de su fallo a la anulación únicamente de «aquellas resoluciones judiciales que de forma directa o inequívoca han infringido el derecho fundamental», lo que ocurriría de forma patente en la Sentencia del Tribunal Supremo impugnada, pero no así en la de la Audiencia Provincial de Madrid por cuanto esta última, «considerando la negativa del padre a someterse a la prueba biológica como un indicio, tanto más consistente cuanto más reiterado, que en conjunción con las restantes pruebas aportadas por el demandante —que no corresponde valorar a este Tribunal en su conjunto— contribuyó a zanjar con un medio de prueba apto en Derecho —la prueba de presunciones, *ex* art. 1 253 CC— la dificultad probatoria provocada por la citada e injustificada negativa del demandado»

Frente a esta determinación del alcance del otorgamiento, entiendo que las premisas de las que el mismo partía debían haber llevado a la declaración de nulidad de las tres resoluciones judiciales obtenidas por la demandante en su pretensión ante los Tribunales ordinarios. Tal como se declara en la Sentencia dictada en el presente recurso de amparo, las tres resoluciones han acatado la negativa a la realización de la prueba, condonando una conducta carente de toda justificación; todas ellas han hecho recaer, de este modo, toda la prueba en la demandante y han venido a imponerle una exigencia excesiva contraria al derecho fundamental del artículo 24.1 CE.

En lo único en que difieren las citadas resoluciones es en su distinta valoración del material probatorio de que disponían una vez frustrada —por impracticada— la prueba biológica, incluida, desde luego, la propia actitud del afectado. Pero en esta distinta valoración este Tribunal Constitucional, entiendo, no puede hacer distinciones entre resoluciones que infringirían de forma directa e inequívoca el derecho fundamental a la tutela judicial, llegando incluso a una conclusión, y aquellas otras que, no obstante haber causado con su pasividad la misma infracción, habrían, sin embargo, reaccionado correc-

tamente llegando a conclusiones distintas. Entiendo que, de este modo, la Sentencia, más allá de sus afirmaciones en sentido contrario, está otorgando inevitablemente su preferencia por la valoración del material probatorio disponible efectuada en una resolución respecto de las efectuadas por las otras. Ahora bien, una vez producida la vulneración de la tutela como consecuencia de la conducta pasiva de los órganos judiciales, no me parece posible distinguir entre unas resoluciones y otras en función de su distinta valoración de un mismo material probatorio. Por ello entiendo que la doctrina que fundamenta la estimación del presente recurso de amparo, con la que coincido plenamente, y a fin de restablecer a la demandante en su derecho tal como éste se declara vulnerado, no podía haber llevado sino a la anulación de las tres resoluciones judiciales, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 16 de Madrid (Sección 2.ª) de 15 septiembre de 1988 (rollo núm. 895-87), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10) de 26 de febrero de 1990 (rollo núm. 873-88) y de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 30 de abril de 1992 (rollo núm. 1126-90), a fin de que se proceda a la práctica de la prueba biológica en su día acordada por el Juzgado de Primera Instancia.

F. C. D.

II. Resoluciones de la Dirección General

Por JOSÉ M.^a CHICO Y ORTIZ
e IGNACIO BURGOS BRAVO

DEMANDADA UNA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS Y OBTENIDA CONTRA LA MISMA ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO, NO CABE PRACTICAR LA MISMA SOBRE LAS FINCAS INDIVIDUALES DE LOS CONDOMINIOS EN PROPIEDAD HORIZONTAL (RESOLUCIÓN DE 24 DE AGOSTO DE 1993. BOE DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 1993)

Hechos.—I. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Palencia se siguieron autos de juicio de menor cuantía número 634/83, promovidos por doña Felisa Izquierdo Monedero, contra la Comunidad de Propietarios del edificio «Don Sancho» en reclamación de 4.933.165 pesetas y en la que con fecha 12 de julio de 1990 se expidió mandamiento a fin de que se anotase preventivamente el embargo trabado sobre las fincas 1 al 29 integrantes del edificio, las cuales se describían sucintamente con indicación de su cuota y de las personas a cuyo nombre figurase, y, en su caso, proporción en las que les pertenece y carácter privativo o ganancial de su adquisición.

II. Presentado el anterior mandamiento en el Registro de la Propiedad número 1 de Palencia, fue calificado con la siguiente nota: «Denegada la anotación que se interesa en el precedente mandamiento porque el dominio de las fincas embargadas aparece inscrito en el Registro a nombre de personas distintas de la entidad demandada (art. 20 LH; arts. 140.1^a y 141 de sus Reglamentos; RRDGRN de 27 y 30 junio 1986). Contra este acuerdo pueden interponer recurso gubernativo ante el excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en el plazo de cuatro meses, a contar desde hoy, en la forma que regulan los artículos 112-131 del Reglamento Hipotecario Palencia, 10 de septiembre de 1990.—El Registrador.—Firmado: Fidel Cobos Santos».

III. Don Carlos Aparicio Alvarez, Procurador de los Tribunales, en representación de la demandante, doña Felisa Izquierdo Monedero, interpuso recurso gubernativo contra la anterior nota de calificación, alegando. 1.º Que con fecha 17 de enero de 1980 y en virtud de documento fechado en la misma ciudad el 17 de septiembre de 1979, varios copropietarios constituyeron la comunidad de carácter privado y civil del edificio «Don Sancho», con la fina-

lidad de adquirir unos solares sitos en Palencia, calle Don Sancho, número 5, y plaza Mayor, número 11, y la posterior construcción en común de un edificio cuya división horizontal se establecía con asignación a cada actual comunero de los elementos que iban a corresponderle en el mismo una vez terminada la construcción de aquél. 2.º Que de los Estatutos por los que se regía dicha comunidad se deduce que la misma carece de personalidad jurídica, que está abierta a nuevos miembros y que la misma tiene un carácter provisional hasta que cumpla su finalidad y se constituya la Comunidad de Propietarios con arreglo a la normativa vigente en materia de propiedad horizontal. 3.º Que el pleito que motiva este recurso fue iniciado por la esposa de uno de los iniciales copropietarios, quien ante la carencia de recursos y conforme a lo previsto en los Estatutos renunció a la propiedad del elemento que le había sido adjudicado a cambio de que se le devolviera parte de la cantidad aportada. 4.º Que no son de aplicación los principios invocados en su nota por el Registrador, pues por Sentencia firme de 4 de febrero de 1985 se condenó a la Comunidad de Propietarios del edificio «Don Sancho» al pago de cierta cantidad y en ejecución de la misma se decretó el embargo de bienes de los copropietarios que integran dicha Comunidad en sus respectivas cuotas de participación según consta en una certificación expedida previamente por el Registrador de la Propiedad de Palencia. 5.º Que el embargo sobre dichos bienes no se hace porque pertenezcan a la Comunidad, sino porque sus propietarios son responsables de la deuda como integrantes de la Comunidad demandada, según se deduce del artículo 9.5 de la Ley de Propiedad Horizontal, pues se trata de una responsabilidad no susceptible de individualización a cuyo pago tienen que contribuir los comuneros con arreglo a la cuota de participación fijada en el título. 6.º Que si no se admitiese la posibilidad del embargo sobre los bienes de los comuneros por deudas de la Comunidad, al carecer ésta de bienes sobre los que hacer efectiva la responsabilidad el acreedor no podría obtener la satisfacción de su crédito. 7.º Que el citado precepto de la Ley de Propiedad Horizontal permite incluso el embargo aunque se trate de personas distintas al deudor o que el titular actual del bien sea distinto del anterior. 8.º Que la Junta gestora de la Comunidad del edificio «Don Sancho» apoderada por todos los comuneros fue la que otorgó las escrituras de compraventa de los terrenos y declaración de obra nueva y división horizontal que se inscribieron en el Registro de la Propiedad, así como los títulos de cada propietario.

IV. El Registrador de la Propiedad número 1 de Palencia mantuvo su nota de calificación e informó: 1.º Que en este recurso se ha de resolver sobre si es posible o no dar cumplimiento a un mandamiento judicial que ordena la anotación de un embargo cuando el mismo fue decretado en un procedimiento seguido contra persona distinta de la que en el Registro aparece como titular del dominio de los bienes embargados, pues la demandada fue la Comunidad de Propietarios «Edificio Don Sancho», a cuyo nombre no figura inscrito en el Registro el dominio de ninguna de las fincas embargadas. 2.º Que en Registro solamente fue presentado el mandamiento ordenando que se extendiera la anotación, y la nota recurrida se extendió únicamente en base a dicho documento y a los antecedentes obrantes en el propio Registro; por ello los documentos aportados en el escrito de recurso ni fueron objeto de calificación ni pueden serlo ahora. 3.º Que la denegación de la anotación se fundamenta en la necesidad legal de aplicar el principio de tracto sucesivo de los artículos 20 de la Ley Hipotecaria y 140 y 141 de su Reglamento. 4.º Que los propietarios de las fincas embargadas no fueron demandados ni, por tanto, condenados en

el declarativo cuya sentencia se ejecuta. De anotarse el embargo como la responsabilidad no se distribuye cada finca, quedarían gravadas con una carga igual a la total cantidad que la Comunidad está condenada a satisfacer. Ello sería admitir que se trata de una deuda de la que todos los propietarios responden solidariamente y la solidaridad no se presume. Y aun suponiendo que de forma mancomunada y en proporción a sus cuotas fuesen responsables solidarios de la deuda de la Comunidad, como tales habrían de haber sido demandados, y no consta que ni siquiera hayan sido requeridos de pago. 5.º Que la deuda que motiva la presente ejecución no es de aquellas de las que, según el artículo 9.º 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, responda cada propietario con arreglo a su cuota, pues no se refiere a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, tributos, cargas y responsabilidades no susceptibles de individualización, ni de aquellos a los que queda afecto cada piso o local cualquiera que fuere su propietario actual. 6.º Que la ejecución de la sentencia podría hacerse sobre los bienes que estén a disposición de los órganos colectivos de la Comunidad condenada, como serían el dinero efectivo o valores que estuvieran en poder del administrador o instando la retención del saldo que en favor de la Comunidad exista en cuentas abiertas a su nombre o de lo que a la Comunidad debieran por gastos comunes, devengados o por devengar los distintos propietarios; pero la posible obligación de cada propietario de contribuir a satisfacer la deuda que en este caso resulta de la sentencia no surgiría entre él y el acreedor, sino mediatamente a través de la Comunidad, necesitándose un acuerdo de la Junta de Propietarios determinando la cuantía, el tiempo y la forma de contribuir de cada uno, y si alguno no satisface su parte dentro de los quince días después de haber sido requerido para ello, se lo podrá exigir por vía judicial, pero en tal caso sería llamado como parte; y si se llegase al embargo, se habrán cumplido los requisitos del artículo 20 de la Ley Hipotecaria. Tendría además el acreedor a su alcance la posibilidad del artículo 1.111 del Código Civil. 7.º Que aun si el embargo se anotase, los propietarios podrían interponer la correspondiente tercera, que de prosperar conduciría a la misma situación que la creada por la anotación de embargo. 8.º Que aunque la parte recurrente insiste en que el inmueble está inscrito a nombre de la Comunidad, no es así. Se trata de un edificio en régimen de propiedad horizontal en donde los elementos privativos pertenecen en exclusiva a distintos propietarios, y los comunes a todos ellos en proporción a sus cuotas, sin que estos últimos puedan ser transmisibles, gravados o embargados, sino juntamente con la parte privativa de la que son anejo inseparable.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León acordó estimar el recurso y revocar la nota del Registrador por entender: 1.º Que aunque a la vista del mandamiento, único documento aportado, la calificación del Registrador resultaría ajustada a Derecho, no obstante lo establecido en el artículo 117 del Reglamento Hipotecario, dada su íntima conexión con las cuestiones debatidas y por razones de economía procesal, deben tenerse en cuenta los demás documentos apuntados en el recurso para resolver el mismo. 2.º Que la función jurisdiccional que corresponde en exclusiva a Jueces y Tribunales impone a los Registradores la obligación de cumplir las resoluciones judiciales, y si bien éstos deben efectuar su función calificadora para evitar que se consagre en el Registro de la Propiedad, las consecuencias de una indefensión procesal no pueden ir más allá y enjuiciar si el fallo ha de ser tachado de ilegal, aunque limite esta tacha a los efectos registrales, pues tal

ilegalidad sólo corresponde hacerla valer al titular registral por los trámites procesales oportunos. 3.º Que si bien desde el punto de vista formal debería confirmarse la nota del Registrador de la Propiedad, desde un punto de vista material y sustantivo debe revocarse la misma y acordarse la anotación solicitada para evitar un enriquecimiento injusto, máxime cuando la Comunidad de Propietarios estuvo representada en el procedimiento por su Presidente.

VI. El Registrador de la Propiedad número 1 de Palencia recurrió ante esta Dirección contra el expresado Auto, solicitando se resolviese el fondo del asunto no obstante haberse dictado aquél fundándose en datos, hechos y circunstancias que no constaban en el documento calificado, por entender que la documentación aportada por haberse presentado con el mandamiento no hubiera determinado una variación de la nota de calificación y reproduciendo las argumentaciones por él hechas en el informe emitido anteriormente en el recurso.

Por esta Dirección General, al amparo del artículo 115 del Reglamento Hipotecario, se solicitó informe del Magistrado-Juez de Primera Instancia número 1 de Palencia, quien lo emitió considerando que, existiendo una sentencia firme, no incumbe al Registrador de la Propiedad calificar si el fallo es o no ajustado a Derecho, y que careciendo la Comunidad de Propietarios de personalidad jurídica propia, de conformidad con el artículo 9.5 de la Ley de Propiedad Horizontal es obligación de cada propietario de contribuir con arreglo a la cuota de participación a las responsabilidades que no sean susceptibles de individualización y, por consiguiente, de la condena contra la Comunidad de Propietarios responden sus miembros con la responsabilidad del artículo 1.911 del Código Civil.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 24 de la Constitución; 1.º, 20 y 38 de la Ley Hipotecaria; 744, 921, 949, 1.447 y 1.687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 3.º, 9.º y 20 de la Ley de Propiedad Horizontal; 100, 140 y 141 del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de 27 y 30 de junio de 1986, 13 de febrero de 1992 y 25 de marzo y 17 de febrero de 1993.

1. En 12 de julio de 1990, en las actuaciones de un juicio de menor cuantía seguido contra determinada Comunidad de Propietarios en régimen de propiedad horizontal, en reclamación de 4.933.165 pesetas, se ordena practicar anotación preventiva de embargo trabado sobre los distintos pisos o locales. Aunque del mandamiento no resulta la específica finalidad (cautelar o de ejecución) del embargo, parece que el mandamiento fue dictado —al menos así se desprende de las afirmaciones del recurrente y de las fotocopias no auténticas que presenta— en trámites de ejecución de la sentencia por la que se condena a la Comunidad de Propietarios al pago de la referida cantidad, y el Registrador deniega la anotación «porque el dominio de las fincas embargadas aparece en el Registro inscrito a nombre de personas distintas de la entidad demandada».

2. La resolución de la cuestión que se plantea en este recurso debe tener en cuenta intereses encontrados. De una parte, parece que cualquier sentencia de condena dictada contra la Comunidad de Propietarios en régimen de propiedad horizontal y en procedimiento en el que esta comunidad haya estado representada debe poder ser efectiva, como obligación común, sobre los pisos o locales, sin necesidad de que el acreedor de la Comunidad haya entablado su acción de reclamación frente a todos y cada uno de los dueños. De otra, el derecho a la tutela judicial parece exigir que una sentencia dictada en procedimiento que no haya sido seguido personalmente contra el que es titular del

«derecho singular y exclusivo de propiedad» sobre cada apartamento o local no pueda hacerse efectiva directamente en bienes que pertenecen exclusivamente a su esfera privativa y en la que ningún poder de disposición tienen los órganos colectivos que representaron a la Comunidad en el pleito. Ante ese conflicto, parece razonable entender que hay, sí, cuestiones decididas por la Sentencia dictada contra la Comunidad que no podrán volver a plantearse por cada comunero, y que la Sentencia, a través de la Comunidad, va a poder hacerse efectiva frente a cada uno de ellos. Pero no puede bastar tal Sentencia, sin más, para afectar ya directamente a la esfera patrimonial privativa de cada comunero si éste no ha tenido intervención en las actuaciones judiciales dado su interés legítimo —y como tal judicialmente tutelado— en cuestiones como las siguientes: 1.ª Si la condena a la Comunidad se produjo estando ésta debidamente representada en el procedimiento y si recayó sobre materias (deudas comunes) de la incumbencia de los órganos colectivos. 2.ª Si el respectivo comunero era realmente el propietario del piso o local cuando el gasto común se produjo, o si es comunero que debe responder por razón de la afección real que sufre cada piso o local. 3.ª Si la cantidad que se pretende hacer efectiva sobre cada piso o local es la que corresponde con arreglo a la cuota de participación respectiva.

3. En la Resolución de 13 de febrero de 1992, invocada por el Auto apelado, se establece la doctrina de que la obligación general de cumplir con las resoluciones judiciales exige que el Registrador limite su calificación sobre ellas al exclusivo fin de evitar que cualquier titular registral pueda ser afectado en su situación registral si no resulta que en las actuaciones en que ha recaído la resolución judicial tal titular ha tenido la intervención exigida. En el presente caso, del mandamiento de anotación de embargo no resulta que los titulares registrales de los bienes sobre los que el embargo ha de recaer hayan tenido intervención personal y directa, al menos en la fase en que el mandamiento de embargo es dictado. No puede, pues, accederse a la anotación preventiva del embargo porque, según doctrina reiterada de esta Dirección General, el principio de tracto sucesivo exige para inscribir cualquier acto, bien que éste sea otorgado por el titular registral, bien que sea dictado por la autoridad en el correspondiente juicio o expediente en el que haya tenido intervención personal y directa el titular registral (y en los casos precedentes, el cónyuge).

Así se impide que el titular registral sufra en el Registro las consecuencias de una indefensión procesal.

Esta Dirección General ha acordado revocar el Auto apelado y confirmar la nota del Registrador en los términos que resultan de las anteriores consideraciones.

Madrid, 24 de agosto de 1993.—El Director general, *Antonio Pau Pedrón*.

Comentarios críticos.—A diferencia de la Resolución de 19 de febrero de 1993 que contempla a la Comunidad de Propietarios en propiedad horizontal como «demandante» a uno de ellos, aquí la Comunidad figura como «demandada»; pero como lo que se pretende con el embargo es gravar fincas inscritas como independientes a nombre de diversos propietarios y éstos no han sido demandados, no procede la anotación. La situación procesal al ser diferente permite ver las cosas desde otro punto de vista, pues aquí lo que se pretende es embargar a unos propietarios que no han sido demandados; y en el caso de la otra Resolución lo que se pretendía es hacer titulares de la anotación a

diversos propietarios y no a la Comunidad, que en esta Resolución también se le reconoce como entidad sin personalidad jurídica.

De cualquier forma, no deja de resultar extraño que un conjunto de propietarios puede ser tenido en cuenta en unos casos y no en otros, y que esa «entelequia» formada por el Presidente y la Comunidad puedan ser considerados como titulares de una anotación y no puedan ser responsables de la deuda comunitaria, sin perjuicio de la repercusión contra cada propietario. Vamos a ver las opiniones del Registrador y la postura de la Dirección al apoyar la nota y la calificación registral.

A) CALIFICACIÓN REGISTRAL

La argumentación registral no puede por menos de estar ajustada a Derecho, ya que al esfumarse la Comunidad de Propietarios y pretender que el embargo recaiga sobre fincas inscritas a favor de otras personas se viola el artículo 20 de la Ley Hipotecaria y artículos 140 y 141 de su Reglamento.

Frente a este criterio que hago mío, existen ciertas alegaciones que pueden plantear algunas dudas, pues —como apunta RIVAS TORRALBA en base de otras Resoluciones, «cuando se demanda y condena a una Comunidad de Propietarios, se demanda y condena realmente a los propietarios que la constituyen, puesto que aquella carece de personalidad jurídica». Verdaderamente que si la Ley de Propiedad Horizontal está otorgando una representación al Presidente de una Comunidad que difícilmente puede considerarse «orgánica» puesto que detrás no hay organismo que la sustente, a quien representa es a los propietarios que constituyen la Comunidad. O esto es así o no representa a nadie.

Las argumentaciones del Registrador no pueden ser más contundentes: los propietarios de las fincas que se ordenan embargar no fueron «demandados» —salvo que se entiendan representados por el Presidente—, y de anotarse el embargo sobre cada finca habría que constatar la cantidad global que la Comunidad está condenada a satisfacer sin distribución de responsabilidad, lo cual convierte la deuda en «solidaria» cuando la solidaridad no se presume. Que la ejecución de la sentencia podría hacerse efectiva por otros medios: bienes que estén a cargo de los órganos colectivos, dinero o valores en poder del administrador o instando la retención del saldo que en favor de la Comunidad exista en cuentas abiertas a su nombre o de lo que a la Comunidad debieran por gastos comunes, devengados o por devengar, los distintos propietarios...; pero sería preciso una Junta de Propietarios determinando la cuantía, el tiempo y la forma de contribuir cada uno, exigiéndosele por vía judicial si alguno no pagase después de requerido y, por ello, podría caber el embargo al cumplirse los requisitos del artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

Estas precisiones —que repite como argumento RIVAS TORRALBA, que las toma a su vez de las Resoluciones de 27 y 30 de junio y 7 de julio de 1986, 5 de septiembre de 1988 y 5 de febrero de 1992— vienen a reforzar la tesis registral. Pero aquí el tema no se concentra en distinguir —como en la Resolución de 19 de febrero de 1993— si el Presidente y Comunidad están «legitimados» para comparecer en juicio solamente, representando a una Comunidad que al no tener personalidad jurídica destruye la representación «orgánica», y ésta debe ser concebida como representación de cada uno de los propietarios. Y si los propietarios están representados, están citados...

No sé si esta idea pudiera haber valido para que el Auto presidencial y el

informe que posteriormente se pide —ante el recurso de alzada del Registrador— basasen sus razones para denegar la nota registral y no utilizar el «enriquecimiento injusto» o la «falta de indefensión legal» o esa «obligación de contribuir» cada propietario con arreglo a la cuota de participación en «las responsabilidades que no sean susceptibles de individualización». Yo creo que el tema reside en la «legitimación» procesal del Presidente y a quien representa, pues si la Comunidad no existe como persona jurídica, tendrá que haber alguien detrás a quien este sujeto represente en «juicio y fuera de él» a todos los efectos.

B) LA DIRECCIÓN GENERAL

La postura de la Dirección General es avalar la decisión registral, lo cual me parece lógico ya que al fallarnos el personaje indeterminado de la «Comunidad» (que en la R. de 13 de febrero de 1993 cobra vida y protagonismo) tiene forzosamente que rechazar un embargo sobre bienes inscritos a nombre de personas distintas de las que han sido demandadas. Lo impone el sentido común, el artículo 20 de la Ley Hipotecaria y el principio de indefensión constitucional.

La Dirección General habla de «intereses encontrados» que no justifican que pueda ser «efectiva» una Sentencia, como obligación común, sobre los distintos pisos o locales, y también dice que la tutela judicial parece exigir que una Sentencia dictada en procedimiento que no haya sido seguida «personal y directamente» contra el que es titular de un «derecho singular y exclusivo de propiedad» no pueda hacerse efectiva directamente en bienes que pertenecen exclusivamente a la esfera privada.

Nunca el Tribunal que entendió de la reclamación —ni aun apoyándose en una demanda mal pensada— debió condenar a una «COMUNIDAD» de propietarios, pues es condenar a una especie de «herencia yacente» o ente que no tiene relevancia jurídica en el campo del Derecho. Al comentar la Resolución de 18 de febrero de 1993 insistimos mucho en que había que diferenciar la «legitimación» procesal de la Ley de Propiedad Horizontal (antes y después de la Reforma, que para el caso es lo mismo) que tiene el Presidente y la «titularidad» que ostentan los propietarios y no la Comunidad.

Si esto hubiera hecho el Tribunal sentenciador; si esto hubiera sido tenido en cuenta por el Tribunal de Justicia Superior; si esto se hubiese reflejado en el informe judicial, la anotación hubiese tenido que practicarse sobre cada uno de los pisos de la propiedad horizontal —alcanzando los elementos comunes—, ya que la misma Dirección creo entender que en alguna de las Resoluciones citadas dice: *cuando se demanda y condena a una Comunidad de Propietarios, se demanda y condena a cada uno de los que forman dicha Comunidad*. Si esta aseveración es cierta no cabe alegar falta de notificación, demanda, inexistencia de defensa procesal, etc. Cada propietario está representado por su Presidente. O esto es así o estamos especulando con una barbaridad jurídica, por mucho que se quiera configurar la Comunidad de Propietarios como Comunidad «funcional», societaria o Comunidad con finalidades sustanciales...

No he podido —a estas alturas— localizar el artículo de REY PORTOLÉS sobre la materia, pero sí, en *Lunes 4,30*, ROSA NAVARRO DÍEZ y VICENTE CARBONELL SERRANO («Anotación preventiva de embargo a favor de la Comunidad de Pro-

pietarios», núm. 15, 1988, pág. 25) consideran que el «titular de una anotación preventiva de embargo» no es *titular registral*: su condición de anotante no le atribuye titularidad jurídica real alguna; no puede disponer de su posición jurídica en base de la publicidad registral; la fe pública se extiende a proteger a un «*sujeto procesal*», pero no a «*derecho alguno del anotante*». En conclusión, el «anotante» no es titular registral y no se le aplica el régimen jurídico de éstos.

Estas afirmaciones de mis compañeros de REVISTA no sé si han pasado inadvertidas, pero crean serios problemas —por lo menos a mí—, ya que en mis esquemas el que «pide o solicita» una anotación preventiva (de embargo, de demanda, de prohibición de disponer, de secuestro, etc.) es sujeto «procesal», pero también lo es «registral» y al mismo se le atribuye una titularidad jurídica real, pueda o no disponer de su titularidad jurídica, que eso está por demostrar; y la fe pública se extiende a la existencia del embargo, pero no a derecho alguno del anotante. Leído el artículo 38 de la Ley Hipotecaria —aplicable a los asientos registrales—, la última afirmación no se sostiene.

Pero lo que me inquieta es que después de haberme llevado a estos terrenos, me digan que la anotación, a pesar de no ser practicable a favor de la Comunidad de Propietarios, por «haberse solicitado» puede provocar inscripciones de adjudicación a favor del acreedor debiendo éste realizarse a favor de todos y cada uno de los propietarios que integran la Comunidad y que como titulares del crédito instaron el procedimiento a través del «órgano» representativo de la Comunidad». Y si el Auto judicial aprobando la adjudicación no se refiere a cada uno de los propietarios —«sujetos procesales» *in abstracto*—, y si a la Comunidad —sujeto real y con personalidad jurídica— ¿qué debe hacer el Registrador? Si inscribe a nombre de la Comunidad lo hace a favor de una entealequia, y si lo hace a favor de cada propietario comete una falsedad, salvo que se especifiquen los titulares de la anotación ejecutada, lo cual viene a dismantelar todo el tinglado jurídico de esta especulación.

Entiendo que todas estas construcciones que refuerzan posturas superiores tienen grandes valoraciones, pues enriquecen aspectos no previstos por el criterio decisivo, pero de vez en cuando (y esta vez es de vez y de cuándo) hay que pensar en la estructura que sostiene la institución y la «representación» que supone, o una persona que la concede y otra que la acepta o un imperativo legal que la establece; pero cuando ese imperativo legal carece de base, pues no existe «persona» a la que representar por tratarse de una «entealequia» que el mismo legislador sigue «mimando», tropezamos con estos inconvenientes y atribuimos a la «razón pura» la indefensión que parte de la «razón torcida». El caso es muy semejante al tema del «poder verbal», a las situaciones irregulares de sociedades, a las sociedades civiles con pactos secretos y a esa serie de figuras que comienzan a proliferar en el ámbito urbanístico. O vamos a la personalidad jurídica, respetando el principio de especialidad, o provocamos lo que la Constitución concede, la «*posibilidad de defensa*», y ello lleva consigo una de las grandes quiebras de la publicidad registral. Legislar es labor que exige el conocimiento íntegro de la Constitución española y del «resto del Ordenamiento jurídico», sin perjuicio del techo jurídico que marca la legislación de la Comunidad Europea.

ES POSIBLE UNA ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO A FAVOR DE UNA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS, SIN NECESIDAD DE ESPECIFICAR LOS COMPONENTES DE LA MISMA PARA EVITAR UNA INDEFENSIÓN PROCESAL. (RESOLUCIÓN DE 19 DE FEBRERO DE 1993. BOE DE 24 DE MARZO DE 1993.)

Hechos.—I. En los Autos del proceso civil de cognición número 343/1991, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Pamplona, promovido por don Basilio Sanz Cazcarro, Presidente de la Comunidad de Propietarios de avenida de Bayona, números 4 y 6, de dicha ciudad, contra «Gabinete Asesor de Empresas, S. A.», en reclamación de la suma de 273.510 pesetas, se expidió mandamiento por el que se interesaba se tomara anotación preventiva de embargo trabado en dicho procedimiento sobre el piso 5.º, letra A, del edificio número 4, antes citado

II. Presentado el anterior mandamiento en el Registro de la Propiedad número 4 de los de Pamplona el día 28 de octubre de 1991, fue calificado con la siguiente nota: «Se deniega la práctica de la anotación preventiva de embargo solicitada en el precedente mandamiento por carecer de personalidad jurídica las Comunidades de Propietarios en Propiedad Horizontal».—Pamplona, 18 de noviembre de 1991 —El Registrador.—Firma ilegible.

III. La Procuradora de los Tribunales doña Ana Echarte Vidal, en nombre de la Comunidad de Propietarios de las casas 4 y 6 de la avenida de Bayona, de Pamplona, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: 1.º Que no hay una sola resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado que ampare la referida calificación que se recurre. 2.º Que la referida calificación deja en incompleta indefensión a la citada Comunidad de Propietarios, pues el embargo trabado por la Comunidad de Propietarios no podrá llevarse a buen término y no valdrá para nada al no poder cumplimentarse todos los requisitos dispuestos en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el procedimiento de apremio en caso de embargo de bienes inmuebles, impidiendo así que la Comunidad de Propietarios pueda llegar a cobrar la cantidad reclamada por la misma en los Autos en concepto de contribuciones a los gastos de la Comunidad. 3.º Que el hecho de que las Comunidades de Propietarios en Propiedad Horizontal no tengan personalidad jurídica no implica que la citada Comunidad, que compareció en el juicio debidamente representada en forma por su Presidente, tal como ordena la Ley de Propiedad Horizontal, y a quien se le tuvo por demandante en virtud de dicha representación, no pueda ser beneficiaria de la anotación a su favor en el Registro de la Propiedad de un embargo de un bien inmueble ya trabado a su favor con anterioridad por el Juzgado. 4.º Que como fundamento de Derecho hay que citar los artículos 24.1 de la Constitución española, 12, párrafo primero, de la Ley de Propiedad Horizontal, y 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 5.º Que, por último, hay que considerar que el mismo Registrador de la Propiedad no ha denegado la anotación preventiva en casos totalmente idénticos.

El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que en ningún momento se contradice por la recurrente la falta de personalidad jurídica de las Comunidades de Propietarios en Propiedad Horizontal y considera que puesto que compareció en juicio puede ser beneficiaria de la anotación preventiva de embargo. No obstante lo anterior, se considera que hay que distinguir entre la legitimación procesal de las Comunidades de Propietarios

en Propiedad Horizontal y la personalidad jurídica de las mismas, o sea, la posibilidad de ser o no titular de derechos; por ello la exigencia de que el titular registral esté dotado de personalidad jurídica la impone el artículo 72, en relación con el párrafo 4.º del artículo 9, ambos de la Ley Hipotecaria. Por otra parte, el hecho que figure como persona interpuesta el Presidente de la Comunidad no varía la anterior afirmación, pues los efectos jurídicos solicitados (anotación preventiva de embargo) deben producirse en la esfera de la Comunidad representada y nunca en la del representante. Que la referida carencia de personalidad jurídica lleva a considerar que no es toda la Comunidad acreedora, sino parte de la misma, se trata de la reclamación por parte de los comuneros contra otro u otros comuneros. Que, por otra parte, al tratarse de una Comunidad de Propietarios en la que la propiedad de cada uno de los departamentos lleva consigo como anejo inseparable la copropiedad sobre los demás elementos comunes, se puede afirmar que se trata de una Comunidad «dependiente», sin tráfico jurídico propio de sus cuotas, cuya titularidad viene determinada *ob rem* por la titularidad del elemento privativo. Por ello puede producirse la situación de que el titular del crédito no forme parte en la actualidad de la Comunidad; piénsese en el caso del propietario acreedor que transmitiese su departamento, ya que no existe norma legal que determine que la transmisión del crédito contra otro comunero, por lo que, en definitiva, será siempre necesario determinar cuál es la Comunidad acreedora. Que cabe señalar que la pretensión de la parte actora puede quedar satisfecha mediante la especificación de las personas físicas o jurídicas que sean propietarias de los elementos privativos en el momento de producirse la deuda, así como la proporción que dichos propietarios son acreedores, ya que a efectos de gastos, según resulta de los propios Estatutos de la Comunidad recurrente, se establecen criterios diferenciadores por diversos conceptos que modalizan a efectos de gastos de Comunidad la cuota de participación en el inmueble. Que desde el punto de vista jurisprudencial hay que citar las Resoluciones de 1 de septiembre de 1981, 27 y 30 de junio de 1986 y el Auto de 23 de septiembre de 1987 dictado por el excelentísimo señor Presidente de la entonces Audiencia Territorial de Las Palmas que resuelve un supuesto idéntico al presente en el mismo sentido que la nota calificadora. Que, por último, hay que señalar que el Registrador es independiente en su función calificadora y del derecho que le asiste a variar su criterio (Resoluciones de 18 de noviembre de 1960 y 5 de diciembre de 1961).

V. El ilustrísimo Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Pamplona informó: Que hay que tener en cuenta las Sentencias de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid de 10 de febrero y 29 de abril de 1987, que consideran que las Comunidades de Propietarios nacen *ope legis* con personalidad propia a diferencia de Comunidad Ordinaria de bienes; o sea, una personalidad jurídica propia y especial, pudiendo ser sujetos activos y pasivos de derechos y obligaciones, como supone el diario acontecer y la realidad social. Que parece excesivamente empírico y alejado de las exigencias de la realidad del tráfico jurídico la justificación que, con amparo en una rígida interpretación de los artículos 9.5, en relación con el 51.9 del Reglamento, y 72 de la Ley Hipotecaria, ofrece el señor Registrador, así como artificiosa la alternativa que sugiere.

VI. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Navarra revocó la nota del Registrador fundándose en las Resoluciones de 9 de febrero y 18 de mayo de 1987.

VII. El Registrador apeló el Auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que la cuestión principal que debe quedar resuelta es la de la titularidad del crédito; por ello es esencial diferenciar entre dos tipos de Comunidades de Propietarios: la del inmueble y de titulares de crédito. Esta última no es una Comunidad *ob rem*, ya que el crédito no se encuentra vinculado a los departamentos del edificio, ya que se puede disponer de un elemento privativo sin necesidad de disponer del crédito, cosa que no puede hacerse respecto de los elementos comunes, ya que al disponerse de un elemento privativo necesariamente se dispone de los demás elementos comunes porque son inseparables (art. 1 LPH) y no existe norma legal alguna por la que se confiera a este tipo de créditos la condición de «elementos comunes». Que la titularidad del crédito no está vinculada a la propiedad, lo que plantea las siguientes cuestiones: a) Que la representación que el artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal confiere al Presidente de la Comunidad se extiende exclusivamente a quienes sean propietarios, es decir, que los titulares de créditos que no sean propietarios no están representados por el Presidente; b) Que los acreedores no propietarios tampoco fueron convocados a la Junta, si la hubo, para hacer efectiva la deuda por vía judicial, ya que a la misma únicamente pueden ser convocados quienes ostenten la condición de propietarios. De lo expuesto se deduce que lo lógico es considerar la deuda como mancomunada (arts. 1.137 y sigs. CC). Que la Comunidad de Propietarios no tiene personalidad jurídica aparece confirmado en la reciente Resolución de 5 de febrero de 1992. Que la trascendencia de lo anteriormente señalado por lo que concierne al Registro de la Propiedad aparece clara, ya que produce una gran indeterminación en cuanto a los titulares de la anotación preventiva de embargo, ya que a efectos de gastos de Comunidad la cuota de participación en elementos comunes [apartado b) del art. 3 LPH] está casi siempre modificada o ponderada por los propios Estatutos de la Comunidad, cosa que sucede en el caso que se contempla. Que, por último, respecto a las resoluciones en que se fundamenta el Auto presidencial, hay que señalar que de las mismas parece confirmarse el criterio de la Resolución de 1 de septiembre de 1981

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 24 y 117 de la Constitución española; 12 y 20 de la Ley de Propiedad Horizontal; 9, 72 y 75 de la Ley Hipotecaria; 5.º del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de 1 de septiembre de 1981, 27 y 30 de junio de 1986, 9 de febrero y 18 de mayo de 1987 y 5 de febrero de 1992.

1. El Registrador deniega la práctica de la anotación preventiva de embargo en virtud de mandamiento dictado en juicio de cognición, entablado por el Presidente de una Comunidad de Propietarios en régimen de propiedad horizontal, por no ser posible este asiento al carecer tal Comunidad de personalidad jurídica. El beneficiario del crédito que es exigido en las actuaciones judiciales y, consiguientemente, el titular de la anotación no puede ser —dice en su informe el Registrador— tal Comunidad puesto que carece de personalidad jurídica, sino los que eran propietarios cuando el crédito surgió (que además pueden no ser ya los que en el momento de la anotación son los propietarios actuales porque el crédito no está vinculado con cada piso o local). La consecuencia es que no puede darse cumplimiento al mandamiento, ya que en el asiento no podría hacerse constar la persona natural o jurídica en cuyo favor se practica, tal como se ordena en los artículos 9.º4 y 72 de la Ley Hipotecaria.

2. Si el Presidente representa en juicio a la Comunidad en los asuntos que la afectan porque así lo determina el artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal, ha de entenderse que la representa en las actuaciones procesales a todos los efectos, tanto en la etapa de cognición como en la de ejecución y, naturalmente, también, para pedir y obtener en esa cualidad de Presidente y en favor de la Comunidad las medidas cautelares o de ejecución, de las cuales un ejemplo es el embargo en favor de la Comunidad (cuya posibilidad prevé expresamente el art. 20.2.º LPH después de la reforma llevada a cabo por la Ley 2/1988, de 23 de febrero). El correspondiente asiento de anotación se practicará entonces también en favor de la Comunidad, sin necesidad de que los comuneros sean identificados nominativamente, pues no son ellos los que a título individual ejercitan la acción, sino el órgano comunitario competente; basta, por tanto, para expresar las circunstancias del titular de la anotación indicar aquellas que identifiquen a la Comunidad y sin hacer referencias personales a cada uno de los comuneros, máxime en un tipo de asientos, las anotaciones preventivas, en que las circunstancias de las inscripciones son exigibles «en cuanto resulten de los títulos o documentos presentados» (cfr. art. 72 LH) y en que la omisión de alguna circunstancia exigida para las inscripciones sólo produce nulidad de la anotación cuando por el asiento «no pueda venirse en conocimiento de la finca o derecho anotado de la persona a quien afecta la anotación» (cfr. art. 75 LH).

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso del Registrador.

Madrid, 19 de febrero de 1993.—El Director general, *Antonio Pau Pedrón*.

Comentarios críticos.—Cuando hace ya muchos años se me pidió que comentase críticamente las Resoluciones de la Dirección General de la prestigiosa revista *Anuario de Derecho Civil*, solamente se me impusieron dos condiciones: la objetividad y prescindir de mi acusado sentido del humor. Lo cumplí y, para ello, una de las medidas que tomé, y que ahora se mantienen, es ordenar a las secretarías que me copian la Resolución a comentar que tachen las referencias a los Notarios, Registradores, Jueces, etc., que intervienen en la misma. Tampoco se me ocurrió nunca preguntar quién era el posible autor de la Resolución, entre otras cosas porque no me lo hubieran dicho. El que la objetividad se haya ajustado al Derecho en mis comentarios es otro problema, pero sí proclamo que ésa fue mi intención.

Entiendo que la presente Resolución tiene un fondo clarísimo que debió explotar al máximo el Registrador de la Propiedad: una cosa es la legitimación y otra la personalidad jurídica. La deuda contraída por un comunero frente a la Comunidad y exigida en juicio por el Presidente desemboca en un mandamiento de embargo que el Registrador deniega por no tener personalidad jurídica la Comunidad de Propietarios (¡con lo fácil que hubiera sido en la Reforma de 1988 concederle esa personalidad!). Este es el tema que genera la discusión y que va a terminar desestimando la pretensión del Registrador y considerando viable la anotación preventiva de embargo.

Existen sobre la materia —aparte los preceptos y Resoluciones citadas en los fundamentos— una serie de trabajos que me he permitido consultar, pues no todos son coincidentes. Escriben CABELLO DE LOS COBOS (*BCNRP*, núm. 246, junio 1988, págs. 1185 y sigs.), CANALS BRAGE (*RCDI*, núm. 598, mayo-junio 1990, págs. 1195 y sigs.), ALONSO CASADO (*BCNR*, núm. 256, mayo 1989, págs.

1036 y sigs.) y la obra de RIVAS TORRALBA (*Anotaciones de embargo*, II, del Colegio Nacional de Registradores, 1994). Al citar a este último autor en una de mis últimas publicaciones lo hacía con el segundo apellido, utilizando la V. en vez de la B., sin recordar aquello del Quijote: «La del alba sería...» (y ésta debe ser Torre del Alba).

Bien, con este bagaje resulta un tanto fácil esbozar un criterio y sacar unas conclusiones ajustadas a la objetividad que impone la norma que debe ser interpretada tanto en su letra como en su espíritu. Por ello, vamos a partir de la precisión de los conceptos en juego (legitimación y personalidad), para luego ir examinando las razones alegadas por el Registrador y las soluciones que tanto el Presidente del Tribunal de Justicia como la Dirección General plasman en la Resolución

A) LEGITIMACIÓN Y PERSONALIDAD

Recordar esto parece pueril, pero se hace necesario. La doctrina italiana representada por el procesalista (no olvidemos que la teoría de la legitimación procede del Derecho procesal) CARNELUTTI y el romanista BETTI entiende que aquellos casos en los que una persona no es titular de un derecho y, sin embargo, pueda utilizar eficazmente los actos jurídicos sobre el mismo, dan generalidad a la teoría de la legitimación, estimando la misma como una especie de actitud para la realización de actos jurídicos reconocidos por la Ley y derivando la misma de una determinada y estrecha relación entre sujeto y objeto. Estar legitimado para disponer o realizar un determinado acto no quiere decir que exista un poder dispositivo o una titularidad para la realización de un acto.

Si esto es así —trasladando ya los hechos al supuesto contemplado— el Presidente de una Comunidad de Propietarios «está legitimado para —como dice la Resolución— las actuaciones procesales a todos los efectos, tanto en la etapa de cognición como en la de ejecución y, naturalmente, también, para pedir y obtener las medidas cautelares o de ejecución». Para todo ello está «legitimado procesalmente», pero ello no quiere decir que esté representando a la Junta de Propietarios o la Comunidad, que al carecer de personalidad jurídica traslada el efecto a los diferentes propietarios que forman la Comunidad. La personalidad jurídica se tiene o no se tiene, y la Comunidad de diferentes propietarios sólo adquiere personalidad al transformarse en sociedad o ente jurídico.

B) ALEGACIONES DEL REGISTRADOR

El arranque de las alegaciones registrales era prometedor. El Registrador había dado en el clavo jurídico de la cuestión: neta diferenciación entre legitimación y personalidad jurídica. Era el buen camino. Se puede estar legitimado procesalmente para actuar, pero ello no quiere decir que exista un poder, un apoderamiento o un mandato, pues la persona en cuyo nombre se invoca «no existe». La legitimación, en este caso, procede de la Ley que ofrece como cabeza visible al Presidente de la Junta de Propietarios, pero la misma Ley niega personalidad a dicha Comunidad. Y la prueba es que el artículo 20 de la Ley de Propiedad Horizontal, reformado por Ley 2/1988, de 23 de febrero,

para nada habla de «representación» del Presidente o Administrador, limitándose a «legitimarle procesalmente».

Era fácil destruir las alegaciones de la Procuradora de los Tribunales, ya que existen Resoluciones que «amparan esa calificación registral» (R. 30 junio 1986) a la que se remite el Registrador, junto con la de 1 de septiembre de 1981 y Auto de 23 de septiembre de 1987. Que no es la «calificación» registral la que deja en indefensión a la Comunidad de Propietarios, sino la Ley que no ampara a la misma al haber sido cicatera a la hora de conceder la personalidad jurídica. Que la representación «orgánica» solamente cabe en aquellos casos en que existe personalidad jurídica y que, por supuesto, la cita del artículo 24.1 de la Constitución se refiere en este caso a los propietarios que forman la Comunidad, no a una «entidad» que no existe y a la que indebidamente el artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal concede la representación. Este es el tremendo fallo de la Ley de Propiedad Horizontal, que entiendo debe rectificarse, pero mientras ello no suceda los argumentos en contra no sirven.

El Registrador de la Propiedad, quizá, pensando que su primer argumento podía no ser estimado, acude a las cuotas que sobre los elementos comunes ostentan los diferentes propietarios del inmueble. Y creo que este argumento es muy difícil de sostener, pues la proporcionalidad en la deuda hace acreedores a cada uno de los copropietarios y por confusión extingue la misma respecto a la parte proporcional del deudor. Quizá por ello el informe del Magistrado-Juez rechaza el argumento. Pero lo que no se puede admitir es lo de la atribución de personalidad «jurídica propia y especial» basándose en unas Sentencias de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid de 10 de febrero y 29 de abril de 1987. El argumento es que dichas Comunidades nacen *ope legis* con personalidad. ¿Se quiso decir *legis ferenda* y no *legis data*? La Ley de Propiedad Horizontal no dice nada de eso.

C) DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL

El primer argumento que la Dirección esgrime es que el Presidente «representa» a la Comunidad. Así lo viene a decir el artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal. Esto no pasa de ser una «ficción» legal o un deseo del legislador, pues nadie puede representar a quien no existe, salvo los casos del *nasciturus*, y por eso la Reforma de 1988 solamente se refiere al Presidente para la realización de ciertos actos, es decir, no le está confiriendo «representación» (orgánica en este caso), sino «legitimación».

Una cosa es que el artículo 20.2 de la Ley de Propiedad Horizontal reformada permita «el embargo preventivo» en base de la petición hecha por la persona legitimada para pedirlo, y otra que éste pueda realizarse sin los requisitos que para toda anotación son imprescindibles; atribuir la titularidad de un embargo a una Comunidad de Propietarios «sin personalidad» es ir contra el principio de especialidad. Es algo semejante a las *adjudicaciones en vacío*.

Con gran habilidad la Dirección General invoca el artículo 72 de la Ley Hipotecaria y el criterio flexible que se desprende de su letra al considerar que las circunstancias de las anotaciones exigidas legalmente sólo se harán constar «en cuanto resulten de los títulos presentados». Pero este argumento no nos sirve (aparte que en la práctica cuando un mandamiento contiene el nombre y apellidos del acreedor se devuelve para su consignación), pues el mandamiento en este caso *sí contiene* el nombre del acreedor, pero este acreedor «no

existe», es una entelequia, es algo que en el Derecho «no cuenta». Hay que rectificar el mandamiento y exigir que en el mismo figuren como titulares del embargo todos y cada uno de los componentes de la Comunidad.

Esto puede suponer un atentado o una denegación de «colaboración» con la Administración de Justicia y no es así, pues todo ello contrasta con la exigencia de «notificaciones» que se establecen por el artículo 144 del Reglamento Hipotecario a la mujer o al marido como deudores, y esa otra otra serie de «notificaciones» que es preciso hacer a los titulares de ciertos asientos que puedan quedar afectados por una ejecución de un gravamen. Por ello, además de la titularidad del asiento se exige la determinación del «domicilio». La cita —que creo es de la parte activa del recurso— del artículo 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil avala las exigencias apuntadas.

D) POSICIONES DOCTRINALES

Entiendo que es importante traer a colación las posturas de los autores que al comienzo cito, pues mi criterio expuesto en todo lo que antecede no creo que coincida con la totalidad de los citados. Por ello es preciso brindar las posibilidades —para llegar a mayores claridades— de exponer los diferentes criterios mantenidos.

— CABELLO DE LOS COBOS (J. M.). «Propiedad horizontal: Anotación preventiva de embargo a favor de la Comunidad de Propietarios» (*BCNR*, núm. 246, junio 1988, págs. 1185 y sigs.). He leído el artículo que este autor dedica al tema sobre la base de un Auto del año 1987, pero lo he leído con posterioridad a lo que he escrito y con gran satisfacción veo que coincidimos en muchos puntos.

Este autor distingue perfectamente entre legitimación activa procesal y titularidad de los derechos, aparte de analizar la naturaleza de la propiedad horizontal y concluir señalando la falta de personalidad jurídica de la Comunidad de Propietarios, cosa que ratifican las Resoluciones de 1 de septiembre de 1981, 27 de junio de 1986 y 7 de julio de 1987. La solución está en anotar el embargo a favor de cada uno de los copropietarios que componen esa Comunidad sin personalidad.

— CANALS BRAGE (F.): «Carga real y preferencia crediticia en las ejecuciones inmobiliarias» (*RCDI*, núm. 598, mayo-junio 1990, pág. 1195). Este autor en el fondo, al comentar tres Resoluciones de la Dirección General del año 1988, solamente en forma muy indirecta —como apunta RIVAS TORRALBA— se refiere al tema, pues admite la posibilidad de que existan anotaciones preventivas sin titular o que éste carezca de personalidad jurídica. Quizá donde radique la esencia de esta aportación sea en el valor que la anotación preventiva tiene frente al crédito y su valor como carga real y singularmente en aquellos casos en que el privilegio crediticio sea superior al que la propia anotación le pueda proporcionar.

— ALONSO CASADO: «Titular registral en una anotación y Comunidad horizontal» (*BCNR*, núm. 256, 1989, págs. 1040 y sigs.). Defiende este autor la posibilidad de esa anotación a favor de la Comunidad de Propietarios. En este momento quiere prescindir de lo que el autor entiende por anotación preventiva, que no es más, dice, «que la proyección registral de una situación procesal para asegurar los resultados del juicio de la que dimana, pero no sitúa al anotante, aunque se identifique, en posición negocial determinada».

Pero lo grave no es esta concepción de la anotación, pues cada uno tiene su proyección conceptual más o menos acertada, sino la conclusión final del artículo, donde se dice: «Si la institución comunitaria la organizó la Ley para cumplir y accionar los derechos-deberes a través de sus órganos de gestión, dotándole de medios idóneos (?) para la consecución de su exclusivo fin, con reconocimiento de capacidad (?) procesal, la voluntad legislativa resultará baladí y la institución descabezada si se niega la protección registral del juicio».

Sin perjuicio de que luego ahondemos en algún punto, se hace necesario salir al paso de esta «forma» de exponer el tema: la Ley no «supo» organizar ni dotar a sus órganos de gestión de medios idóneos, pues lo único que les concedió es la legitimación (nunca la capacidad) para comparecer en juicio en nombre de una comunidad de «propietarios». Esto es, en nombre de los propietarios que forman una Comunidad. Y nunca podemos «echar culpas» a la institución registral, sino a esa desquiciada voluntad legislativa que no llegó a precisar la fórmula adecuada.

— RIVAS TORRALBA (R.). *Anotaciones de embargo*, tomo II (CNR 1994). En el estudio —prácticamente exhaustivo— que dedica al embargo contempla el caso objeto de esta Resolución, es decir, la Comunidad de Propietarios como «demandante», y entiende que frente a la tesis de CABELLO DE LOS COBOS deben de prevalecer las sostenidas por CANALS BRAGE, ALONSO CASADO y REY PORTOLÉS.

El argumento fundamental es que la anotación preventiva debe practicarse a nombre de la Comunidad sin necesidad de especificar a los comuneros, pues no son ellos los que a título individual ejercitan la acción, sino «el órgano comunitario» competente.

A la vista de este conjunto de opiniones doctrinales —todas ellas muy de tener en cuenta— resulta evidente que todos coinciden en que la Comunidad de Propietarios no «tiene personalidad jurídica» y que dentro de la teoría general de los sujetos no pasa de ser una forma o manifestación de la titularidad: variedad de titulares a quienes pertenece una propiedad, en este caso con singulares especialidades. Todos reconocen que existe un órgano representativo de esa «Comunidad de Propietarios» o, mejor dicho, un órgano que representa a un conjunto de propietarios en comunidad. Esto último es lo que yo apostillo, pues sin la existencia de una persona jurídica mal puede hablarse de un órgano representativo.

Pero este tema no interesa ser utilizado por los que tratan de justificar el criterio de la Dirección, y por eso encauzan el problema en torno a la naturaleza de la anotación de embargo y la necesidad o no de que exista un titular de la misma. Y en este punto es donde mi forma de discutir se pierde. Si todo el argumento reside en que el *embargo es una medida procesal* «con reflejo registral», yo me pregunto —después de haber destruido la tesis de Roca del embargo como caso constitutivo de garantía—: ¿para qué tenemos que inscribirla en el Registro? Y la doctrina responde: para que siendo una medida cautelar, preventiva y de eficacia análoga a la hipoteca produzca efectos contra terceros. Es decir, que el *titular* de dicha anotación preventiva goza, aunque sólo se le reconozca eso, de una posible preferencia para el cobro de su crédito frente a posibles terceros sin posibilidad de oposición. ¿Esto es un derecho o una entelequia abstracta o medida procesal? Uno al regresar a sus bases de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria pudiera aducir muchos más argumentos, pero siente una especie

de angustia del desconocimiento puesto al servicio de una decisión de la autoridad

Es cierto que la Dirección General al invocar el artículo 72 de la Ley Hipotecaria (que a mi entender contradice no sólo el criterio tradicional de la misma, sino que viola el principio de especialidad y todo ese cúmulo de disposiciones que además de los datos personales exigen la determinación del domicilio) no hace más que invocar un precepto que en sus esquemas tradicionales «no ha sido tenido en cuenta» y que en el fondo no se ajusta a los términos del supuesto de hecho: el mandamiento señala un «sujeto» titular, pero la anotación no es que carezca de «sujeto», sino que el que menciona el mandamiento «no lo es». Es decir, se posibilita, por así decirlo, una falsedad documental.

La cláusula de inscripción de las adquisiciones de bienes inmuebles a título oneroso por los cónyuges dice algo así: Inscribo mi nombre de... y de... el dominio de la presente finca, sin atribución de cuotas y para su sociedad conyugal... Ello viene a demostrar que aunque aparentemente pueda aparecer como titular la «sociedad conyugal de gananciales» (sin personalidad jurídica), la Ley Hipotecaria y el Reglamento Hipotecario son rigurosos en el momento de determinar la titularidad, atribuida a ambos esposos. No ignoro que existen diferencias entre la comunidad germánica «sin cuotas» (que doctrinalmente es la construcción, parece, más adecuada a la sociedad de gananciales) y la romana «de cuotas» (propia de la llamada propiedad horizontal, donde al lado de propiedades individuales existen elementos comunes con una determinación de cuota). Y uno, ya en el desfiladero de las grandes verdades o de las grandes conclusiones, piensa: Pero en la Comunidad de Propietarios horizontal, ¿qué es lo que está «compartido» y qué es lo que es «propiedad individual»? Existen agresiones brutales a conceptos esenciales. Se trata de situaciones, vamos a llamarlas «funcionales», donde es preciso una Comunidad sobre los elementos comunes y unas propiedades individuales, con obligaciones estatutarias o legales de contribución a los gastos comunes. El Presidente es órgano representativo de los «elementos comunes» o de las «propiedades individuales». ¿Hay representación orgánica, representación sin poder o con poder tácito, o sólo gestión ajena de mandato sin poder?

No he comprendido nunca la resistencia del legislador a no otorgar «personalidad a estas Comunidades de Propietarios», pues ello es lo que provoca la posible indefensión en situaciones límite que contempla esta Resolución. Ello está provocando en el mundo negocial del urbanismo la adquisición de terrenos por una «sociedad civil» compuesta de diversos propietarios y con posibilidad de aumentar o cambiar, denominada «Comunidad de Propietarios»..., y que a la hora de la verdad al «ser secretos sus pactos» carecen de personalidad jurídica y hay que exigir la nominación individualizada de todos sus componentes.

Reservemos más argumentos para la siguiente Resolución que va a contemplar a la Comunidad de Propietarios no como demandante, sino como «demandada», y eso ya genera en la Dirección General otro criterio que contrasta con el que se defiende en esta Resolución. La diferencia de criterios nos puede dar claves importantes no sólo para descubrir razones de la decisión, sino para combatir los apoyos doctrinales en que se basan una y otra. Yo comprendo que si al Registrador que se opone a inscribir este «artilugio comunitario» invocando una actuación suya favorable, también cabe este argumento para ser utilizado en la nueva decisión.

LA DIVISION DE LA PLANTA DE UN EDIFICIO SUJETA A PROPIEDAD HORIZONTAL ES MODIFICACION DE LA OBRA NUEVA Y NO SIMPLE ACTO DE DIVISION (RESOLUCIÓN DE 14 DE DICIEMBRE DE 1992. BOE DE 4 DE FEBRERO DE 1992.)

Hechos.—I. El día 11 de julio de 1990, ante el Notario de Villarcayo don Francisco de Asís Triana Alvarez, la entidad mercantil «Promociones Allal, Sociedad Anónima», otorgó escritura de declaración de obra nueva y constitución del régimen de propiedad horizontal de un edificio sito en dicha localidad, con acceso por paso peatonal particular, o bloque B, que fue inscrita en el Registro de la Propiedad de Villarcayo. Con fecha 27 de octubre de 1990 la citada entidad mercantil procedió a otorgar, ante el mismo Notario, una escritura de división de la planta baja del edificio antes citado, dando lugar además de los locales de planta baja ya existentes a una nueva finca número 1-A o local de entreplanta, aislado del portal del edificio, sus escaleras y del rellano frente al ascensor, y con acceso a la vía pública por un portal situado en una esquina del edificio.

II. Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Villarcayo, fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente documento por el defecto insubsanable: 1.º De pretender con el mismo, el acceso al Registro de una planta más en el edificio con acceso por paso peatonal particular o bloque B, con lo que el mismo tendría cinco plantas altas más la baja, la cual resulta prohibido por las Normas Subsidiarias y Complementarias de Planeamiento. Que en la Resolución dictada por la Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León, de fecha 10 de mayo de 1989, se ordenó la suspensión de las obras de dicha planta, sin que hasta el momento conste que la suspensión haya sido levantada por dicho organismo, habiendo sido por el contrario declarada la obra nueva de tal edificio de cuatro plantas altas más la baja como concluida, en escritura otorgada en la misma Notaría en fecha 11 de julio de 1990.—Villarcayo, 14 de febrero de 1991.—La Registradora.—Firmado: María Amparo Llorente Ayuso».

III. El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que el recurso ha de concretarse a la validez del acto dispositivo contenido en la escritura. Que en cuanto a los medios que se puedan utilizar en la calificación registral, como señala el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y las Resoluciones de 12 de abril de 1951, 21 de octubre de 1893, 18 de junio de 1898, 28 de marzo de 1904, 22 de diciembre de 1956, 7 de junio de 1972 y 17 de febrero de 1986, han de circunscribirse al título concreto presentado y a los asientos del Registro, y no pueden tenerse en cuenta, como elementos de calificación, otros documentos o datos de los que pueda tenerse conocimiento por otros conductos. En base a esto, parece ser que la señora Registradora se ha excedido, que se basa exclusivamente en el contenido de las normas subsidiarias y complementarias de planeamiento y en una Resolución de la Junta de Castilla y León, de fecha 10 de mayo de 1989, que no forma parte del contenido del Registro ni de documento presentado a inscripción. Que en el supuesto calificado se cumplen todos los requisitos del artículo 46 del Reglamento Hipotecario. Que la finca dividida forma parte integrante, como local independiente, de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal, por lo que es de aplicación lo dispuesto en el artículo 8.º de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, cuyos requisitos también se cumplen en este caso. Que no se trata de un supuesto de declara-

ción de obra nueva. Que la voluntad de la entidad constructora de desdoblar la planta baja se vislumbra a la hora de efectuar la declaración de obra nueva del edificio. Que las normas subsidiarias y complementarias del planeamiento a que se refiere la nota de calificación participan de la naturaleza jurídica de los planes de adecuación (SS. de 9 de junio y 2 de octubre de 1979 y 29 de marzo de 1980); que uno de los fines perseguidos por tales normas será la regulación detallada del uso del terreno y de la edificación, reglamentando el volumen de las edificaciones (arts. 11 y 12 LS); que la división efectuada en la planta baja del edificio no supone aumento o modificación del volumen de la parte del edificio destinada a uso comercial ni dar un uso distinto a una planta baja ya construida, y que no parece que el edificio cuya declaración de obra nueva se efectuó en escritura de fecha 11 de julio de 1990 haya agotado el volumen edificable del solar, ya que nada se dice al respecto en la nota de calificación, teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 95 de la Ley del Suelo. Que si bien las limitaciones urbanísticas establecidas en la legislación de suelo no deben tener acceso al Registro de la Propiedad, pero esto no es aplicable cuando se trata de límites y deberes impuestos por planes de ordenación o normas de planeamiento. Que no corresponde a Notarios ni Registradores velar por el cumplimiento de las normas de edificación; como señala la Resolución de 16 de noviembre de 1989, sólo les corresponde velar por el cumplimiento de determinados requisitos formales cuando así se establezca por la norma (por ejemplo, arts. 96 LS y 25 de la Ley de 25 de julio de 1990, etc.). Que la entidad otorgante de la escritura calificada presenta un certificado en que el arquitecto municipal del excelentísimo Ayuntamiento de Villarcayo, con el visto bueno del Alcalde, hace constar que el desdoblamiento de los locales de planta baja que se efectúa se ajusta a la legalidad urbanística municipal.

IV. La Registradora de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que la denegación de la inscripción se sostiene sobre la base de que el documento es de imposible acceso al Registro en tanto no se rectifique previamente el contenido del mismo mediante la correspondiente escritura de rectificación de la obra nueva declarada cumpliendo las exigencias de la vigente Ley del Suelo, pues de otra forma, además de una incongruencia registral, supondría una violación de las normas urbanísticas. Que en cuanto a los medios que la Ley Hipotecaria establece en el artículo 18 para la calificación, la escritura presentada incorpora un certificado expedido por el arquitecto municipal en el que alude a la Resolución de la Delegación de la Junta de Castilla y León en Burgos de 10 de mayo de 1989, habiéndose pedido y aportado como documento complementario, y que de un cuidadoso examen de la situación registral no puede inferirse la existencia de la entreplanta. Que en virtud de los citados artículos 18 y 98 del Reglamento Hipotecario, el Registrador debe velar también por el cumplimiento de la legalidad urbanística. En este punto hay que citar la Sentencia de 15 de noviembre de 1974, la disposición transitoria 13 de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 2 de mayo de 1975, artículo 25 de dicha Ley. Que de un somero examen de la Resolución citada por la Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León aludida resulta que la construcción se hizo de forma que no se ajustaba a la licencia concedida y ordenó la suspensión de las obras de entreplanta. Que deben dejarse sin efecto por el propio organismo que la decretó para que dicha entreplanta pudiera tener acceso al Registro. Que posteriormente fue declarada la obra nueva como concluida, con una planta baja destinada a locales, sin mención alguna de la

entreplanta. En fecha posterior, mediante la correspondiente escritura se rectificó la superficie y cuota de los locales y se hizo constar la existencia de un portal que dará acceso a «la entreplanta que en su caso pudiera surgir como consecuencia del desdoblamiento de los locales». Que en escritura de 27 de octubre de 1990, base del recurso, se dice que dicha entreplanta «está aislada del portal del edificio, sin escaleras, y del rellano frente al ascensor, y tiene su acceso a la vía pública por un portal situado en la esquina sureste del edificio». Pero este acceso independiente exigido por resolución parece que más bien haga de la entreplanta una finca autónoma, con cuota independiente, y que lo único que demuestra dicho portal es que se comunica con los elementos comunes, pero no que su existencia esté subordinada a la planta baja y que sirva a la misma. Que quizá todo ello haya motivado que hasta el momento no conste que la suspensión decretada por la Junta de Castilla y León haya sido levantada.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León confirmó la nota de la Registradora, fundándose en los argumentos alegados por ésta.

VI. El Notario recurrente apeló el Auto presidencial, manteniéndose en las alegaciones, y añadió: Que si es cierto que en la escritura de fecha 11 de julio de 1990 no existe referencia a la entreplanta de que se trata, sí recoge su posible existencia en otra posterior rectificación inscrita en el Registro de la Propiedad de Villarcayo. Que es normal que la alteración física de las fincas de la división horizontal de un edificio sea posterior a la declaración de obra nueva del mismo. Que en lo referente a la Resolución de la Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León, de fecha 10 de mayo de 1989, es anterior en más de un año a la escritura que se trata, y la certificación municipal se refiere a dicha resolución, no en cuanto que ordena la suspensión de las obras, sino en tanto que, cumplidos los requisitos en ella exigidos para su legalización, ésta no se ha producido. Que se trata de un supuesto de división de finca y no de declaración de obra nueva y, por ello, no es de aplicación el artículo 25 de la Ley de 25 de julio de 1990, teniendo en cuenta lo establecido en la Resolución de 6 de septiembre de 1991. Que si la Resolución del organismo autónomo concedía un plazo de dos meses para ajustar las obras de la entreplanta a la legalidad urbanística y la certificación municipal dice que las mismas se ajustan a la legalidad urbanística, ya se ha cumplido el requisito establecido en el artículo 184.2 de la Ley del Suelo. Esta Ley también contempla la hipótesis de falta de correspondencia con la licencia concedida, lo cual permite su convalidación por el Ayuntamiento, como ocurre en el caso que se cita (S. de 17 de febrero de 1981).

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 11, 25, 27, 28 y disposición transitoria 6ª de la Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo; 178, 184 y 185 de la Ley del Suelo, y las Resoluciones de 16 de noviembre de 1981 y 4 de febrero de 1982:

1. La primera cuestión que se plantea es si la división de la planta de un edificio sujeto a un régimen de propiedad horizontal de dos plantas superpuestas, realizada por el dueño, debe ser inscrita como simple acto de división de uno de los locales integrados en este régimen o si debe considerarse como modificación de la obra nueva declarada e inscrita y sujeta, por tanto, al régimen de acceso de una obra nueva al Registro. Es claro que se trata de una modificación que afecta a la estructura esencial del edificio y pone en cuestión

si con esta nueva estructura la edificación está ajustada a la legislación urbanística. Son, pues, aplicables para el acceso de esta modificación del edificio al Registro las prescripciones del artículo 25 de la Ley 8/1990; si la obra nueva estuviera ultimada antes de que esta Ley entrara en vigor, las prescripciones aplicables serían las que resultan de su disposición transitoria 6.ª, del modo que ha precisado este Centro Directivo en su Resolución de 4 de febrero de 1992.

2. Determinado que deben cumplirse las prescripciones establecidas para la obra nueva, queda por decidir si en el presente caso ha quedado acreditado, conforme a las disposiciones aplicables, que el desdoblamiento de una planta en dos se ajusta a la legislación urbanística. Pues bien, para tal fin no es suficiente por sí sola la certificación de un técnico, incluso de un arquitecto municipal. El artículo 25 de la Ley 8/1990 exige un doble título: 1.º La licencia de edificación (o la resolución o resoluciones administrativas competentes que hayan alterado sus términos). 2.º El certificado del técnico de que la obra se ajusta al proyecto aprobado. Por eso debe ser confirmado el Auto y, la nota apelados, en cuanto vienen a invocar como defecto que no se conocen los términos de las incidencias que haya sufrido la primitiva licencia de edificación al referirse en concreto la nota a que se ignoran los avatares de la Resolución de la Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León de 10 de mayo de 1989, de que da noticia el certificado del arquitecto municipal del Ayuntamiento, que se transcribe en la copia de la escritura presentada.

3. Teniendo en cuenta las normas que rigen la eficacia de los actos administrativos, es prematuro el juicio del Registrador por el que, sin conocer los términos de la licencia y sus incidencias, estima que existe defecto subsanable, consistente en que el edificio —según estima el Registrador—, al tener cinco plantas, resulta prohibido por las normas subsidiarias y complementarias de planeamiento. Por los títulos presentados no puede todavía conocerse si hay o no defecto que pueda ser apreciado por el Registrador con el carácter de insubsanable. Por ello, en aquel punto y en el relativo a la calificación del defecto como insubsanable el Auto y la nota no pueden ser confirmados.

Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto y la nota apelados, salvo en cuanto al carácter insubsanable del defecto y al extremo a que se refiere el considerando anterior.

Madrid, 14 de diciembre de 1992.—El Director general, *Antonio Pau Pedrón*.

Comentario.—La primera de las cuestiones que plantea la propia Dirección General es si la modificación de la planta de un edificio destinada a locales en dos plantas superpuestas debe ser considerado como una modificación de la obra nueva declarada en su día o como una simple modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal.

Y la respuesta no tiene sólo una trascendencia teórica, sino práctica, habida consideración de los distintos requisitos que uno y otro acto deben cumplir para acceder al Registro de la Propiedad. Así, la obra nueva deberá cumplir los requisitos del actual artículo 37 del Texto Refundido de la Ley del Suelo o, en su caso, las prescripciones establecidas en la disposición transitoria 6.ª de la Ley 8/1990 si se tratara de una modificación ya concluida a la entrada en vigor de esta Ley. Por el contrario, si se trata de una modificación del título constitutivo de la división horizontal, bastará el cumplimiento de los requisitos

de la Ley de 21 de julio de 1960, con los quórum correspondientes (unanimidad para este caso) para que la modificación accediese al Registro.

A favor de ambas cuestiones podrían esgrimirse diversos argumentos. Así, en favor de la consideración del acto como obra nueva podría decirse que permite el acceso al Registro de una planta más que antes no existía, al menos tabularmente. Pero igualmente válido sería argüir que la planta ya había accedido al Registro en la declaración de obra nueva y que lo único que se practica ahora es su división material. Tampoco el hecho de que accedan mediante el acto recurrido nuevas fincas al Registro convierte el acto en obra nueva por cuanto son muchos los actos que permiten el acceso al Registro de nuevas fincas, sin que por ello se puedan considerar como obra nueva. La propia constitución de un edificio en régimen de propiedad horizontal permite el acceso al Registro de nuevas fincas, y nadie duda que la declaración de obra nueva no será necesaria para que la división horizontal se realice o, en todo caso, será previa a la constitución del indicado régimen. También podría considerarse como una simple modificación del título constitutivo de la división horizontal, argumentando que la obra se haya concluida en cuanto a su volumen y que lo único que se altera es su estructura interna.

Parece más razonable, en una primera visión, considerar la división propuesta como una simple modificación del régimen de división horizontal, sin que prejuzguemos todavía si esta modificación puede o no vulnerar el mencionado artículo 37 del Texto Refundido de la Ley del Suelo. Y digo que parece más razonable esta postura porque, en definitiva, no se trata de que una nueva edificación acceda al Registro, sino que lo que en éste figuraba como una sola finca, a partir del momento en que la modificación se produce va a figurar en varias.

No vulnera esta posición la RDGRN que comentamos, por cuanto la Dirección General no entra a definir claramente cuál deba ser la consideración que debamos darle al acto, sino que pasa solapadamente por la cuestión. Efectivamente, cuando la Dirección General califica el acto recurrido emplea los términos «modificación», señalando que «afecta a la estructura esencial del edificio», pero sin denominar al acto claramente «obra nueva». Si lo hiciera, la solución al recurso sería mucho más sencilla, por cuanto calificado el acto como «obra nueva», la aplicación del antiguo artículo 25 de la Ley del Suelo (hoy art. 37 TR) se impondría por sí misma. Más adelante, cuando la Dirección General afronta la resolución del recurso, concluye que «deben cumplirse las prescripciones establecidas para la obra nueva», pero sin calificar el acto recurrido en ningún momento.

Sentada la conclusión de que la Dirección General no califica el acto como obra nueva, sino como una «modificación» en virtud de la cual lo que figuraba en el Registro como una finca única va a figurar en los sucesivos como varias, se plantea el problema de cuál es la razón para que deban cumplirse los requisitos exigidos por la Ley para el acceso al Registro de las obras nuevas y si siempre que se modifique una división horizontal dando lugar a nuevas fincas se deberán cumplir los requisitos establecidos en el artículo 25 de la LAS (hoy art. 37 TR) o solamente en determinados casos.

La solución que la Dirección General nos ofrece es clara: sólo habrán de cumplirse requisitos especiales cuando *«se trata de una modificación que afecta a la estructura esencial del edificio y pone en cuestión si con esta nueva estructura la edificación está ajustada a la legislación urbanística»*. Con esta simple frase la Dirección General contesta a las dos preguntas que antes mencionábamos, es decir, a la pregunta de por qué se le exigen a esta «modificación»

los requisitos de la obra nueva, la Dirección General contesta señalando que al generarse una planta más se afecta a la estructura del inmueble, siendo razonables las dudas del Registrador sobre si esta nueva estructura está ajustada a la legalidad urbanística. A la segunda pregunta sobre si siempre que se produzca una modificación de una división horizontal que genere nuevas fincas se deberán exigir los requisitos del antiguo artículo 25 del Tribunal Supremo, la Dirección General ofrece la misma respuesta, es decir, sólo cuando se afecte a la estructura del edificio y existan dudas sobre si la nueva estructura generada con la modificación se ajusta a la legalidad urbanística, se deberán exigir los requisitos de la obra nueva.

Dicho de otro modo, es la creación de una planta más la que obliga al Registrador a calificar si el edificio, tal y como queda después de la modificación, sigue ajustándose a la legalidad urbanística; y para que tal calificación sea posible habrá de determinarse, dependiendo de la antigüedad del edificio, si se han cumplido los requisitos del artículo 37 TRLS o las prescripciones de sus disposiciones transitorias, en los términos señalados por la RDGRN de 4 de febrero de 1992. La solución adoptada por la Dirección General es lógica. A falta de otros medios por los que el Registrador pueda conocer la legalidad del acto que califica, sólo la correspondiente licencia de obras y la certificación del técnico competente de que la obra, tal y como queda después de la modificación, se sigue ajustando al proyecto para el que se obtuvo la licencia, darán al Registrador los medios suficientes para calificar la legalidad del acto cuyo acceso al Registro se pretende.

Por otra parte, es ya indiferente la calificación que le demos al acto o cuál sea el vehículo elegido por las partes para llegar a la pretendida modificación. Efectivamente, esta modificación podría haberse obtenido mediante una simple división material o mediante cualquier otro vehículo jurídico idóneo (pensemos en una división horizontal dentro de otra o, como señalábamos al principio, una modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal). El resultado sería el mismo: siempre que se afecte a la estructura social del edificio y que existan dudas razonables sobre la legalidad de la nueva estructura, deberán cumplirse los requisitos del artículo 37 TRLS para que tal acto pueda acceder al Registro.

No sería aplicable esta doctrina, por contra, a aquellos actos que modifiquen el título constitutivo de la división horizontal, pero sin afectar a la estructura del edificio. Pensemos en el caso de una división de un local destinado a garaje en plazas independientes, de una simple división material de un local en varios (sin constituir división vertical) o de una desvinculación de una atribución procomunal. En todos estos casos estaríamos ante modificaciones de un edificio en régimen de propiedad horizontal, pero sin que la legalidad urbanística del acto pueda ponerse en cuestión.

La aplicación, por tanto, de la doctrina contenida en esta Resolución será en casos muy limitados.

La segunda cuestión que se plantea en esta Resolución es cuáles son los requisitos del artículo 37 (antes 25) del TRLS. La cuestión no merece mayores comentarios dada la claridad del precepto que analizamos y de su reiteración hasta la saciedad tanto en doctrina como en jurisprudencia. Señala la Resolución que comentamos que *«no es suficiente por sí sola la certificación de un técnico, incluso de un arquitecto municipal»* que acredite que la edificación se ajusta a la legalidad urbanística. Esta conclusión sólo podrá ser adoptada por el Registrador tras la práctica de la calificación oportuna y a la vista de los

documentos presentados, sin que pueda prejuzgarse por el técnico competente, ni siquiera aunque este técnico sea el arquitecto municipal. Y la solución no puede ser más lógica. De la misma manera que el Registrador no puede establecer por su propia autoridad que el edificio, acabado o no, se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia, sino que necesitará para ello la certificación del técnico competente, éste no podrá excederse en sus competencias a la hora de certificar, por lo que su aseveración de que el edificio cumple los requisitos de la legalidad urbanística carece de eficacia. Como señala el artículo 37 del Texto Refundido y reitera en este caso la Dirección General, es necesaria una doble titulación: 1.º La licencia de edificación y, si ésta es puesta en cuestión, las Resoluciones administrativas que acrediten su vigencia, y 2.º El certificado del técnico de que la obra se ajusta al proyecto aprobado. Ambos requisitos se vienen exigiendo en las declaraciones de obra nueva con naturalidad, pero añade la Dirección General un nuevo ingrediente a esta exigencia. Es necesario aportar la Resolución o Resoluciones administrativas que hayan alterado los términos de la licencia, siempre que de estas Resoluciones tenga conocimiento el Registrador, ya por el certificado del técnico (como en este caso) o por los términos de la propia licencia, y que la validez o vigencia de la licencia en cuestión sea puesta en entredicho por las Resoluciones mencionadas.

Por tanto, y esto es lo que parece más importante en este segundo punto, cuando existan Resoluciones administrativas que afecten a la licencia concedida, o siempre que existan Resoluciones administrativas que pongan en cuestión la vigencia de la licencia, tales Resoluciones deberán ser también aportadas por los interesados, sin que baste la simple presentación de licencia originaria, tal y como parecería deducirse de una lectura rápida del precepto contenido en el artículo 37 del Texto Refundido.

La tercera y última cuestión planteada por la Resolución que comentamos es la relativa a la calificación del defecto como subsanable o insubsanable, y en este punto la Dirección General hace lo único que se puede hacer: esperar a que se acompañe el documento o documentos complementarios que faltan para saber si el defecto es o no insubsanable, o dicho de otro modo, no puede apreciarse como defecto que el resultado de la modificación vaya contra las Normas Subsidiarias y Complementarias de Planeamiento, sino que la actuación del Registrador debe limitarse al cumplimiento del artículo 37 del Texto Refundido.

Con esta posición, la Dirección General recuerda la doctrina que mantiene reiteradas veces sobre la competencia calificadora del Registrador, deduciéndose de la Resolución que el Registrador no puede entrar a calificar si la licencia está bien o mal dada y si el proyecto aprobado atenta contra las Normas Subsidiarias y Complementarias de Planeamiento, sino que tiene que limitarse a comprobar la existencia de la licencia la subsistencia de la misma en el caso de que ésta sea cuestionada por alguno de los documentos que accedieron al Registro y la certificación del técnico competente de que la obra coincide con el proyecto para que se otorgó la mencionada licencia.

Se excede por tanto el Registrador en este punto en sus funciones calificadoras, por lo que la Dirección General revoca el Auto presidencial y la nota de calificación en cuanto a este defecto y a su carácter de insubsanable.

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. JURISPRUDENCIA CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA

COFIANZA: LA JURISPRUDENCIA HA MITIGADO LAS CONSECUENCIAS DE LA RIGUROSA APLICACION DEL ARTICULO 1.844 DEL CODIGO CIVIL.
(SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia —La fianza es un contrato accesorio subordinado que existe en tanto en cuanto hay una obligación principal que otro debe cumplir y que el fiador se obliga a pagar en caso de no hacerlo aquél. Admite pluralidad de personas en la posición de fiadores. Cuando éstos garantizan singularmente porciones independientes del monto total, se dice que hay tantas fianzas como fiadores. Cuando la obligación garantizada es única y son varios los fiadores, se está en el supuesto de la cofianza, que, naturalmente, se entiende dividida en tantas partes como fiadores, porque la regla general es la mancomunidad simple; pero los varios fiadores pueden aceptar un vínculo solidario.

Esto sentado, la lectura del artículo 1.844 exige interpretar a qué clase de fianza se refiere el precepto: a fianza múltiple, cofianza mancomunada, cofianza solidaria o a todas las especies. La rúbrica de la Sección reza. «De los efectos de la fianza entre cofiadores», y permite excluir la primera de las especies, esto es, la de tantas fianzas y fiadores como porciones concretas avaladas, que no exigen concierto simultáneo de los contratantes.

El contenido del artículo 1.844 ha dado lugar a una evolución doctrinal según la cual los primeros comentaristas del Código entendían que se refería tanto a los cofiadores mancomunados como a los solidarios, y que cuando cualquiera de ellos pagaba por entero la deuda no podía repetir contra los cofiadores si no se daba alguno de los supuestos previstos en el párrafo tercero, o sea, que el pago se hiciera en virtud de la demanda judicial o hallándose el deudor en estado de concurso o de quiebra.

Actualmente, fundada doctrina científica supera la posición intermedia, según la cual este precepto sólo es aplicable a los cofiadores solidarios, y llega

a sostener que su aplicación es exclusiva de las cofianzas mancomunadas, porque es la especie común, salvo pacto expreso de las partes.

La jurisprudencia, sin plantearse la cuestión del ámbito de aplicación del precepto, en atención a la naturaleza de la fianza, mancomunada o solidaria, ha procurado mitigar las consecuencias de su rigurosa aplicación, y razonable encuentra que a los supuestos de concurso o de quiebra se asimilen aquellos en que la insolvencia general, aún no declarada, es evidente y que no debe esperarse a la demanda judicial, pues en nada favorece a los cofiadores.

Cabe concluir que la normativa de las obligaciones solidarias no es compatible con el rigor limitativo de las acciones de repetición impuesto por el artículo 1.844; que es atinado y digno de conservar el criterio jurisprudencial según el cual no debe exigirse el estricto cumplimiento del tenor del artículo 1.844, párrafo 3.º, en los casos de insolvencia conocida ni en los supuestos de pago que a todos beneficia; que, por el contrario, debe aplicarse de modo inexorable a los supuestos en que el pago entero y espontáneo del cofiador se produzca por móviles torcidos, buscando propio beneficio, o en perjuicio de los demás fiadores.

ES INVIABLE CONDENAR A PERSONAS «IGNORADAS» AL OTORGAMIENTO DE ESCRITURAS PUBLICAS. (SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 1993.)

Hechos.—Don Pascual vendió en documentos privados unas viviendas a distintos compradores. Fallecido el vendedor, su viuda e hijos renuncian a la herencia y los compradores los demandan (así como a los «ignorados herederos» para que eleven a públicos los documentos privados. No prosperó la demanda.

Doctrina de la Sentencia.—Es lógicamente inviable la condena a personas «ignoradas» al otorgamiento de las escrituras públicas de que se trate, lo que por otra parte sería jurídicamente improcedente, desde el momento que si no se determina quiénes sean los herederos del vendedor, únicos obligados al cumplimiento de las obligaciones de su causante, la condena al otorgamiento de las escrituras públicas sería absolutamente inútil por cuanto no existiría persona concretamente obligada a cumplir lo acordado, ni tampoco cabría que el Juez, en ejecución de Sentencia, procediera al otorgamiento, ya que para ello se requiere ineludiblemente la negativa de la persona condenada a efectuar el otorgamiento.

Sucede que la viuda e hijos renunciaron en escritura pública a la herencia y, por tanto, al faltarles la cualidad de herederos no se hallan obligados al otorgamiento de las escrituras, y no siendo procedente la condena a los «ignorados herederos», ha de concluirse necesariamente que las pretensiones ejercitadas en la demanda deben ser desestimadas.

NINGUN DERECHO CONSTITUCIONAL AMPARA ACTUACIONES VANDALICAS. (SENTENCIA DE 7 DE MAYO DE 1993.)

Hechos.—El Consorcio de Compensación de Seguros recurre la Sentencia que le obliga a pagar los daños causados por unos huelguistas.

Doctrina de la Sentencia.—Se denuncia la interpretación errónea de los preceptos de la Ley de 16 de diciembre de 1954 y del Reglamento de 13 de

abril de 1956. El artículo 8 del Reglamento citado especifica que «el Consorcio compensará en los ramos no personales los daños que sean producidos por hechos de carácter político o social, motines, alborotos o tumultos populares».

Los hechos ocurridos tuvieron lugar con motivo de una huelga de estibadores, que invadiendo la zona portuaria procedieron tumultuariamente a prender fuego a las mercancías allí depositadas. Hechos que fueron calificados por el Gobierno Civil de Barcelona como derivados de conflictos sociolaborales y que por su carácter tumultuario, incontrolado y al margen del legítimo derecho de huelga es necesario incluir en el contenido del artículo 8 mencionado. Ni se puede hablar del ejercicio legítimo del derecho de huelga, incompatible con cualquier incontrolado daño en las propiedades privadas o públicas, ni se puede desconocer que tales actos atentan contra la paz social y el orden establecido. Se trata efectivamente de unos riesgos extraordinarios cubiertos por la entidad demandada y que por consiguiente deben ser asumidos por la misma, sin que la entidad de lo acaecido pueda merecer distinta calificación en relación con la realidad social del tiempo en que tuvo lugar, pues ningún derecho constitucional puede amparar o encubrir actuaciones vandálicas.

EL FACTOR MERCANTIL SOLO OBLIGA A SU PRINCIPAL EN LAS OPERACIONES PROPIAS DE LA EMPRESA. (SENTENCIA DE 7 DE MAYO DE 1993)

Doctrina de la Sentencia.—Al «factor notorio» se le reputa dotado de un poder general, pero estrictamente referido en el aspecto objetivo de las operaciones relativas al giro o tráfico del establecimiento, que es donde opera la defensa de los terceros de buena fe, y si bien cabe aplicar la doctrina sobre dicha figura en el campo de las sociedades anónimas, es manifiesto que no podrá entenderse obligado el principal (empresario mercantil social o individual) cuando el gerente ha contratado fuera de aquel círculo de las operaciones propias de la empresa, rompiendo flagrantemente los límites de una normal administración.

ES INVALIDA LA DONACION DE INMUEBLES QUE NO CUMPLEN LAS FORMALIDADES «AD SOLEMNITATEM». (SENTENCIA DE 7 DE MAYO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—El tercer motivo señala la vulneración del artículo 1.258 del Código Civil, al considerar que la libertad de forma, es decir, que el solo consentimiento de las partes obliga a su cumplimiento, lo que si bien es cierto en términos generales, no se puede olvidar la exigencia, por motivos de seguridad jurídica, de las imprescindibles formas de que han de investirse algunos negocios jurídicos, unas veces *ad probationem*, como los reseñados en el artículo 1.280 del citado texto legal, y otras *ad solemnitatem*, como es el supuesto del artículo 633 de dicho Código, para el supuesto de la donación de inmuebles, de suerte que de no cumplirse ese requisito formal de la escritura pública queda el negocio jurídico invalidado incluso entre las mismas partes y cualquiera que fuere su clase, bien simple, modal, remuneratoria u onerosa, y así lo establece la doctrina de esta Sala.

Si todos los actos propios, que son los que vinculan a su autor dado su carácter trascendental o que por convención causan estado, no tuvieran que sujetarse a las formalidades exigidas por las leyes para su eficacia y validez,

ello nos conduciría a un sistema jurídico arbitrista, voluntarista, que engendraría una situación de inseguridad jurídica incompatible con el más elemental estado de equilibrio social y humano y, en definitiva, el absurdo jurídico; claro es que ha existido en este caso un acto propio de las partes aquí contendientes que hubiera vinculado a las mismas, pero al desconocer la formalidad *ad solemnitatem*, rigurosamente exigida por las donaciones de cualquier clase cuando recaen sobre bienes inmuebles, el acto propio pierde su virtualidad inicial y decae en la nulidad e ineficacia del proyecto intencional que la dinamizó.

DEBE RECHAZARSE LA PRACTICA DE TRAER A COLACION EL PRINCIPIO QUE PROHIBE LA INDEFENSION. (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—El último de los motivos considera quebrantado el principio que prohíbe la indefensión (art. 24 de la Constitución). No mucha explicación requiere la obligada desestimación del motivo. Debe rechazarse, en este sentido, la práctica cada vez más extendida de traer a colación, a modo de motivo o «cajón de sastre», la cita con carácter subsidiario o remanente del artículo 24 de la Constitución, pues la importancia de esta norma invita a un rigor expositivo que debe vigilarse a efectos de la admisión preliminar para evitar consideraciones inútiles.

EL INDULTO DE UN DELITO NO COMPRENDE LA INDEMNIZACION CIVIL. (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina jurisprudencial que el indulto no comprende ni puede comprender la sanción reparadora en favor del ofendido, porque su contenido no afecta a la indemnización civil patrimonial para resarcir los daños y perjuicios originados por el delito, sin que deba perjudicar a la víctima una aplicación técnica rigorista de la prescripción, que como instituto no fundado en la justicia intrínseca debe merecer un tratamiento restrictivo y que, respecto a la prescripción de la acción para reclamar una responsabilidad derivada de delito o falta, en el supuesto de producirse un indulto en relación a éstos no se produce la extinción de la responsabilidad civil, aunque la responsabilidad penal de que trae causa sí se haya extinguido, lo que es consustancial con su distinta naturaleza aunque proceda de un mismo hecho cometido.

ARRENDAMIENTO DE OBRA. AUNQUE EL DESISTIMIENTO NO EQUIVALE A INCUMPLIMIENTO, LA CONCLUSION INDEMNIZATORIA ES LA MISMA. (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—En lo concerniente al derecho a percibir la indemnización representativa del artículo 1.594, es doctrina de la Sala que el mencionado derecho no depende de que concurran o no los requisitos exigidos por el artículo 1.124 para obtener la resolución de las obligaciones recíprocas por tratarse de dos preceptos autónomos e independientes entre sí que contemplan figuras jurídicas diferentes y se someten a distinto tratamiento. Ahora bien, si la calificación de la Sala de instancia acerca de la conducta del dueño

de la obra fuere, en lugar de una manifestación de desistimiento, la de un incumplimiento, se llegaría a la misma conclusión dado que los daños y perjuicios probados serían sólo el beneficio industrial, con lo que se desembocaría en igual resultado toda vez que los hechos obligarían al Tribunal a dar respuesta por el cauce del artículo 1.124, máxime cuando el resarcimiento de dicho precepto comprende tanto al *damnum emergens* como el *lucrus cesans*.

OBLIGATORIEDAD DEL CUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS. (SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—Como señala la Sentencia de 14 de enero de 1982, los vínculos jurídicos no pueden desatarse por voluntad de uno solo de los contratantes, ya que una vez perfeccionados tienen fuerza de Ley y han de cumplirse, conforme a lo convenido, de buena fe las obligaciones que cada parte contrajo conforme a los artículos 1.081, 1.091, 1.258 y 1.278 del Código Civil.

LA UNION DE COMPRADORES ESTA LEGITIMADA PARA DEFENDER LOS DERECHOS DE SUS ASOCIADOS. (SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—Cuando por la multiplicidad de los contratos celebrados entran en juego los llamados intereses difusos o colectivos, los que en los referidos contratos fueron parte compradora (de parcelas o solares en este caso), más débil por lo general que la vendedora, pueden asociarse para la defensa de tales intereses colectivos, a cuya unión o asociación ha de reconocérsele verdadera legitimación para la defensa de los intereses de sus asociados como medio adecuado para que pueda tener plena realización el principio constitucional que, por un lado, reclama el derecho de todas las personas a obtener la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos, y, por otro, proscribire la indefensión, cuyo principio constitucional, en sus dos referidos aspectos, podría quedar inane o vacuo si para la defensa de los expresados intereses colectivos hubieran de accionar individualmente todos y cada uno de los múltiples compradores de las parcelas de la urbanización, por lo que ha de reconocerse legitimación para actuar en ese sentido a la persona jurídica que surge como consecuencia de la asociación

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA. NO SE EXIGE EL REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD. (SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—Conviene recordar los requisitos jurisprudenciales de la acción de enriquecimiento, y que son: a) Un enriquecimiento por parte del demandado, que puede producirse por aumento de patrimonio o por una no disminución del mismo; b) Correlativo empobrecimiento del actor, representado también por un daño positivo o un lucro frustrado; c) Relación de causa a efecto o conexión entre el empobrecimiento y el enriquecimiento, d) Falta de causa que justifique el enriquecimiento, y e) Inexistencia de precepto legal que excluya la aplicación del enriquecimiento sin causa.

El requisito de la subsidiariedad, propio del derecho italiano, no es unáni-

mamente exigido ni por la doctrina ni por la jurisprudencia española (SS. de 18-I-1956 y 22-XII-1962), y es posible negar la existencia de dicho requisito como regla general.

EL PROCEDIMIENTO DE SUSPENSIÓN DE PAGOS NO ES CONTENCIOSO.
(SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1993)

Doctrina de la Sentencia.—El procedimiento de suspensión de pagos no reviste naturaleza de proceso contencioso, sino más bien preliminar, adecuado para la tramitación de situaciones de deudas plurales a fin de evitar situaciones de quiebra, teniendo como objetivo primordial el convenio del deudor con sus acreedores, bajo la tutela judicial, en cuanto controla el acuerdo concursal que ha de vincular, en sus propios términos, a los que lo votaron.

EL ARTICULO 1.902 DEL CODIGO CIVIL REQUIERE UN ELEMENTO DE CULPABILIDAD. (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—Es cierto que la clásica responsabilidad civil subjetiva, en su evolución doctrinal y jurisprudencial, tiende hacia una de índole objetiva como consecuencia derivada de que los avances de la técnica hacen surgir una serie de riesgos con sus correlativos daños, por lo que constituye una exigencia social la consideración de que el creador de un riesgo debe asumir todas las consecuencias de su actividad, si bien el acercamiento a la responsabilidad por riesgo se ha producido, en una mayor medida, en los supuestos de resultados dañosos acaecidos dentro del ámbito de la circulación de vehículos de motor y en aquellos otros correspondientes a las actividades empresariales e industriales que lleven inherente un facto o componente de peligrosidad. Pero, sin embargo, la evolución de objetivizar la responsabilidad no ha revestido caracteres absolutos y en modo alguno permite la exclusión, sin más, del básico principio de responsabilidad por culpa a que responde nuestro Ordenamiento positivo.

El artículo 1.902 del Código, atendiendo tanto a los términos literales de su redacción como a su interpretación finalista, evidencia una exigencia de la culpabilidad referida.

LA FIDELIDAD A LA PALABRA DADA PRIMA SOBRE LA PUBLICIDAD FORMAL DEL REGISTRO. (SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 1993.)

Hechos.—Se vendió una vivienda como libre de cargas y gravámenes, cuando en realidad pesaba sobre ella una anotación de demanda. El vendedor alega que no hubo incumplimiento por su parte, ya que el Registro publicaba tal situación. El Supremo rechaza dicha argumentación.

Doctrina de la Sentencia.—El contrato se pactó manifestándose expresamente que se vendía libre de cargas y gravámenes, lo que obliga a entender, en consonancia con la buena fe exigible en todo contrato, que esa libertad existía al tiempo de la perfección, sin peligro alguno para el comprador de verse privado de las cosas; y el vendedor, que realiza tal aseveración sin aclarar nada, no puede intentar que se dé prevalencia a la publicidad formal del Registro sobre su propia palabra, ya que ello implica auténtica mala fe y un

comportamiento injusto, carente de honradez; lo normal, la conducta exigible a un buen padre de familia, era advertir de la anotación preventiva de demanda vigente al perfeccionarse el contrato, para que en éste se tomaran las cautelas debidas; pero al no haberlo hecho así, no puede pretender que la publicidad formal prime sobre el principio general del derecho de la fidelidad a la palabra dada y ampararse en su propia falsedad, tipificada incluso penalmente, no obstante significar lo punible el *minimum* ético necesario para vivir en sociedad.

LA DOCTRINA DEL RIESGO NO ALCANZA LOS SUPUESTOS EN QUE EL OBJETO CAUSANTE DEL DAÑO ES USADO DE MODO AJENO A SU FINALIDAD. (SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 1993.)

Hechos.—El que es demandado en este caso había puesto unas cadenas para que no aparcaran vehículos en la parcela de su propiedad. Unos niños se columpiaron en ellas, y uno se cayó, matándose en el acto. La demanda de los padres no prosperó.

Doctrina de la Sentencia.—La doctrina del riesgo en modo alguno puede alcanzar los supuestos en los que los daños no sólo son imputables directamente a la negligencia de quien los sufre, sino que además se produjeron mediante una utilización del objeto a quien se imputa el mismo totalmente ajeno a su finalidad primitiva, toda vez que si así lo admitiésemos sentaríamos un criterio que, llevado a sus últimos extremos, obligaría a responder extracontractualmente de los daños que se causaran con cualquier objeto, incluso en los supuestos en que éste fuera buscado de propósito por el dañado o por un tercero, para provocar un daño.

LA USUCAPION EXTRAORDINARIA NO REQUIERE JUSTO TITULO. (SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—La adquisición de dominio por usucapión extraordinaria excluye el eventual defecto de justo título, no exigible en esa modalidad de la prescripción adquisitiva, aunque sí lo sea la posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida. En cuanto al primero de estos requisitos (la posesión en concepto de dueño), exigible en todas las modalidades de la usucapión, ha de basarse en actos inequívocos, con clara manifestación externa en el tráfico, sin que baste la mera tenencia material, sino que a ella se añadirá la intención de haber la cosa como suya en concepto de dueño.

Sin que pueda confundirse con el caso de quien habiendo poseído a título personal, reconociendo el dominio de otra persona, pretende adquirir por prescripción, aunque quiera dejar de poseer en ese concepto y pasar a tener *animus domini*

EL SOBREPRECIO DE UNA VIVIENDA DE PROTECCION OFICIAL ES SOLO INFRACCION ADMINISTRATIVA Y NO IMPLICA INVALIDEZ DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 1993)

Doctrina de la Sentencia.—La resolución judicial no puede ni desconocer la validez de lo convenido ni, en gracia a una disposición administrativa que prohíbe la fijación del precio de las viviendas de protección en uno mayor al señalado por la Administración, estimar que el contrato debe entenderse convenido en el precio oficial, lo que obligaría a admitir la ficción de que los contratantes establecieron un precio distinto al pactado, y variando con ello un elemento esencial del contrato, todo lo cual lleva a concluir que en cuantos casos exista un contrato válidamente contraído que contravenga lo dispuesto en una norma jurídica y ésta prevea expresamente unas consecuencias jurídicas distintas de la nulidad, a ello habrá de estarse, sin acceder a la invalidación de un contrato querido por las partes.

Con ello se sigue el criterio sentado por esta Sala en Sentencias de 3 de septiembre y 14 de octubre de 1992, de acuerdo con las cuales la regulación específica para las viviendas de protección oficial establece que la cuantía máxima de los precios de venta de las viviendas acogidas a esta Ley no excederá de los límites que se determinan. La infracción de tales disposiciones está considerada como falta muy grave, pero el establecimiento de un régimen de sanciones viene a comportar el reconocimiento de la validez civil de los contratos celebrados, y, por otro lado, aquella infracción tendría carácter administrativo, por lo que no implicaría la nulidad de que habla el artículo 1.305 del Código Civil, y además son de tener en cuenta los artículos 1.255 y 1.256 de dicho texto legal que preconizan de modo respectivo la libertad contractual y la imposibilidad de dejar al arbitrio de uno de los contratantes la validez y el cumplimiento de los contratos.

J. Q. S.

E) SUCESIONES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

LEGADO MODAL. SUSTITUCION FIDEICOMISARIA. INTERPRETACION DEL TESTAMENTO ARTICULOS 751, 797 Y 675 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 1993.)

El legado modal lleva consigo una absoluta y libre disposición de los bienes, aunque con el objeto o fin señalado por el testador.

La sustitución fideicomisaria no se presume

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandante y apelante contra la Sentencia de la Sala Primera de la Audiencia Provincial de Santander que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia de San Vicente de la Barquera, conforme a los siguientes fundamentos de Derecho:

Primero. El demandante en primera instancia, actual recurrente, don A.D.A., demandó en juicio de menor cuantía a doña María, doña Ambrosia y doña Aurelia D.A., solicitando se condene a las demandadas a entregarle una finca rústica (huerta), sita en el pueblo de Frama (Santander), que aquéllas poseen, por entender que la misma le pertenece por herencia de su padre, don A.D.F., fallecido en México en 18 de octubre de 1940, finca que el fallecido había legado a su hermano con C.D. y que éste, a su fallecimiento, transmitió a sus hijas, las actuales demandadas y recurridas. La acción fue desestimada en ambas instancias por estimar la Sala *a quo* que no es aplicable al supuesto debatido lo dispuesto en el artículo 751 del Código Civil, según el cual «la disposición hecha genéricamente en favor de los parientes del testador se entiende hecha en favor de los más próximos en grado», y según el artículo 675, el testamento debe entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que claramente fue otra la voluntad del testador. La cláusula discutida del testamento de don A.D. dice: «5.º Deja a su hermano el señor C.D. una huerta en dicho poblado (Frama, Santander)..., disponiendo que la citada huerta no pase a manos extrañas, pues es su voluntad que siempre permanezca en personas de la familia que lleven el apellido D ». En consecuencia, la Sentencia recurrida, como ya se indica, desestimó la demanda, y contra ella recurre en casación el actor.

Segundo. Los dos motivos del recurso, formulados al amparo del artículo 1.692.5.º de la tan citada Ley, merecen total repulsa por ser evidente la claridad de la cláusula testamentaria discutida en su literalidad, que confiere un legado modal en propiedad plena al antecesor de las ahora recurridas, de conformidad con el artículo 797 del Código Civil; institución modal que, como dice la Sentencia de 4 de junio de 1936, lleva consigo una absoluta y libre disposición de los bienes, aunque con el objeto o fin señalado por el testador; objeto cumplido por cuanto, fallecido el legatario, aquella propiedad plena ha pasado a personas que llevan el apellido D., sin que el recurrente pueda invocar con éxito que se trata de una sustitución fideicomisaria dado que esta institución, como señala este Tribunal (S de 3 de julio de 1963), no se presume, y si no consta con claridad en el testamento prevalece en caso de duda el criterio más favorable a la libertad de los bienes, sin que, por último, sea aplicable el artículo 751, antes transcrito, toda vez que el legado se hizo a persona designada por su nombre y apellidos, y asimismo se definió la carga modal que se le impuso, la que se ha cumplido en el sentido literal de las palabras del testador. Por ello no se revela infracción alguna de los preceptos invocados en ambos motivos, habiendo sido los señalados en el primero de ellos rectamente aplicados por la Sala de instancia, e improcedente la aplicación de los once títulos que se citan en el segundo motivo, salvo los artículos 675 y 751, a los que esta Sala se ha referido en distinto sentido del entendido por la recurrente

DESHEREDACION. ARTICULOS 850 Y 853.2.º DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1993.)

La interpretación de la desheredación ha de ser restrictiva.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelada, declarando que no

procede estimar la desheredación (que había estimado el Juzgado de Primera Instancia de Sagunto núm. 2 y desestimado por la Audiencia), pues «figurando en la Sentencia recurrida como único hecho probado relativo a estos maltratos de obra o injurias graves de palabra (de la hija desheredada a su padre), la circunstancia específica del contenido de la declaración que prestó la hija en el procedimiento de divorcio de los padres cuando al ser repreguntada sobre la condición única de empleada de cierta señorita aclaró: «No es cierto, puesto que la tal señorita es una empleada y, además, la amante de mi padre», en los Autos no constan pormenorizados ni probados ningunos otros actos que puedan entenderse comprendidos en el citado número 2.º del artículo 853 del Código Civil, pues las alusiones genéricas que aducen los herederos, referidas a otras injurias o insultos, no pueden tenerse en cuenta dada su falta de justificación suficiente, y mucho más cuando ha de imponerse una interpretación restrictiva de la institución que no sólo proclama el artículo 848 del texto legal, sino también la abundante jurisprudencia, orientada en la defensa de la sucesión legítima; no admitiéndose ni la analogía ni la interpretación extensiva, ni siquiera la argumentación de *minoris ad maiorem*.

Comentario.—El criterio de la Sentencia sigue absolutamente la línea jurisprudencial consistente en que el hecho en que se funda la desheredación no sólo ha de ser cierto, sino también probarse plenamente su existencia, y debe consistir en alguno de los que taxativamente señala el Código (SS. 4-11-1904 y 6-12-1963), como se indica con la palabra «expresamente» del artículo 848, que viene a recoger, aunque algo menos enérgicamente, la exigencia del artículo 666 del Proyecto de 1951 («El heredero forzoso puede ser únicamente desheredado por alguna de las causas expresamente señaladas en la Ley, y no por otras, aunque sean de igual o mayor gravedad»). Por ello, continúa la Sentencia comentada, «la falta de relación afectiva y comunicación entre la hija y el padre, el abandono sentimental sufrido por éste durante su última enfermedad, la ausencia de interés demostrado por la hija en relación con los problemas del padre, etc., son circunstancias y hechos que de ser ciertos corresponden al campo de la moral, que escapan a la apreciación y valoración jurídica y que, en definitiva, sólo están sometidos al tribunal de la conciencia».

F. C. L.

COMUNIDAD HEREDITARIA RETRACTO DE COHEREDEROS NECESIDAD DE LA CONSIGNACION DEL PRECIO DENTRO DEL PLAZO LEGAL (SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1994.)

En el ejercicio de la acción de retracto han de cumplirse los requisitos legales exigidos por el artículo 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jesús Marina Martínez-Pardo, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora y apelada contra la Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Santander, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de dicha ciudad, conforme al siguiente único fundamento de Derecho.

Las acciones se ejercitan todas mediante demanda judicial; cualquier otra fórmula de satisfacción de derechos o solución de conflictos tiene carácter

extrajudicial, de tal modo que cuando se pretende hacer uso de un derecho de retracto el cauce jurídico es la demanda, siempre que las partes no hayan respetado el derecho de preferente adquisición, y en ella han de cumplirse los requisitos legales exigidos por el artículo 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto no se han modificado por el Código Civil y la jurisprudencia

La jurisprudencia tuvo a bien entender que medio apto para el ejercicio del derecho lo constituye también la conciliación, siempre que se acuda a ella dentro del plazo y cumpliendo con el requisito de la consignación, pues en otro caso no se tiene por ejercitado en sentido propio, ya que no se asegura al demandado la entrega del dinero dentro del plazo de treinta días ni se cumple con los requisitos del retracto (arts. 1.618 LEC y 1.607 CC). Así lo ha repetido la jurisprudencia que, aplicada al caso de Autos, obliga a la desestimación del motivo, pues está fuera de toda duda que el dinero no se consignó hasta pasados cincuenta y siete días de la venta.

PARTICIPACION HEREDITARIA —DERECHO DE TRASPASO. (SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 1994.)

Declara que el valor del derecho de traspaso ha de incluirse en la liquidación de la sociedad conyugal y procede adjudicarlo al marido cuando no exista duda alguna que tal derecho de traspaso existía al tiempo de la disolución del régimen ganancial, siendo el marido quien estaba administrando el negocio ganancial y la resolución del contrato de arrendamiento se produjo por una causa imputable al marido, que abandonó el uso del local sin causa justificada para ello, por lo que es evidente que causó dolosamente un daño a la sociedad, resultando así deudor de la misma por su importe.

F. C. L.

LEGITIMAS. DONACIONES INOFICIOSAS. (SENTENCIA DE 23 DE JUNIO DE 1994.)

Declara la inoficiosidad de dos donaciones de fincas hechas por el padre a una de sus hijas que perjudican los derechos legítimos de las otras dos.

F. C. L.

TESTAMENTO OLOGRAFO. CAPACIDAD. FECHA. (SENTENCIA DE 18 DE JUNIO DE 1994.)

Se presume la capacidad mientras no se pruebe lo contrario. Es admisible un solo testamento ológrafo escrito en pliegos y fecha diferentes, pero próximo en el tiempo.

F. C. L.

TESTAMENTO ABIERTO. CAPACIDAD. (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1994.)

La presunción de capacidad del testador ha de destruirse acreditando con seguridad precisa que estaba aquejado de insania mental con evidentes y concretas pruebas.

F. C. L.

COMUNIDAD HEREDITARIA. RETRACTO DE COHEREDEROS (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1994.)

La consignación del precio es ineludible y sólo puede admitirse un aval o afianzamiento en el supuesto de que el precio no sea conocido.

F. C. L.

TESTAMENTO ABIERTO. NULIDAD. AUTENTICIDAD DE LA FIRMA DEL TESTADOR. (SENTENCIA DE 1 DE JUNIO DE 1994.)

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación en el que se pretendía la nulidad del testamento en base a una pretendida fotocopia que reproduce la firma y rúbrica del otorgante. Se reconoce en esta Sentencia, conforme a las Resoluciones de la Dirección General de fechas 3 de julio de 1975 y 24 de enero de 1986, que no se pueden reproducir las firmas de la matriz y que el interesado sólo tiene derecho a copia literal sin firmas.

F. C. L.

TESTAMENTO OLOGRAFO. FECHA. ARTICULO 688.2 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 10 FEBRERO DE 1994.)

El otorgamiento del testamento ológrafo surge de colocar la fecha y la firma. La fecha es la que pone el testador, con independencia del momento en que haya escrito el testamento.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelante contra la Sentencia de la Sección 14 de la Audiencia Provincial de Barcelona que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia de Olot, Sentencia esta última que confirma íntegramente nuestro más Alto Tribunal, conforme a los siguientes fundamentos:

Fundamentos de Derecho.—En la demanda formulada por don R.A.H. después de referirse principalmente a la incapacidad de la testadora, doña M.H.M., y de que había sido incapacitada por declaración judicial mediante Auto de 11 de abril de 1984, alude a la protocolización de su testamento ológrafo por el Juez de Primera Instancia de Olot (Gerona) otorgado en fecha 30 de noviembre de 1981, y suplicó se declare la nulidad del citado testamento tramitado bajo expediente judicial número 180/1985. La Sentencia de primer grado desestimó la demanda por considerar que el testamento aludido era

válido al gozar la testadora al otorgarlo de capacidad volitiva y de raciocinio. Mas recurrida la Sentencia, la Audiencia Provincial en el fallo ahora recurrido en casación y con base principal en la inexactitud de la fecha de otorgamiento, que consideró probada, estimó el recurso de apelación y declaró la nulidad del testamento ológrafo convertido, si bien con el voto particular contrario de uno de los Magistrados de la Sala decisoria que al considerar que la fecha no era falsa sino erróneamente transcrita y presuponiéndole suficiente capacidad de la testadora, entendió que debía haberse confirmado la Sentencia dictada en primera instancia. Formulan recurso de casación doña C. y doña F.A.H., recurso que se integra de seis motivos, los dos primeros amparados en el número tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y los cuatro restantes en el número quinto del mismo artículo; de ellos, el 4.º no fue admitido por esta Sala en el oportuno trámite. En el primero de aquéllos se alega la infracción del artículo 359 de dicha Ley procesal por entender que la Sentencia recurrida al declarar la nulidad del testamento litigioso con fundamento en una supuesta inexactitud de su fecha, aducida extemporáneamente y de forma indebida en el escrito de conclusiones, ha infringido no sólo el principio de congruencia, sino también los principios de audiencia bilateral y de contradicción. Entiende el motivo que la demanda de nulidad se basó exclusivamente en ser la testadora totalmente incapaz en el momento de otorgar testamento y no contener dicho testamento institución de heredero, sin que se alegara en la demanda la inexactitud de la fecha. En definitiva, la recurrente considera que la Sentencia es incongruente.

El motivo expresado fracasa por las siguientes consideraciones. a) La demanda contiene un suplico en el que se pide «se declare la nulidad del testamento ológrafo de M.H.M, tramitado en el expediente judicial de este Juzgado bajo el número 180/85 y protocolizado por el Notario don Manuel Faus Pujol; por tanto, no se concreta a que esa nulidad sea por defecto de capacidad de la testadora o por inexactitud de la fecha, máxime cuando la expresión de la fecha tiene por finalidad principal permitir averiguar si entonces el testador tenía capacidad suficiente para otorgarlo; b) De modo que la íntima relación entre ambos datos no permita afirmar que la determinación de la exactitud de la fecha quebrante la *causa petendi* base del pleito en cuestión. Así lo han entendido ambas partes cuando, si bien se hace sólo alguna ligera mención a la fecha del otorgamiento, la acción persigue la nulidad por defecto de capacidad para testar; poniéndose de relieve con mayor intensidad el primer defecto relativo a la fecha en el escrito de conclusiones, pero sin trasladarlo al suplico y, lo que es más importante, sin que la contraparte, actual recurrente, pusiese de relieve tal circunstancia como sustento de la incongruencia ahora alegada; c) Como confluente al objetivo principal de la acción (nulidad del testamento), tanto el defecto de capacidad como el examen de la fecha, conjuntamente discutidas en la fase probatoria, no ha suscitado motivo especial de indefensión para la actual recurrente; d) Criterio que, además, concuerda con las reiteradas declaraciones de esta Sala acerca de la interpretación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según las cuales se altera la causa de pedir alegada en el juicio al sustituir las cuestiones planteadas por otras distintas con indefensión de la parte adversa, lo que aquí no ocurrió, en cuanto todo ello, como se dice, confluye a obtener la nulidad del testamento discutido, pues no se da incongruencia si se acogen aspectos sustanciales comprendidos en el objeto del debate e, implícitamente, en las pretensiones deducidas en la demanda (SS de 3 y 23 de marzo de 1992 y las que en ellas

se citan). A los efectos de la congruencia, lo que hay que resolver es la esencia de las peticiones, teniendo en cuenta la concordancia entre las pretensiones oportunamente deducidas en la súplica de los escritos fundamentales del pleito y no en relación con los razonamientos que se hagan en los mismos (SS., entre otras, de 30 de abril, 13 y 30 de julio de 1991), manteniéndose la congruencia cuando se atienden por el fallo consecuencias lógicas de lo pedido, ya que lo que importa en definitiva es que los pronunciamientos del fallo dejen resueltos todos los extremos debatidos (S. de 5 de junio de 1989); y no cabe duda que el punto sobre la exactitud de la fecha del testamento de doña M.H.M. lo fue ampliamente. Por consiguiente, este primer motivo decae.

El motivo quinto, por haber sido inadmitido el cuarto, con base igualmente en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se funda en la infracción del artículo 688.2 del Código Civil. Se impugna aquí la conclusión a que llega la Sala de Instancia de que la fecha del testamento es inexacta y que ello determina por sí sola su nulidad, conclusión que el recurso considera radicalmente contraria al precepto que se invoca como infringido, que exige que para ser válido el testamento ológrafo... «deberá expresar el año, mes y día en que se otorgue». Este motivo ha de ser estimado según se deduce de las siguientes consideraciones: a) Como ya se expresó en el fundamento jurídico segundo de los que anteceden, la fecha del testamento determina esencialmente si entonces la testadora tenía la capacidad suficiente de testamentifacción activa. Es de poner de relieve, en primer lugar, que la fecha del testamento ológrafo no tiene el mismo alcance que la del testamento abierto notarial. Dado que el testamento ológrafo puede mantenerlo en secreto su autor y nada obsta a que antes de llegar al texto definitivo haga bosquejos, borradores o proyectos, o lo extienda con la idea de reflexionar posteriormente sobre lo escrito, y solamente cuando se decida definitivamente pueda poner la fecha y la firma, y es desde entonces cuando puede decirse que el testamento está otorgado, de modo que tal otorgamiento surge de lo no escrito y de su contenido, sino de colocar la fecha y la firma. b) Estas consideraciones explican o se basan en los antecedentes del testamento ológrafo y en su regulación en los Códigos modernos, sobre la base siempre de que la cooperación interpretativa del derecho extranjero ha de tomarse con mucha cautela y solo como elemento subsidiario, sin que por ello deje ser útil en una época como la actual en que la amplitud e intensidad de la comunidad internacional ha hecho más frecuente las relaciones entre países distintos, y podría sostenerse que la participación en la interpretación de las normas nacionales de instituciones extranjeras basadas, como en este caso, en el mismo Derecho común recibido del Derecho romano forma parte de una hermenéutica sociológica acogida en el artículo 3 del Código Civil bajo la expresión de «la realidad social del tiempo en que (las normas) han de ser aplicadas». c) Así, es de observar que el Código Civil de Austria (§ 578) dice que el que quiera testar por escrito sin testigos ha de hacerlo de propia mano escribiendo el testamento y firmarlo con su nombre, y continúa: «la expresión del día, año y lugar donde se otorga no es ciertamente necesaria, pero sí aconsejable para evitar litigios». El mismo sentido no preceptivo de la fecha sigue el Código Civil de Alemania (§ 2.247), que al referirse a la fecha dice que «debe expresarse» (*soll angeben*); es decir, no la considera obligatoria; y si no consta, sólo se considerará válido el testamento cuando de otra forma puedan averiguarse los datos necesarios sobre la fecha. d) La

doctrina científica acoge estas ideas, sin negar que la fecha tiene la importancia de afirmar el carácter jurídico de testamento ológrafo y elevarlo a declaración de voluntad por virtud de la cual el simple proyecto privado pasa a ser testamento. Por lo tanto, será fecha en este testamento la que ponga el testador, independientemente del momento en que se haya escrito el testamento, pues su eficacia en el tiempo depende de la imposición que de la misma haya hecho el causante; y se afirma también que no es nulo el testamento ológrafo redactado en una fecha efectiva diferente de aquella en la cual el testador había escrito su texto de propia mano, siempre y cuando exista cierta relación entre la fecha expresada en el acto y las disposiciones en él contenidas. e) Todo ello pone de relieve la validez del testamento ahora discutido, y así lo corrobora, por un lado, aparte del principio del *favor testamenti*, la presunción de capacidad legal de todo testador, salvo prueba en contrario (SS. de 27 de junio de 1977, 26 de septiembre de 1988 y 7 de octubre de 1992 y muchas otras); que dicha capacidad ha de entenderse siempre existente en el momento de otorgarlo, como así ocurre cuando según lo debatido mediaron dos años y cuatro meses desde el testamento hasta la declaración judicial de incapacidad de la testadora; que el que alega la incapacidad ha de probarla si no está, como en este caso, judicialmente incapacitado, prueba que ha de ser concluyente, ya que en otro caso se presume la capacidad; así como ha de seguirse el principio de veracidad de la fecha existente cuando se trata de juzgar acerca de la capacidad del testador, a menos, se repite, que se pruebe cumplidamente lo contrario. Y, por otro lado y fundamentalmente, que colocada ya esta Sala de Casación, vista la estimación de este motivo del recurso en lugar del Tribunal de instancia, la prueba pericial practicada para mejor proveer en estos Autos, pese a su extensión, es a todas luces insuficiente para anular el dictamen del perito señor Orellana que dictaminó en la fase probatoria del pleito; y es así por basarse para ello en gran medida en pruebas extrínsecas que no merecen garantía del Juzgador. Esta Sala ha advertido con reiteración sobre la cautela para aplicar en estos casos los llamados medios de prueba extrínsecos, que vienen en ciertos casos, como aquí ocurrió, a posponer el tenor del mismo documento (S., entre otras, de 8 de julio de 1940). Además, queda desmentida la conclusión de los peritos por el examen directo del testamento por el Tribunal en cuyo documento, claramente escrito y con uniformidad de trazos y de sentido, aparte las lógicas desviaciones en la escritura de persona anciana y no acostumbrada a escribir a menudo, aparece evidente el *animus testandi*. Examen que impide aceptar las afirmaciones de los peritos y permite concluir que el testamento fue escrito el mismo día en que se puso su fecha y la firma, en tanto, como ya se expone, no se ha probado de forma suficiente y convincente lo contrario ni se han alegado hechos que pudieran dejar ineficaz la fecha puesta en el documento, ni, en fin, concurren los supuestos en que este Tribunal declaró la nulidad del testamento en las Sentencias de 5 de diciembre de 1927, 13 de mayo de 1942 y 3 de abril de 1945, relativas a supuestos de hecho diferentes del ahora contemplado. Con todo ello procede la estimación del motivo quinto y también del sexto, lo que determina la casación de la Sentencia por los razonamientos que anteceden, con lo que se cumple la norma del artículo 1.715 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil al haber resuelto esta Sala, según ya se indicó, como Tribunal de instancia, en los términos en que aparece planteado el debate, una vez que acordó la estimación del recurso.

Comentario.—Resulta claramente de esta Sentencia que en el testamento ológrafo no es requisito esencial la unidad de acto, sino que su contenido puede escribirse en uno o varios momentos sucesivos y posteriormente, o incluso antes, puede ponerse la fecha y en otro momento diverso la firma. Aunque otra cosa pudiera deducirse de la expresión contenida en la Sentencia, «la fecha del testamento determina esencialmente si entonces la testadora tenía capacidad suficiente para la testamentifacción activa» —lo que pudiera presuponer la exigencia de que se firme el testamento en el mismo momento de fecharlo—, lo cierto es que esta exigencia no se establece expresamente en la Sentencia. Si bien más adelante emplea conjuntamente las expresiones «poner la fecha y la firma», no dice que ambas hayan de ser simultáneas. Por otra parte, sería difícilmente demostrable, con el alcance de prueba plena, la discordancia entre la fecha y el momento de la firma. Y, caso de probarse, ¿cuál sería la solución? Parece que la de mantener la validez del testamento, pues la Sentencia mantiene un criterio amplio en este punto aduciendo el régimen del Derecho comparado, así como el principio del *favor testamenti*. Sobre el particular se expresa así MUCIUS SCAEVOla: «¿Cuál será la fecha que deba ponerse al testamento? Entendemos que la correspondiente al día en que se firmó aquél... Esto no quiere decir que no pueda un testamento ológrafo contener varias fechas, porque el Código no exige la unidad de acto». Pero del contexto de su comentario al artículo 688 parece desprenderse su postura favorable a la simultaneidad de la fecha y la firma. En cambio, MANRESA no se plantea expresamente el tema. Otra cosa parece opinar Teodora F. TORRES GARCÍA en su comentario al artículo 688: «La fecha debe indicar con precisión el día en que el testamento ha sido otorgado, ya que se está exigiendo no un día cualquiera, sino precisamente aquel día determinado en que el testamento se ha concluido. Si no coincide la fecha puesta en el documento con la del día en que debió ser fechado, bien por antedatarse (STS 13-V-42 y 11-IV-45) o por postdatarse (STS 5-XIII-25), la sanción correspondiente será la nulidad tanto por no saberse cuándo se otorgó como porque al ser inexacta supone el incumplimiento de la forma exigida para la validez del acto» (*Comentario del Código Civil*, vol. I, pág. 1740). En el mismo sentido, en su obra *El testamento ológrafo*, Madrid, 1977, págs. 291-309.

La doctrina y la jurisprudencia francesas fluctúan. En una primera época se pronuncian con gran rigor, interpretando el artículo 970 del Código Napoleón en el sentido de que el testamento ha de ser fechado el mismo día en que ha sido firmado y que la inexactitud de la fecha acarree la nulidad del testamento. Posteriormente se atenúa el primitivo rigor admitiendo incluso que el testamento será válido si es posible fecharlo con certidumbre recurriendo a elementos intrínsecos e incluso mediante elementos extrínsecos siempre que tengan fundamento o puedan basarse en elementos intrínsecos (STS 24-VI-1952).

4. JURISPRUDENCIA PROCESAL

POR ERNESTO CALMARZA CUENCAS

ERROR JUDICIAL.—ARTICULO 293 DE LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL.—DOCTRINA. (SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1993)

Ponente: Excmo. Sr. don Francisco Morales Morales.

Con motivo de un recurso sobre declaración de error judicial el Tribunal Supremo a través del ponente de la Sentencia establece la siguiente doctrina acerca de esta figura.

Doctrina.—Para que prospere una demanda por supuesto error judicial se requiere inexcusablemente: *a)* Que la Sentencia tachada de error judicial haya causado un daño efectivo. *b)* Que la Sentencia haya incurrido en *equivocaciones manifiestas y palmarias* en la finalización de los hechos o en la interpretación y aplicación de la Ley. *c)* No se puede confundir este proceso con una tercera instancia.

En definitiva, la declaración de error judicial se reserva a supuestos de decisiones injustificables desde el punto de vista del derecho. Véase Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1993

RECURSO ESPECIAL DEL ARTICULO 1.687.2º DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.—CONTRADICCION DE LO EJECUTORIADO (SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 1993)

Ponente. Excmo. Sr. don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade.

Hechos.—En Sentencia dictada en apelación por la Audiencia de Las Palmas se dispuso lo siguiente:

«Que los demandados están obligados a indemnizar a los actores en los perjuicios sufridos por la imposibilidad de cumplir la obligación... (se refiere a la entrega de un piso en la planta primera del edificio a construir en el núm. 38 de la avenida del General Franco de la ciudad de Las Palmas), condenándoles a estar y pasar por las anteriores declaraciones; y a indemnizar a los actores en el *valor de un piso* determinado con arreglo a las bases expuestas en el penúltimo considerando ..» En este «penúltimo considerando» se aclara que «la exacta localización del piso a entregar, su dimensión y características se fijarán en su día por los demandados...»

A la hora de ejecutar esta Sentencia por Auto del Juzgado de Primera Instancia se recoge la opinión de los demandados, los cuales concretan la vivienda a indemnizar en un piso de 30,85 metros cuadrados, fijándose un valor de 20.000 pesetas el metro cuadrado.

Sin embargo, en apelación de éste la Audiencia dicta otro Auto en el que razona que la determinación del piso y su valor no puede quedar al libre arbitrio y discrecionalidad de los demandados (arts. 1.256 y 1.449 CC) y, a propuesta de la parte demandada, fija la extensión del piso en 90 metros cuadrados, a 72.065 pesetas el metro cuadrado

Planteado por los demandados el recurso que permite el número 2 del artículo 1.687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por entender que el Auto último contradice lo ejecutoriado, el Tribunal Supremo establece la siguiente

Doctrina.—El atípico recurso de casación que autoriza el número 2 del artículo 1.687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene como finalidad la defensa de la Sentencia contra las actuaciones practicadas en ejecución de la misma, siendo doctrina pacífica que interpreta el término «sustanciales» del citado artículo la de que: «Asiste a los Tribunales la indeclinable facultad de interpretar la Sentencia, valiéndose para ello, si preciso fuere, y como elemento de interpretación, de los considerandos que le sirvieron de base y fundamento jurídico, en cuanto reveladores de la *rato decidendi*, por lo que no se producirá extralimitación.. cuando se resuelvan puntos que constituyen aspectos insoslayables del tema controvertido a que atañe lo ejecutoriado» (SS. de 26-9-1986 y 12-12-1991).

En cierta manera el Auto recurrido de la Audiencia de Las Palmas ha contradicho su propia Sentencia en la que se atribuía a la parte demandada la facultad de localizar el piso a entregar, determinando su dimensión y características.

En base a la doctrina permisiva antes expuesta y teniendo en cuenta:

- a) Que el fallo que se ejecuta atribuye a los demandados la concreción de la extensión y características del piso a entregar;
- b) Que esta facultad no puede producir la virtual pérdida del derecho que la Sentencia concede a los demandantes, es decir, el piso debe tener la extensión mínima que exige la legislación especial para ser vivienda, y
- c) Que el precio deberá consistir en el que corresponda a viviendas de tipo normal en la calle General Franco, el Tribunal Supremo casa el Auto dictado por la Audiencia de Las Palmas fijando como indemnización un piso de 44 metros cuadrados (según las Ordenanzas de VPO, es la superficie mínima), a 70.000 pesetas/metro cuadrado, mínimo también para la zona de que se trata.

CUESTION DE COMPETENCIA (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1993.)

Ponente: Excmo. Sr. don Mariano Martín-Granizo Fernández.

Hechos.—La cuestión de competencia del presente recurso gira en torno a dos letras de cambio que sirven de base a un juicio ejecutivo y en cuyo acepto aparece impresa y firmada por el librado la siguiente fórmula: «Acepto vto., domic., cont. pago, fecha y fuero del librador»

El Tribunal Supremo dice que tal manifestación sumisoria no puede ser tenida en cuenta en base a la siguiente

Doctrina.—El artículo 57 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige que la fórmula de sumisión exprese la renuncia clara y terminante del propio fuero, lo que no acontece en este caso que establece una fórmula vaga e imprecisa.

No existiendo, pues, sumisión expresa, es doctrina de esta Sala que la competencia vendrá dada por razón de su domiciliación o, en su caso, protesto.

EXCEPCION DE COSA JUZGADA.—ARTICULO 1.252 DEL CODIGO CIVIL.—IDENTIDAD DEL «PETITUM» Y DE LA «CAUSA PETENDI» EN EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES REALES. (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1993)

Ponente: Excmo. Sr don Gumersindo Burgos Pérez de Andrade.

Hechos —En un primer procedimiento se reivindicó la propiedad de unas fincas alegándose ser inexistentes y nulas las escrituras obrantes en favor del demandado.

En el segundo procedimiento, que da lugar a este recurso, se pide otra vez la devolución de las fincas, fundándose en hechos diversos y pidiendo de forma subsidiaria la entrega del valor de tales bienes.

Alegada la excepción de cosa juzgada y estimada la misma tanto por el Juzgado como por la Audiencia, se llega hasta el Tribunal Supremo, quien sienta la siguiente

Doctrina.—La doctrina científica y la jurisprudencia de esta Sala sostienen que ha de entenderse como «cosa» el bien jurídico cuya protección o concesión se solicita del Juzgador, y por «causa de pedir» el hecho jurídico o título que sirve de base al derecho reclamado, es decir, el fundamento o razón de pedir.

Quando se trata de «acciones reales», la distinción entre *petitum* y la *causa petendi* se sobrepone y aparece como el perfil de una misma institución, y en consecuencia basta con la alegación del derecho sobre una determinada cosa para que se integre el objeto del proceso, sin que sea necesaria la alegación de los hechos de los que deriva dicho derecho absoluto (STS de 20 de abril de 1968).

Vista esta jurisprudencia, la Sala entiende que la cosa juzgada se produce en estos casos dada la identidad del *petitum* y de la *causa petendi*, que en las acciones reales aparecen confundidos, al contrario de lo que sucede en las acciones personales.

CUESTION DE COMPETENCIA. (SENTENCIA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1993.)

Ponente: Excmo. Sr. don Rafael Casares Córdoba.

Hechos.—En base a una determinada cambial, el Banco HA, SA, demanda en juicio ejecutivo a «JFG, SL», «BAL, SA», así como a los esposos don G.B. y doña M.F.P., ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Vigo.

La entidad mercantil demandada, «JFG, SL», promueve cuestión de competencia por inhibitoria ante el Juzgado número 1 de los de Talavera de la Reina, ciudad en la que tiene su domicilio y en la que está asimismo domiciliado el pago de la letra.

Los otros demandados, por su condición de obligados al pago de la letra, tienen su domicilio en Vigo.

Ante la falta de acuerdo de los dos Juzgados el Tribunal Supremo decide la cuestión de competencia en base a la siguiente

Doctrina.—La cuestión debe resolverse a favor del Juzgado número 6 de Vigo por aplicación del artículo 1.439 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en su redacción dada por la Ley 34/1984) aplicable al caso, ya que la demanda se presentó el 12 de noviembre de 1991 y, por tanto, antes de la Ley 10/1992, cuya

disposición transitoria 1.ª deja a salvo la competencia opcional (lugar de cumplimiento o domicilio del demandado o de alguno de ellos), establecida por aquella Ley de 6 de agosto de 1984, a falta de sumisión expresa de las partes.

INCIDENTE DE JUSTICIA GRATUITA. (SENTENCIAS DE 22 DE OCTUBRE Y 18 DE NOVIEMBRE DE 1993.)

Ponentes: Excmos. Sres. don Antonio Gullón Ballesteros y don José Luis Albacar López, respectivamente.

No habiendo solicitado ni obtenido en la instancia la declaración de pobreza para que se pueda acceder a tal declaración a efectos de formular recurso de casación, es preciso que se justifique, de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, haber sobrevenido con posterioridad a las instancias las circunstancias que puedan justificar su concesión, lo que no se ha pretendido ni se ha logrado en los incidentes que dan lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1993, en el que tan sólo se intenta acreditar la falta de medios de la actora, sin precisar el momento en que tal falta se produjo.

Por el contrario, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 22 de octubre de 1993 estima que los peticionarios de la declaración han justificado que han sobrevenido con posterioridad las circunstancias necesarias para obtenerla; tras la tramitación del procedimiento correspondiente y abundante prueba practicada (arts. 22 y 721 LEC), se ha comprobado que concurren en los mismos las exigencias prevenidas en los artículos 13 y 14 y, en su caso, el 15 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

EXCEPCION DE COSA JUZGADA EN EL JUICIO DECLARATIVO POSTERIOR A UNO EJECUTIVO.—ARTICULO 1.479 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. (SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1993.)

Ponente: Excmo. Sr. don José Luis Albacar López.

Hechos.—1.º Por el Banco Español de Crédito, en fecha 4 de octubre de 1982, se presentó demanda en juicio ejecutivo contra A. y otros en base a una póliza de crédito personal por 18.000.000 millones de pesetas y vencimiento al 13 de noviembre de 1982, suplicando se despachase ejecución por 32.194.917 pesetas de principal y 8.000.000 de pesetas para intereses y costas.

2.º Por los demandados se opuso a la ejecución con base a los artículos 1.464, 1.467 y 153 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las excepciones de falsedad y nulidad del título base de la ejecución y acumulación indebida de acciones.

3.º En el procedimiento ejecutivo recayó Sentencia mandando seguir adelante la ejecución para el pago de la cantidad de 18.000.000 millones de pesetas, más 8.000.000 de pesetas para intereses y costas.

4.º Dicha Sentencia fue confirmada por otra de la Audiencia.

5.º A. y los otros demandados formulan demanda en juicio ordinario de menor cuantía sobre nulidad del precedente juicio ejecutivo, la cual es desestimada tanto por el Juzgado de Primera Instancia como en apelación por la

Audiencia Provincial al acoger la excepción de cosa juzgada opuesta por el Banco ahora demandado

6.º Contra esta última formulan A. y los otros demandados recurso de casación por infracción de los artículos 1.251 y 1.252 del Código Civil, en relación con el artículo 1.479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual es desestimado por el Tribunal Supremo en base a la siguiente

Doctrina.—Si bien es cierto que, según el tenor literal del artículo 1.479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las Sentencias dictadas en los juicios ejecutivos no producirán la excepción de cosa juzgada, quedando a salvo su derecho a las partes para promover el ordinario sobre la misma cuestión, también lo es que este precepto ha sido matizado por la doctrina del Supremo en el sentido de que el mismo no permite reproducir en juicio ordinario las excepciones y causas de nulidad propia del juicio ejecutivo, admitiéndose únicamente tal posibilidad en supuestos en los que lo alegado en el juicio declarativo no pudo formularse como excepción o causa de oposición en el juicio ejecutivo dado el estrecho cauce del mismo.

Las excepciones del artículo 1.464 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como las causas de nulidad del artículo 1.467 del mismo Cuerpo, devienen inutilizables en el juicio declarativo posterior, tanto en los casos en que esgrimidas en tiempo y forma fueron desestimadas, como en aquellos otros en que el ejecutado no se quiso o no supo oponerlas.

TASACION DE COSTAS.—IMPUGNACION DE HONORARIOS POR INDEBIDOS. (SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 1993.)

Ponente: Excmo. Sr. don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

Impugnada una tasación de costas en cuanto a la totalidad de la minuta del Letrado y algunas partidas del Procurador, entre otras, 300 pesetas por el concepto de «copias», la Sala del Tribunal Supremo sienta la siguiente

Doctrina.—El crédito de costas es una obligación impuesta en Sentencia a la parte derrotada en virtud del principio del vencimiento objetivo consignado en la Ley (en este caso por el art. 1.715 LEC), y su concreción es doble por cuanto no todos los gastos que origina el proceso tienen la consideración de costas y porque de las mismas deben excluirse las partidas que no obedezcan a actuaciones precisas, concretas o útiles, ni aquellas otras que sean consecuencia de intereses particulares de la parte.

Pero en el presente caso el Tribunal Supremo NO estima la impugnación, ya que las partidas de las minutas son detalladas y en ellas no se incluye nada inútil, superfluo o no autorizado por la Ley.

RECURSO DE REVISION.—INTERPRETACION RESTRICTIVA. (SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 1993.)

Ponente: Excmo. Sr. don Mariano Martín-Granizo Fernández.

Hechos.—El Tribunal Supremo en esta Sentencia desestima un recurso de revisión ya que, dice, no concurre en este caso ninguno de los supuestos en

que, según el artículo 1 796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puede fundarse este especial y extraordinario remedio, máxime si se tiene en cuenta que dada la finalidad a través de él pretendida, al implicar un verdadero ataque a uno de los principios esenciales de nuestro sistema procesal, cual es el respeto a la cosa juzgada, sus requisitos han de ser interpretados con criterios muy restringidos.

E. C. C.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

SALAS PARRILLA, M.: *Cómo aprobar oposiciones*, Alianza Editorial, 1993, y CEM-BORAIN CHAVARRIA, L.: *Las oposiciones celestiales*, Madrid, 1960.

Estos dos libros —uno general y otro específico— me han provocado dos reacciones diferentes. El primero me ha hecho «retroceder» en la vida evocando mis años de opositor, y el segundo me ha hecho mirar al espejo y pensar que ya tengo demasiados años para hacer oposiciones «*aunque sean celestiales*». Ambos, sin embargo, tienen los ingredientes necesarios para que de ellos se desprenda el humor que la materia requiere. Y en este punto me inclino más por el segundo que por el primero, escrito con la seriedad que exige el triunfo de oposición «reglada».

Desconozco la «media filiación» del autor del primero de los libros —libro de bolsillo—, pero en la Introducción él mismo se identifica como opositor, miembro del Tribunal de oposiciones, profesor, conferenciante y psicólogo. Aunque las coordenadas de la «oposición» pueden aceptarse en términos generales, no sé el autor a qué oposiciones se está refiriendo para «aprobarlas», aun reconociendo que muchas de las normas que él aporta —y la aportación es positiva— pueden ser válidas para «cualquier oposición». Pero hay oposiciones y oposiciones.

Quizá no he debido «recensionar» este libro, porque de mi apreciación pudiera desprenderse unos diferentes niveles en materia de oposiciones (cosa que siendo verdad, democráticamente no puede decirse) y, de otra parte, el haber destacado el aspecto humorístico de la oposición en mi libro *Oposita, que algo queda*, reduce mi campo, pues de cada consejo que el autor da surge la experiencia anecdótica de que eso puede ser la regla general; pero existen excepciones. De otra parte, cuando un autor «no agota» bibliografía sobre el tema (y quede bien claro que no me estoy refiriendo a mi libro, que no pasa de ser un divertimento) no puede hablar del «VACIO» que él va a llenar con su aportación. Con ser muchos los libros que cita, se olvida de muchos otros que están en la literatura jurídica del tema. No voy a cometer la denuncia de los que omite —que son muchos—, pero sí me parece una herejía no citar los diez mandamientos de GONZÁLEZ PALOMINO en su libro sobre *Derecho Notarial*. Y, sin embargo, cita a un P. CHICO GONZÁLEZ que igual resulta ser pariente mío, procedente de Burgos y Bujedo, lo cual me alerta sobre los Hermanos de la Doctrina Cristiana, más conocidos como los «BABEROS». Yo estudié con ellos en el Colegio «Santiago Apóstol» de Bilbao, y uno de ellos me enseñó a componer cuadros sinópticos y concentración de ideas que me han servido mucho en la vida jurídica.

Dice algo que puede ser verdad, y es que «en la oposición para aprobar no basta conocer los temas como en la enseñanza académica, además hay que exponerlos en el tiempo preciso y mucho mejor que los otros compañeros». Esto no pasa de ser una verdad a medias. ¿Jura usted decir toda la verdad,

nada más que la verdad y sólo la verdad? Y el autor sabe que aparte de decir los temas «en tiempo preciso» hay que tener suerte, hay que tener claridad, hay que evitar que el «personal» del Tribunal se duerma, hay que examinarse un día en el que no ha habido gente muy brillante o en el que se han retirado muchos..., pero nunca en el día en que se tenga descomposición de vientre. ¿Es o no recomendable hacer el acto sexual antes de examinarse?

Para dar una idea general del conjunto de opiniones que el autor vierte en su ensayo, vamos a distinguir dos o tres apartados que pueden englobar los diferentes capítulos de la obra.

A) PROGRAMACIÓN Y TEMARIO

Comprendo que hay que programarse, ajustarse a un programa de trabajo, pero esta regla de «oro» no se sigue por ningún opositor: todo queda supeditado a la inventiva particular, a la iniciativa individual y a la improvisación. ¡España es un país de insurrectos! Programarse lleva implícita la idea de supeditar-se a un conjunto de requisitos previamente establecidos y supeditados a unos plazos de tiempos y del modo del estudio, pero el opositor tarda en convertirse en «máquina» y sus fallos hacen inútil la ideal programación. No es posible dictar normas para el momento del estudio. No tengo estadísticas, pero creo que hay tantos por ciento impresionantes de gente que estudia por la noche en vez de por la mañana, y hay gente que la comida le estimula al estudio y la cena le cierra los ojos al libro... Aquí sucede lo mismo que en política: se programa, pero no se cumple.

Los temas es otro de los puntos de difícil generalización, pues el tema «de academia» normalmente sólo sirve para el «memorión», mientras que el tema que uno se «fabrica» no suele ser siempre el definitivo, pues a medida que uno va sabiendo más, más va cambiando el tema.

B) ESTUDIO, MEMORIZACIÓN Y OLVIDO

El autor explica detalladamente lo que él llama «exploración» de un libro, y explica la forma en que debe irse viendo y leyendo, así como las diferentes formas de lectura y lo que llama velocidad lectora, para pasar luego al subrayado, el esquema y el resumen. La verdad es que todo ello es entretenido y divertido y quizá sea en estos momentos necesario por lo poco y mal que se lee.

También resulta sumamente entretenido el tema de la memorización, donde aparte de distinguir la memoria sensorial, la memoria a corto plazo o a largo plazo y la visual, razona sobre las reglas nemotécnicas, los acrósticos, la cadena, los lugares, etc. Me llama poderosamente la atención la técnica de la cadena, donde es preciso memorizar las siguientes palabras: uva, vaca, cuchillo, niño, automóvil, libro, silla, restaurante, violín y camión. Primero se visualizan las imágenes y luego se asocian de manera llamativa: así la vaca devora a una uva gigante y camina sobre el filo de un cuchillo... Aplicada esta técnica a la teoría de los censos y la enfiteusis tiene que dar un resultado alucinante. Luego vienen las tablas, el código alfanumérico, las equivalencias entre números y consonantes, etc.

Pienso en el pobre opositor y en el calvario que tiene que sufrir al some-

terse a estos métodos. La conversión de números en palabras —y esto es uno de los ejemplos— lleva a que 27 es igual a NUCA y que «en la NUCA. Lo prohíbe la Constitución». No me extraña que de vez en cuando nos tropecemos con funcionarios «algo raros».

También se toca —sin música de tango— el olvido, con su teoría del paso del tiempo, las interferencias (retroactiva y proactiva), la curva de Ebbinghaus, la lucha contra el olvido, el recitado y el preparador.

C) EL EXAMEN, EL ENCHUFE Y OTROS FACTORES

El autor explica las técnicas del examen —según sea oral o escrito— y da un conjunto de consejos, la mayor parte de ellos correctos. Igualmente habla del enchufe público y privado y de otros factores, como la alimentación, el ejercicio físico, la concentración, la ansiedad, la temperatura, la relajación, etc.

No sé los opositores que habrán aprobado siguiendo el conjunto de recomendaciones y consejos reflejados en este singular libro, pero creo que el título está mal puesto: no cómo aprobar, sino cómo preparar. Con un poco más de espacio y un poco más de tiempo cada una de las partes del libro permite contar anécdotas y rasgos de humor. Esto es, hacer lo que MUÑOZ SECA: de una obra seria, una parodia graciosa.

* * *

El autor del segundo libro sobre «oposiciones» debe ser un religioso porque se le califica de «hermano», porque lleva un Prólogo del R. P. fray Valentín de San José y porque en él figura el NIHIL OBSTAT del censor y el IMPRIMASE del obispo. Si para acceder a un puesto mediante una oposición se busca a los especialistas, para entrar en el cielo es lógico que uno se deje aconsejar por los que están «propicios».

La idea del humor que el libro lleva consigo se proyecta en todas sus páginas, en las que, burla burlando, se nos están diciendo verdades como puños y principios fundamentales. El autor explica la obsesión del mundo terrenal por hacer una oposición y lograr una situación estable, un pretendido puesto que ha de resolver el problema de la vida limitada en el tiempo. ¿Por qué no hacer también oposiciones celestiales y prepararse para ello? El autor señala las diferencias y las ventajas:

— El número de plazas en las oposiciones celestiales es «ilimitado» y, por ello, es más fácil obtener plaza. La «oficina» es infinita y en ella caben todos cuantos aspiren a ello.

— El «programa» que sirve de base para los ejercicios es sumamente sencillo y está al alcance de todas las fortunas. El «cuestionario» no se ha alterado desde que se fijó hace la friolera de veinte siglos y ello facilita su estudio a fondo, sin temor a modificaciones. El texto son los «santos evangelios», que sólo exige «sabe leer» o «saber escuchar».

— La preparación dura lo que la vida misma, y los requisitos para la admisión a examen están abiertos a todos.

— El Alto Tribunal —la Santísima Trinidad— en el instante de nuestra

comparecencia adjudica la plaza o deniega la petición. Se trata de una oposición única y no cabe esperar a otra «convocatoria».

— Parece ser —según el autor— que existen «aprobados sin plaza» o admisión condicionada para completar esa adecuada preparación que no hicimos en la Tierra.

— El momento inicial de toda oposición es su convocatoria, en la cual se fijan las distintas condiciones necesarias para tomar parte en ellas, pero en las «celestiales» está abierto el plazo permanentemente para solicitarlas y basta la «partida de bautismo».

— ¿Cuántos son los ejercicios que es preciso hacer? Aquí no existe limitación de ejercicios ni horario preconcebido para realizarlos. Es un «ejercicio perpetuo».

Como veréis la obra no tiene desperdicio y se prolonga tocando el gran tema de «cómo» debe uno prepararse a base de creer en Dios, esperar en Dios y amar a Dios. El autor desarrolla la materia señalando los mandamientos y las personas que nos pueden ayudar en el empeño. Mientras en las oposiciones terrenales la «recomendación» es requisito, pero sin eficacia, en las «celestiales» parece que son importantes y el santo del día de nuestro nacimiento tiene «mucha mano». Cuando cortan un árbol, ¿de qué lado cae? De donde tiene los frutos...

Creo que merecía la pena recensionar este librito que se lee con gran ilusión y que tiene la virtud de utilizar con humor una institución terrenal con gran repercusión «celestial». LAUS DEO.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

FERNÁNDEZ VARA, J. J.: *Principios civiles y registrales de la expropiación forzosa*. Colegio Nacional de Registradores, Madrid, 1993.

Me encargan la recensión de este estudio, y aun y a pesar de que el autor del mismo no parece estar muy conforme con mis ideas sobre reversión, acepto el reto y voy a procurar que la objetividad sea la tónica de la misma, pues soy un convencido de que la diversidad de opiniones hace claridades o, por lo menos, permite llegar a una posible solución concorde.

Sí me gustaría anticipar que el haberme ocupado del problema de la reversión fue por las muchas que surgieron en una etapa de mi vida en la que milité en un organismo autónomo donde las expropiaciones que facilitaban la construcción de presas y pantanos o recrecimiento de las primeras se hacían «a lo bestia», incumpliendo prácticamente casi todos los requisitos que la Ley exige para entender legalizada la situación posterior. A lo último —y con ayuda de otro compañero— se pudo poner un orden legal en aquel caos que exigía a última hora la «certificación» administrativa como medio inmatriculador. Mientras eso llegó tuve que soportar que un ingeniero me dijese que en esa materia «él sentaba jurisprudencia», y yo le tuve que decir que lo que estaba haciendo era «sentarse encima de la jurisprudencia». Lo mismo me sucedió cuando concluido el Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual quise poner ciertos reparos al texto que se pretendía aprobar y el «socialista» de turno me dijo que allí el que mandaba era el «Partido»... y tuve que levantarme y mar-

charme, cosa que debieron agradecer algunos para «poder salirse con la suya» en la redacción de una Ley inadmisibile.

El autor se apresura en su nota preliminar en precisar que su pretensión es apuntar las incidencias que un instituto «típicamente administrativo» puede tener en la materia civil e hipotecaria. Por eso utiliza el calificativo de «principios», que, según parece dar a entender, son como el «resumen» de los grandes problemas. Que me corrija si me equivoco. La verdad es que el Código Civil, en el artículo 609, nos ofrece grandes pistas para el encuadre de la figura, ya que de los dos medios, originario y derivativo, se adquieren y se adquieren y transmiten, se ignora a la expropiación, que queda relegada como una de las causas por las que se puede perder el dominio (pérdida de carácter provisional por la fijación del «destino» expropiatorio).

Sí creo que deben respetarse los diferentes apartados en los que el autor va analizando la institución que cobran en su denominación tintes civilistas: legitimación y titularidades, ocupación, justiprecio y reversión. Vamos ya con todo ello.

A) LEGITIMACIÓN Y TITULARIDADES

Creo que como síntesis del contenido de este capítulo, en el que el autor hace una crítica muy acertada de la vigente legislación sobre la materia, tres puntos que destaca: sigue manteniéndose el confuso y ambiguo criterio de la legislación anterior sobre aplicación o inaplicación del principio de presunción de veracidad e integridad registral en la determinación del titular legitimado para la percepción del justiprecio; se apoya en la confusa dicción del artículo 313 de la Ley Hipotecaria, que parece excluir la aplicación de las consecuencias procesales del principio de inoponibilidad de los artículos 608 del Código Civil y 32 de la Ley Hipotecaria y no contempla el problema de la aparición del tercero del artículo 34.

En ese sentido apuntado va examinando el problema de las titularidades y su notoriedad, las transmisiones del objeto expropiado, la existencia de otros titulares, la conexión del artículo 313 de la Ley Hipotecaria, la identificación de fincas, los colindantes, las garantías jurisdiccionales de la iniciación del expediente y de la nota marginal que plantea el dilema de si cabe la cancelación de los asientos posteriores con la exigencia legal del previo pago (art. 53 LEF).

B) LA OCUPACIÓN

El tema que se enfoca en este capítulo gira en torno al momento en que se produce la «transmisión» o «traslativo-real», como apunta el autor, y ello le obliga a estudiar la previa ocupación y su trascendencia real al ser anotable. También apunta los efectos del mutuo acuerdo sobre el justiprecio, la firmeza de la resolución del Jurado y la firmeza de la expropiación forzosa, terminando con los efectos que el acceso al Registro suponen para la Administración: prioridad, fe pública registral y protección de la posesión.

C) EL JUSTIPRECIO

Fundamentalmente la problemática que se estudia es la del conflicto que puede surgir en el pago del justiprecio con el contenido del Registro de la Propiedad y, singularmente, los que pueden provocarse por la discrepancia en la distribución cuando existen usufructos, hipotecas y embargos. Enlaza la temática con el contenido de la Ley del Suelo donde examina las pretericiones del artículo 234.3 y 4 de dicha Ley (tanto de terceros como de fincas) y la posible repercusión del Real Decreto 1558/1992, de 18 de diciembre, sobre colaboración notarial y registral.

D) LA REVERSIÓN

Debo confesar que el estudio sobre reversión que yo hice era solamente referido a una parcela que el autor en su trabajo amplía considerablemente con un conjunto de problemas y situaciones que van desde la transmisión del derecho legal de reversión hasta la prescripción del mismo, derechos preexistentes, oponibilidad frente a terceros, trascendencia real de las causas legítimas de la reversión, la indemnización como sucedánea, etc.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

PAU PEDRÓN, A.. *Comentarios a la Ley de Agrupaciones de Interés Económico*
Editorial Tecnos, 1992.

Esta obra sobre la Ley de Propiedad Intelectual tiene tres opciones para ser calificada: obra como resultado «unitario» de la colaboración de varios autores, obra «colectiva» creada por la iniciativa de una persona y obra «compuesta». En la Comisión que formalizó el borrador del anteproyecto de Ley me opuse siempre a las definiciones que encerraban al intérprete y eliminaban la posibilidad de figuras nuevas difíciles de encuadrar en la definición adelantada. Pero —en una de las últimas Jornadas— se me advirtió que el criterio prevalente era el que mantenía el partido socialista, y yo que siempre he sido un liberal de derechas dejé de asistir a esa Comisión, y hubo alguien aficionado a las definiciones que fue nefasto.

Las dificultades de encuadramiento o calificación de la obra suponen auténticos obstáculos, pero más suponen todos los trabajos que la misma aglutina. Sé que el tema es «único», pero al ser varios los autores la labor del recensionista se complica, no ya sólo por citar a todos, sino para poder destacar la aportación de cada uno de ellos. Esto no significa crítica negativa hacia estas obras «conjuntas», pues el posible criterio unitario de interpretación se sustituye por el enriquecimiento de opiniones que revelan facetas nuevas o no contempladas. Siempre es importante —como en el presente caso— que exista un «coordinador» que marque las líneas generales a que ha de someterse el comentario o la aportación a la obra en conjunto.

Todo esto que estoy apuntando no son más que «luminarias o cohetes» para que no se note mi ignorancia sobre esta Ley de Agrupaciones de Interés Económico. Los nacimientos y las defunciones suelen tener unas fechas clarísimas no ya sólo del día y año, sino de la hora del suceso, alegre en un caso

y triste en otro. Bien, debo confesar que aunque la Ley haya nacido legalmente en la fecha que luego veremos y que para mí debo considerarla vinculante, sin poder alegar ignorancia, debo aclarar que nace en estos momentos en que me tomo la curiosidad de saber de qué vamos y adónde pretendemos llegar.

Juego con alguna ventaja, ya que en una revista (*Cinco Días*), en junio de 1991, se incluían diversos artículos —uno de ellos de PAU PEDRÓN— comentando la Ley 12/1991, de 29 de abril. Yo me los había leído, pero en esos caminos que había que recorrer para lograr una calificación registral que solucionase los temas planteados dejé marginados los temas que plantean la Agrupación Europea de Intereses Económicos. Esta especie de «salvavidas» me acerca al tema y me permite hacer un comentario que cumpla las normas del rigor recensionista.

Vamos ya con la publicación «colectiva» en la que diversos autores se distribuyen el comentario crítico de cada uno de los artículos de la Ley citada. Vamos a ver la forma en la que ofrecemos el contenido del trabajo.

La figura que centra los comentarios que forman la publicación recensionada supone una culminación de las necesidades de colaboración empresarial y profesional. Existía un Reglamento Comunitario de 25 de julio de 1985 del que únicamente tres de sus preceptos han tenido plena efectividad, pero ha servido para que los diferentes Estados miembros hayan iniciado el proceso de desarrollo del régimen jurídico de la agrupación. PAU PEDRÓN, en el artículo citado, al estudiar «La Agrupación Europea de Interés Económico» destaca su personalidad jurídica y la necesidad de su inscripción en el Registro Mercantil.

De los diversos grados de vinculación o integración de empresas, el autor citado señala el de la «cooperación» con diversas formas contractuales que respetan la independencia jurídica y económica de los contratantes (concesión mercantil, franquicia o *franchising*, licencia de marca, autorización o *agregation...*) y la «concentración» a través de los mecanismos de fusión, adquisición contractual de control, adquisición de participaciones sociales y formación contractual de grupo que afectan a la integridad jurídica o económica de las empresas. Señala igualmente cómo entre los dos fenómenos apuntados existe un intermedio o de tercer género en el que la vinculación empresarial, si bien respeta la identidad formal y operativa de las unidades integradas, crea un nuevo ente que a limitados efectos las agrupa o reúne. Es una cooperación institucionalizada (*consorzi*, del Derecho italiano; los agrupamientos complementarios de empresas, del Derecho portugués; los *groupements d'interés économique*, del Derecho francés, o las agrupaciones de empresas, del Derecho español).

Entiendo que esta breve puntualización tiene su complemento en el Prólogo de la obra, debido también a PAU PEDRÓN, donde señala que la misma abarca no sólo la regulación «española» a través de la Ley 12/1991, de 19 de abril, sino la «europea» de la figura abordando no sólo los conceptos, sino las cuestiones prácticas que plantea su configuración documental.

Por el orden de aparición en escena citamos a los diferentes autores que intervienen en la publicación: CÁNIDO PAZ-ARES se ocupa de los conceptos de la Agrupación como sociedad, personalidad jurídica, carácter mercantil y fuentes, así como lo referente a la responsabilidad y el tema del ánimo de lucro. ANTONIO PAU PEDRÓN —aparte de la coordinación— tiene a su cargo los temas de causa, finalidad y objeto de la Asociación, así como de los sujetos que pueden entrar a formar parte de la misma. Igualmente aborda el comentario del artículo que distingue las agrupaciones europeas y las nacionales.

JOSÉ DOMINGO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ tiene el desarrollo de dos puntos importantes: la denominación de las Agrupaciones con sus diferentes variantes y la inscripción de los Registros Mercantiles, examinando su carácter y sus efectos. Además comenta el tema de la transformación y sus efectos.

A ROBERTO BLANQUER UBEROS le corresponde el desarrollo y la exposición del tema del contenido de la escritura de constitución de la Asociación distinguiendo los requisitos fundamentales, los necesarios y la proyección de todo ello en torno a la eficacia de la misma, pues se examinan la nulidad, los supuestos de invalidación, las causas que los producen, la convalidación y la publicidad registral. Igualmente comenta lo referente a la extinción de la Agrupación y las consiguientes causas. FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ estudia lo referente a la forma de tomar los acuerdos, la convocatoria, la publicidad de la misma y la distribución de beneficios y pérdidas, con previo estudio del patrimonio.

GAUDENCIO ESTEBAN VELASCO se ocupa de los órganos sociales y concretamente de los administradores, su responsabilidad y el tema de la representación. Naturalmente que la materia comprende el nombramiento y cese, su publicidad, el ámbito del poder de representación y las causas y motivos, así como los efectos de la responsabilidad. JOAQUÍN TORRENTE Y GARCÍA DE LA MATA aborda dos materias, referente la primera a la separación de los socios y la pérdida de la condición de los mismos, así como el tema de la subsistencia de la Agrupación en los casos de quiebra, muerte o disolución de un socio o pérdida de esta condición. Comenta también el artículo que regula la modificación de la Agrupación a través de la fusión.

JOSÉ A. LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES prácticamente tiene a su cargo íntegramente el capítulo segundo de la obra —con una colaboración que luego apuntamos—. Los temas tratados son: régimen fiscal o impositivo comprensivo de un conjunto de normas de imposición estatal, autonómica y local. RICARDO BOLUFER NIETO se ocupa —dentro de esta materia impositiva— del delicado tema de la contabilidad diferenciada, así como son de su cargo el comentario de las disposiciones finales. La verdad es que en esta materia de disposiciones adicionales, transitorias, etc., intervienen, en las adicionales, JOSÉ A. LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES; en la transitoria, JOAQUÍN TORRENTE GARCÍA DE LA MATA, y en la derogatoria, el ya citado LÓPEZ-SANTACRUZ.

La obra se completa con unos textos prelegislativos y legislativos y, aparte de las consiguientes notas a pie de página, ofrece una abundante bibliografía.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

CHICO ORTIZ, JOSÉ MARÍA: *Seguridad jurídica y revisión crítica de los principios hipotecarios*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1994. Un tomo de 136 páginas.

Comentar una obra de JOSÉ MARÍA CHICO tiene la ventaja inicial de que el autor no necesita presentación. Sobran, pues, los detalles, circunstancias y elogios que otras veces es preciso buscar cuando el autor es novato o desconocido para interesar a los lectores en el libro que se trae a resumen.

JOSÉ MARÍA CHICO es sobradamente conocido, *laboris causa*, en los ámbitos jurídicos no sólo de España, sino de varios otros países, sobre todo en los hispanoamericanos. Precisamente este libro es ampliación del discurso que

pronunció en la Academia de Derecho Nacional y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina) en el acto de su recepción como académico y del que ya dimos noticia en esta REVISTA.

El tema central del trabajo es fijar el concepto de la seguridad jurídica, que tanto tiene que ver con el ámbito de la publicidad registral en que nos movemos y que el autor enfoca en su doble proyección de la seguridad del derecho y la seguridad del tráfico inmobiliario.

Después entra en el estudio de los principios hipotecarios, diciéndonos que al cabo de más de ciento treinta años de la inicial Ley Hipotecaria y al medio siglo de su reforma de 1944-46 habrá que ver si es preciso revisar alguno de sus aspectos.

Pero, vayamos por partes, empezando por un agudo Prólogo en el que, citando de entrada nada menos que a QUEVEDO, expone con la soltura que le es habitual el propósito que le ha llevado en su discurso. Pretende ver las cosas como son y como le gustaría que fuesen. Por ello dice que en su mundo jurídico todavía tienen vida propia conceptos, planteamientos e interpretaciones ajustados a la letra y al espíritu de la Ley; pero percibe desviaciones, malos entendidos, ataques y hasta crispaciones, que además de producirle tristezas le hacen aflorar nostalgias de otro tiempo, lamentando no poder salir a dar esa batalla que seguramente ya está perdida. Leyendo sus últimos trabajos, sobre todo los de urbanismo, se ve que está en pleno vigor para mantener sus ideas; véase como muestra esa diatriba contra la célebre «publicidad noticia» con la que alguna norma urbanística desafortunada quiere minusvalorar los efectos registrales.

Y ya entrando en el meollo de su discurso, trata de responder a la pregunta de si el sistema registral actual garantiza suficientemente la seguridad jurídica. Y lo hace resaltando, primero, la formulación de dicha seguridad, tal como la configurara la Ley Hipotecaria de 1861 en su conocida y certera Exposición de Motivos, y, luego, las distintas Constituciones que han regido en España; estas últimas han sido comentadas por varios autores que no se acaban de poner de acuerdo sobre el concepto y la naturaleza de la seguridad jurídica. Recoge la distinción entre seguridad del derecho y seguridad del tráfico que formulara el jurista alemán EHREMBERG y piensa que esa distinción cabe en la enumeración que del principio de seguridad hace el artículo 9.3 de la Constitución vigente: la seguridad del derecho reside en el poder judicial, y la seguridad del tráfico la proporciona la publicidad registral.

La segunda cuestión que se plantea es si debemos regresar al mundo de la forma abandonando el sistema actual de publicidad. Nos dice que el imperio de las formalidades ha concluido con los tiempos modernos, donde instituciones dotadas de una técnica superior proporcionan un mejor conocimiento a través de la publicidad. Trae a colación las conocidas opiniones de NÚÑEZ LAGOS y GONZÁLEZ PALOMINO, que levantaron la también conocida polémica sobre cuál es el verdadero objeto de la inscripción y el carácter del Registro, y, en consecuencia, la cuestión acerca de la exactitud y la integridad de sus asientos. JOSÉ MARÍA CHICO concluye aceptando la postura ortodoxa y afirma que lo que se inscribe es el derecho real, que la cláusula de inscripción destaca, que el Registro no sólo es exacto, sino también íntegro, y que la única seguridad del tráfico jurídico la ofrece la inscripción registral.

Y la tercera cuestión abordada en el discurso es la de si la publicidad y los principios que la rigen son suficientes en la forma en que actualmente se

conciben. Aquí JOSÉ MARÍA CHICO empieza estudiando los principios jurídicos en general, o sea, las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de una comunidad, como los definiera el profesor DE CASTRO, el cual les asignaba la triple función de informar y dar sentido a las normas, orientar la función interpretativa y ser verdadera fuente del Derecho en defecto de la Ley y costumbre.

Antes de estudiar los principios hipotecarios hace algunas precisiones que califica de necesarias en las que saca a relucir que la institución registral que en ellos se apoya, a pesar de haber transcurrido más de un siglo de su aplicación, sigue creciendo y penetrando en el espíritu del pueblo, que necesita seguridad para su propiedad. Y eso es porque ha sabido resolver todas las situaciones jurídicas que se le han planteado. Así, la propiedad que al principio accedió a los libros registrales era romana, plena y perpetua, y hoy, en cambio, estamos jugando al alimón con una propiedad «delimitada», con la multipropiedad y con una desgraciada propiedad «vacía de contenido» salida de la Ley del Suelo. El sentido social ha impuesto sus normas y también la institución registral ha brindado el apoyo de su publicidad para el logro de la seguridad jurídica de estas situaciones.

Con motivo de un número homenaje de esta REVISTA a don JERÓNIMO GONZÁLEZ, su fundador, por JOSÉ MARÍA CHICO se aportó un trabajo sobre las distintas posiciones doctrinales actuales respecto a la construcción dogmática que llevó a cabo en este campo el gran hipotecarista. Aquí sigue la línea de aquel estudio y lo completa repasando en una amplia exposición lo que se ha opinado sobre los principios hipotecarios por los distintos autores. La opinión de JOSÉ MARÍA CHICO, ya ampliamente proclamada en otros trabajos suyos anteriores, es otra vez más favorable a la existencia y utilidad de esos principios por el indudable valor que tienen los mismos no sólo para conocer el Derecho Hipotecario, sino para resolver los singulares casos que la realidad ofrece.

Como colofón de esta exposición general el autor estudia la situación actual de algunos de estos principios en especial, reflejando las desviaciones posteriores de que han sido objeto, sea por la legislación, la jurisprudencia o la doctrina.

Empezando por el principio de publicidad, recoge su formulación histórica y las etapas de su evolución, para después estudiar los ataques de que ha sido objeto: el intento doctrinal de la unificación de todos los Registros, la política del «gruñido y el zarpazo» que mantiene la legislación del suelo respecto al Registro, el avance sensacional del documento administrativo frente al notarial o al judicial. Todo ello lo critica en unión de otros supuestos de hecho que enturbian el desenvolvimiento de la publicidad registral.

Igual hace en relación con el principio de prioridad criticando diversas posturas, entre ellas la vacilante jurisprudencia hipotecaria sobre prioridad de los embargos, que ha originado bastante desorientación.

Respecto al principio de calificación, JOSÉ MARÍA CHICO adopta una postura crítica frente a opiniones que la consideran como un acto de jurisdicción voluntaria o que pretenden modificar el procedimiento y la esencia de los recursos, así como la tendencia a equiparar, a efectos de la calificación, los documentos administrativos con los judiciales.

En cuanto al tracto sucesivo, nos anuncia una crítica de las Resoluciones que no han considerado indispensable la previa constancia registral de los arrendamientos financieros para poder inscribir la compra hecha por el arrendatario en ejercicio del derecho de opción anejo

En definitiva, vemos que al autor, como nos dice en el Prólogo, se le antoja que no se ha entendido plenamente el principio de publicidad, que sigue habiendo vacilaciones en torno al principio de prioridad, que se ataca al tracto sucesivo con razones poco jurídicas y que el resto de los principios sufren también intentos destructivos.

Este es el resumen apresurado del libro. Su contenido quizá no sea extenso, pero sí de una gran intensidad y fondo, como corresponde al autor. Nuestra cordial enhorabuena por esa investidura académica de allende el Atlántico para JOSÉ MARÍA CHICO, con el deseo de que este prolífico autor siga trabajando y escribiendo por muchos años, pues tiene cuerda para rato.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

RUBIO GARRIDO, TOMÁS: *La propiedad horizontal y el mercado hipotecario (itinerario histórico y régimen vigente)*. Editorial Montecorvo. Un tomo de 508 páginas. Madrid, 1994.

La movilización de la propiedad inmueble gozó en tiempos de gran predicamento entre algunos autores, seducidos por el éxito que obtuvo en Australia el sistema registral del Acta Torrens. La ilusión se deshizo pronto, pues junto a la falaz panacea del título real que suponía tanto como llevar la tierra en el bolsillo, se manifestaron algunos inconvenientes jurídicos que dejaron al descubierto que el sistema sólo era válido para países sin colonizar.

Otra cosa muy distinta es la movilización del crédito territorial. Cuanto más se perfecciona y facilita la movilización de este crédito, mayores son las ventajas que proporciona. De ahí la extensión que toma cada vez la figura del mercado hipotecario.

Este libro que trata de mostrarnos cómo se ha pasado de unas garantías inmóviles y ancladas a las fincas a otros tipos que se mueven y transmiten con facilidad, ha sido escrito por TOMÁS RUBIO GARRIDO, Profesor Titular de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de Jerez de la Frontera. Afronta primero el itinerario histórico y pasa después a la normativa vigente, consiguiendo un estudio armónico y completo de la materia.

En las páginas introductorias ya distingue claramente el autor entre la movilización de la propiedad y la movilización del crédito que en ella se basa. Así, no admite el sentido genérico de movilización de la propiedad como el instrumento que consigue hacer objeto de cambio su valor, ni tampoco el que considera que la propiedad es objeto de negociación sin que su titularidad cambie de manos; considera mejor enfocada la acepción más restringida según la cual la movilización de la propiedad inmueble es el fenómeno por el que el valor extraído de la titularidad de una finca o de su garantía es objeto de negociación utilizando los medios más rápidos que se emplean normalmente con los bienes muebles.

El autor se pregunta cómo es posible que hasta hace poco no se hayan podido captar estas ventajas. La verdad es que hasta la Ley de 25 de marzo de 1981 no se ha generalizado entre nosotros esta posibilidad de «mover» los créditos, borrando los antiguos monopolios. Esta norma, completada y modificada por otras, dado el carácter económico-social y por tanto cambiante de la materia, ha iniciado para España un sistema que ya contaba con una aceptación muy numerosa en el Derecho comparado.

Pero no adelantemos acontecimientos, pues el libro empieza por los antecedentes. TOMÁS RUBIO, bajo el modesto título de breves apuntes, hace un amplio estudio de las figuras de garantía en Roma, para pasar después a los cambios de la propiedad vinculada en la baja Edad Media, apuntando la gran influencia que tuvieron las normas prohibitivas de la usura emanadas de la doctrina de la Iglesia católica, con esto quedaba de hecho impedida la circulación de la riqueza inmueble y se marginaban hasta el máximo los derechos de garantía de tipo clásico. Es entonces cuando brota pujante el censo consignativo, allá por el siglo xv. Dos siglos después aparece un duro forcejeo entre el sistema señorial y los grupos de comerciantes y financieros, y como resultado de esta lucha se suavizan las cerradas prohibiciones sobre la usura, dando lugar a que brotasen los préstamos hipotecarios.

En la segunda parte del libro el autor analiza los efectos de la revolución liberal sobre la movilización de la propiedad inmueble; ésta se inicia con las disposiciones desvinculadoras que acabaron imponiéndose pese a los frenazos ocasionados por los movimientos pendulares de la política española del siglo pasado; después siguieron las medidas reformadoras de la propiedad inmueble con el propósito de liberrar al propietario del yugo de usureros despiadados mediante la racionalización del interés.

RUBIO GARRIDO estudia los cambios que se operaron en aquella época para obtener mejores resultados en el crédito. Se abjura de las viejas fórmulas censales y aparece en toda su plenitud la hipoteca, que ya en adelante cobrará un protagonismo inusitado. Aunque en principio su regulación en los proyectos codificadores tropezó con los foralistas, ya sabemos que el obstáculo se salvó sacando la materia a la norma especial de la Ley Hipotecaria de 1861. Esto supuso un paso decisivo y sus reglas permanecen, aunque con algunos retoques posteriores.

El autor dedica un extenso estudio a la regulación de la hipoteca, empezando por clarificar su naturaleza jurídica; desentraña la esencia de este derecho y compara los conceptos de obligación real (*obligatio propter rem*), carga real y gravamen; también resalta el dato de que la hipoteca queda sustancialmente unida a la publicidad registral en cuanto que su inscripción es constitutiva, siendo fundamental el principio de especialidad. Esto revierte de modo decisivo en la seguridad del tráfico y en la protección de los terceros. Aquí se examinan las doctrinas formuladas al respecto y el autor llega a centradas conclusiones propias, estimando que el «mercado» de hipotecas que se crea es bastante tímido; en efecto, nos dice, los préstamos hipotecarios han de ser sólo a medio y largo plazo, pues han de ser restituidos gracias a los rendimientos que genere el propio inmueble hipotecado. La Ley de 1861 no recogió la hipoteca del propietario ni la posibilidad de que el contrato se documentase en una o varias cédulas, billetes o escrituras que pudieran transmitirse por endoso; como portillo válido sólo se acepta y regula la cesión del crédito hipotecario, hecha en escritura e inscrita en el Registro; este último requisito, dice RUBIO, es normal, pues si la inscripción es constitutiva para el nacimiento de la hipoteca, también debe serlo para el cambio de su titular.

También se estudia con amplitud la subhipoteca, ya que la posibilidad de dar en garantía un crédito basado en una hipoteca anterior tiene enorme importancia para el fenómeno de la movilización. El objeto hipotecado no es el anterior derecho de hipoteca, como parece desprenderse a primera vista del propio término subhipoteca; se puede opinar que se trata de una cesión peculiar del crédito hipotecario o de una subrogación pactada para el ejercicio de

las acciones judiciales o una nueva hipoteca sobre la finca ya hipotecada. El autor considera que estas construcciones son un tanto alambicadas y debe considerarse la posibilidad de forjar un derecho real que tenga por objeto otro derecho, *mera res incorporalis*; la subhipoteca, dice, nace por el mecanismo clásico de la sucesión constitutiva, es decir, que nace ahora, pero derivando de una titularidad más amplia preexistente.

Tanto la cesión de créditos como la subhipoteca tenía graves inconvenientes a juicio del autor. La primera sólo era una transferencia del valor del inmueble, pero no permitía negociar con tal valor, y la subhipoteca carecía de una regulación nítida y llenaba de incertidumbre al acreedor. De ahí los intentos que se reflejaron en la hipoteca en garantía de títulos valores y en la nacionalización del crédito territorial. La Ley de 2 de diciembre de 1872 crea el Banco Hipotecario de España, algunos de cuyos artículos han sido tachados por reciente sentencia del Tribunal Constitucional. Esta Ley supuso entonces un avance en el tema en cuanto que se permitía a la entidad naciente la emisión de cédulas hipotecarias u otras obligaciones hasta un importe máximo equivalente al de los préstamos concedidos a los particulares. Aunque el Código de Comercio de 1885 reguló las compañías o bancos de crédito territorial, persistió el privilegio del Banco Hipotecario de España sobre las cédulas, y tales compañías ni llegaron a crearse. A los cuatro años aparece el Código Civil, que tampoco supone una alteración fundamental en la regulación existente, como no lo fueron los sucesivos textos de la Ley Hipotecaria de 1909 y 1944-1946.

En la tercera parte del libro se estudia la movilización a partir de la Ley del Mercado Hipotecario de 1981, la cual ha venido a proporcionar las bases suficientes para liberalizar y agilizar el crédito hipotecario, perfilándose más en otras disposiciones posteriores. Porque, como nos dice RUBIO GARRIDO, nos encontramos ante una normativa interdisciplinar; el legislador pretende resolver un problema empírico y global y, por ello, en el mercado hipotecario se entrecruzan múltiples aspectos mercantiles, administrativos, económicos o procesales. En una amplísima nota, que debe ir al pie, pero ocupa cinco páginas, el autor nos muestra *ad exemplum* los puntos de conexión con el Derecho Mercantil.

Tras analizar el concepto que del mercado hipotecario da su Reglamento de 1982, se estudian los principios generales y características, relacionando las entidades que pueden participar con detalle de sus operaciones. A continuación se contemplan de modo amplio las cédulas hipotecarias, con su concepto, reglas, límites y procedimiento para su emisión, requisitos de los títulos, su transmisión y derechos de los titulares, así como garantías.

También son objeto de estudio especial los bonos hipotecarios, que como es sabido son títulos valores que incorporan un derecho de crédito contra el emisor. A diferencia de las cédulas, la emisión de bonos exige los dos requisitos formales de la escritura y la inscripción en el Registro Mercantil. Se detallan en el libro las restantes reglas de la emisión, la regulación del sindicato de tenedores, así como la garantía de los bonos que consiste básicamente en la hipoteca o la subhipoteca; también se estudia la transmisión de los bonos y derechos de los bonistas.

En el libro también se incluye la figura nueva de las llamadas participaciones hipotecarias que incorporan los derechos que el emisor, participante en el mercado hipotecario, transmite a su titular sobre un crédito hipotecario en cartera. La participación otorga unos derechos de contenido económico, que son aquellos que en cada caso concreto se pactan entre las partes y que apa-

recen recogidos en el título. La Ley, en este caso, confiere unas acciones al titular de la participación frente al emisor y, en último término, frente al deudor hipotecario del crédito participado.

El autor nos dice que de los títulos anteriores las cédulas han perdido su esplendor al desaparecer su favorable trato fiscal; el bono nació ya muerto y la participación presentaba rigideces, como su forzosa conexión con un crédito hipotecario y consiguiente configuración como mera cesión de créditos.

El último grito en la materia, por el momento, es el llamado bono de titulización hipotecaria, aparecido en la reforma del Reglamento del Mercado hecha en 1991 y en la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre régimen de sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulización hipotecaria. Se crean sociedades filiales de las entidades financieras y unos fondos de titulización que agrupan carteras de participación provenientes de las entidades que operan en el mercado hipotecario; este grupo de participaciones es gestionado por la sociedad filial y vendido en fracciones homogéneas a los inversores particulares, que se convierten en copropietarios del fondo

En resumen, se reconoce que el préstamo con garantía hipotecaria ha sido el instrumento que ha permitido a los propietarios de bienes inmuebles movilizar el valor de éstos; el crédito hipotecario ofrece al prestamista la garantía y la seguridad necesarias que requiere un préstamo a largo plazo, como suele ser el préstamo hipotecario. La confianza que este crédito ofrece descansa en la institución del Registro de la Propiedad.

Para terminar, diremos que el libro encierra una gran riqueza de matices doctrinales y un completo comentario de las normas. Nos parece una obra importante y su acierto es indudable al enfocar el tema desde los antecedentes para llegar a la construcción actual, logrando una exposición y unas conclusiones muy valiosas.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS
Registrador de la Propiedad

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núms. 601-602 (Octubre-Noviembre 1994)

- «Normativa y teoría del contrato en Ossorio y Gallardo (comentarios críticos al Anteproyecto de Código Civil para Bolivia)», por JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ VAL, pág. 10705.
- «Residuos industriales: aspectos jurídicos de un problema irresoluto», por RAFAEL MANZANA LAGUARDA, pág. 10715.
- «La nueva normativa sobre la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios», por CARLOS SALINAS ADELANTADO, pág. 10735.
- «Los certificados de saldo y el documento fehaciente del artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: algunos aspectos», por ANTONIO JORGE SERRA MALLOL, pág. 10761.
- «La fianza en los arrendamientos urbanos», por JOSÉ VICENTE SÁNCHEZ-TARAZAGA MARCELINO, pág. 10787.
- «La suspensión del juicio oral por incomparecencia de testigos como crisis del proceso penal», por AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA, pág. 10801
- «El Tratado de Maastricht. Un intento de análisis constitucional», por JOAKIM NERGELIUS, pág. 10839

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

(Octubre 1994)

- «*Im memoriam* Antonio Hernández Gil», por RAMÓN LÓPEZ VILAS, págs. 823-826.
- «Reflexiones sobre la caracterización jurídica del contrato de garaje», por RAFAEL IGNACIO HERRADA ROMERO, págs. 827-873.
- «La competencia en materia civil de la Generalidad de Cataluña», por SUSANA NAVAS NAVARRO, págs. 874-900.

ACTUALIDAD CIVIL

Núm. 39 (1994)

- «Problemática de la eficacia en el orden civil de las resoluciones matrimoniales canónicas en el Derecho español», por AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA.

Núm. 40 (1994)

«La protección jurídica del programa de ordenador (Ley 16/1993)», por TOMÁS MUÑOZ ROJAS.

Núm. 41 (1994)

«Algunas reflexiones acerca del artículo 17.1 del Código Civil», por ISABEL ESPÍN ALBA.

Núm. 42 (1994)

«El régimen jurídico de la sociedad anónima cotizada en Bolsa de Valores», por ENRIQUE CACHÓN BLANCO.

Núm. 43 (1994)

«El recurso de casación civil para unificación de doctrina según el Proyecto de Ley de Arrendamientos Urbanos», por SANTIAGO ORTIZ NAVACERRADA.

Núm. 44 (1994)

«Revisión jurisprudencial en torno a la figura de la pensión por desequilibrio económico: tendencia a su concesión con carácter temporal», por HERMINIA CAMPUZANO TOMÉ

Núm. 45 (1994)

«Precisiones complementarias para la aplicación del Derecho Civil gallego a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional», por JOSÉ M.^a PEÑA LÓPEZ.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Núm. 140 (Octubre-Noviembre-Diciembre 1994)

«Las áreas metropolitanas entre la esperanza y la aporía», por ALFONSO PÉREZ MORENO, pág. 13.

- «El área metropolitana de Sevilla. Un apunte sobre su formación y tratamiento jurídico», por FRANCISCO LÓPEZ MENUDO, pág. 39
- «Las competencias de las entidades metropolitanas en el Derecho español», por MARÍA DE LA CONCEPCIÓN BARRERO RODRÍGUEZ, pág. 67.
- «La licencia de parcelación en la Ley Valenciana sobre Suelo no Urbanizable», por ANTONIO T. VERDÚ MIRA y EMILIO M. JORDÁN CASES, pág. 95
- «La ocupación directa de terrenos para dotaciones urbanísticas», por ANTONIO FERNÁNDEZ CANO, pág. 141.

REVISTA DE ESTUDIOS POLITICOS

Núm. 84 (Abril-Junio 1994)

- «El papel del Parlamento durante la consolidación de la democracia y después», por JULIÁN SANTAMARÍA, pág. 9.
- «El nuevo Ordenamiento constitucional del Perú: Aproximación a la Constitución de 1993», por FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, pág. 27.
- «La reforma constitucional en Alemania: entre ética y seguridad jurídica», por ERHARD DENNINGER, pág. 69.
- «Los enfoques postmodernistas frente a las ambigüedades de la democracia y el desarrollo», por H. C. F. MANSILLA, pág. 79.
- «El poder de la ausencia», por JAVIER ROIZ, pág. 113.
- «El sueño de Nabucodonosor. Religión y política en la monarquía católica a mediados del siglo XVII», por JULIÁN VIEJO YHARRASSARRY, pág. 145.
- «Chiapas: El escenario de una rebelión», por HÉCTOR FIX FIERRO y JACQUELINE MARTÍNEZ URIARTE, pág. 165.
- «Garantías para la protección de derechos en la Constitución colombiana de 1991: especial referencia a la acción de tutela», por ANGELA FIGUERUELO BURRIEZA, pág. 181.
- «Los representantes y el derecho de participación en el Ordenamiento jurídico español», por ANGEL MANUEL ABELLÁN, pág. 199.
- «Aproximación al conservadurismo británico contemporáneo. Michael Joseph Oakeshott y Roger Scruton», por ALBERT OLIET PALA, pág. 217.
- «En torno a la protección de los datos personales automatizados», por CARLOS RUIZ MIGUEL, pág. 237.
- «El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», por ENCARNACIÓN CARMONA CUENCA, pág. 265.
- «La teoría postempirista de la democracia de Danilo Zolo: Una aproximación», por JOSEP MARÍA FELIP I SARDÁ y JOAQUÍN MARTÍN CUBAS, pág. 287.

Núm. 85 (Julio-Septiembre 1994)

- «Jurisdicción y política: Viejas preguntas al hilo del caso italiano», por MASSIMO MORISI, pág. 9.
- «Las relaciones entre los Estados Unidos y Francia en 1940: La misión secreta de René de Chambrun», por ANTONELLA ERCOLANI, pág. 37.

- «Las ponencias en el procedimiento legislativo», por ANGEL LUIS ALONSO DE ANTONIO, pág. 85.
- «Clase media y bloque de poder en la España de la Restauración», por JUAN FRANCISCO FUENTES, pág. 121.
- «Integración europea y sistemas de partidos en el sur de Europa: Despolarización y convergencia», por BERTA ALVAREZ-MIRANDA NAVARRO, pág. 143.
- «El bloque quebequés: Un caso específico de partido de ámbito no estatal», por JOAQUÍN M. MOLÍNS LÓPEZ-RODÓ y JOSEP SORT Y JANÉ, pág. 169.
- «Factores de éxito en la resolución de dilemas sociales (Una aplicación a partir de la teoría de los juegos repetidos)», por XAVIER BALLART, pág. 181.
- «Caracteres fundamentales de la nueva Constitución rumana de diciembre de 1991», por CARLOS FLORES JUBERIAS, pág. 197.
- «Del ideal socialista a la teoría del socialismo», por ANDRÉS DE FRANCISCO, pág. 235.
- «El concepto de libertad de información a partir de su distinción de la libertad de expresión», por RAFAEL BUSTOS GISBERT, pág. 261.
- «Consociacionalismo y democracia directa en Suiza. El referéndum sobre la adhesión al Espacio Económico Europeo», por EVA ANDUIZA PEREA, pág. 291.
- «Ley electoral y sistema de partidos en España», por J. MARIO BILBAO ARRESE, pág. 313.

REVISTA JURIDICA DE NAVARRA

Núm. 16 (Julio-Diciembre 1993)

- «Acción exterior y Comunidades Autónomas. Una reflexión constitucional», por FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, pág. 9.
- «La comunicación foral como régimen supletorio en la Ley del Parlamento Vasco», por GABRIEL GARCÍA CANTERO, pág. 45.
- «Sobre los artículos 149.1 y 150.2 de la Constitución», por JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, pág. 61.
- «La nueva responsabilidad civil de los centros docentes en el Código Civil español», por PEDRO ZELAYA ETXEGARAY, pág. 87.
- «Competencias de Navarra en materia de tráfico», por MIGUEL JOSÉ IZU BELLOSO, pág. 109.
- «Conflicto interadministrativo en la expropiación urgente: Incomparecencia del Alcalde al levantamiento de acta previa a la ocupación», por JOSÉ ANTONIO RAZQUIN LIZARRAGA, pág. 127.
- «El derecho de abolitorio o de la saca en la jurisprudencia», por AURORA LÓPEZ AZCONA, pág. 137.
- «La Ley Foral 7/89 de medidas de intervención en materia de suelo y vivienda, tras la aprobación del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana», por JESÚS M.^o RAMÍREZ SÁNCHEZ, pág. 177.
- «Dos cuestiones que inciden en el Registro Fiscal de la Riqueza Urbana y en la Contribución Territorial Urbana», por FRANCISCO JAVIER CIRIA PÉREZ, pág. 189.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Núm. 3 (1994)

- «Publicidad directa y competencia desleal», por ANXO TATO PLAZA, pág. 573.
- «El régimen sancionador de la Ley de Costas», por RAMÓN TORRES ESTRADA, pág. 613.
- «La regulación de los horarios comerciales», por DANIEL BEUNZA IBÁÑEZ y CÉSAR SANZ PÉREZ, pág. 633

Núm. 4 (1994)

- «La prescripció en el Dret administratiu sancionador: límit temporal a l'exercici de la potestat i forma d'extinció de la responsabilitat administrativa sancionadora», por VICENÇ AGUADO Y CUDOLA, pág. 877.
- «El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado (discurso de ingreso)», por ALEGRÍA BORRÁS, pág. 915.
- «Contestació», por ENCARNA ROCA I TRIAS, pág. 969.
- «Els drets dels estrangers: especial referència a l'entrada y permanència en territori espanyol», por JORDI FREIXES I MONTES, pág. 993.
- «Datos biológicos y adopción», por TERESA LEMA DÍAZ, pág. 999.
- «Fiscalidad de algunas cesiones entre cónyuges El artículo 23 de la Compilación», por ANTONIO CARMELO AGUSTÍN TORRES, pág. 1009.

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Núm. 191 (Enero-Junio 1992)

- «Cuestiones teórico-prácticas de la simulación», por DANIEL PEÑAILILLO ARÉVALO, pág. 7.
- «Conductas sancionadoras en el artículo 98.10 del Código Tributario», por ABUNDIO PÉREZ RODRÍGUEZ, pág. 29.
- «El federalismo en Chile», por JORGE MARIO QUINZIO FIGUEIREDO, pág. 47.
- «La centralización administrativa, ¿un sistema obsoleto?», por TARCISIO OVIEDO SOTA, pág. 77.
- «Algunas reflexiones acerca del Derecho Internacional Ambiental en la actualidad», por SAMUEL DURÁN BACHLER, pág. 87.
- «Hacia el reemplazo de la forma jurídica de Estado: La unitaria por la regional», por HERNÁN MOLINA GUAITA, pág. 99.
- «Principios generales del Derecho Internacional Ambiental», por RAIMUNDO GONZÁLEZ ANINAT, pág. 105.
- «El Derecho forestal y el medio ambiente», por MARIO PUCHEU MUÑOZ, pág. 133.
- «La relación entre Derecho Internacional Público y Privado en Andrés Bello», por el Dr. JURGEN SAMTLEBEN, pág. 145.

«Los escritos del proceso y su firma. (Comentario respecto de sentencias contradictorias)», por JULIO SALAS VIVALDI, pág. 155.

Núm. 192 (Julio-Diciembre 1992)

- «El mar presencial. Un nuevo concepto unificador del Derecho Internacional del Mar», por ALMIRANTE JORGE MARTÍNEZ BUSCH, pág. 7.
- «Un nuevo proyecto de tribunales administrativos», por TARCISIO OVIEDO SOTO, pág. 25.
- «No hay comunidad en materia minera», por RENÉ RAMOS PAZOS, pág. 41.
- «El principio de la biteralidad en la terminación del contrato individual del trabajo», por PABLO SAAVEDRA BELMAR, pág. 47.
- «Obligación legal de escriturar el contrato de trabajo de empleada de casa particular y facultades de la autoridad administrativa para fiscalizar el cumplimiento de la misma», por GONZALO TRONCOSO BAZÁN, pág. 57.
- «La doble imposición internacional», por SERGIO JARPA FERNÁNDEZ, pág. 61.
- «No se puede salvar el planeta en una rápida y única conferencia», por EDUARDO JURI SANTIBÁÑEZ, pág. 69.
- «La nueva responsabilidad civil de los centros docentes en el Código Civil español», por PEDRO ZELAYA ETXEGARAY, pág. 99.
- «El ensayo federal chileno», por JORGE MARIO QUINZIO FIGUEIREDO, pág. 127.
- «Orígenes del presidencialismo en Chile. Algunas notas sobre los ensayos constitucionales», por FRANCISCO OCTAVIO ZÚNIGA URBINA, pág. 151.
- «Admisibilidad y efectos jurídicos del embargo y la enajenación forzada de la cuota de interés del socio de una sociedad comercial de personas», por CARLOS ALVAREZ CID y MARIO FELIPE ROJAS SEPÚLVEDA, pág. 167.

REVISTA DE DERECHO Y REFORMA AGRARIA DE LA UNIVERSIDAD DE LOS ANDES

Núm. 25

- «La agricultura y la cuestión agraria en los caminos del Descubrimiento», por RAMÓN VICENTE CASANOVA, pág. 11.
- «El Neoliberalismo: La nueva derecha. Apertura, privatización, intervención del Estado, capitalización salvaje», por OTTO MORALES BENÍTEZ, pág. 55.
- «Proyección del dominio hídrico dentro del Derecho Agrario», por LUIS GÓMEZ CERMEÑO, pág. 97.
- «El marco conceptual del Derecho Agrario en Iberoamérica», por PEDRO MORAL LÓPEZ, pág. 133.
- «Encuentro Mundial de Derecho Agrario», por RODOLFO RICARDO CABRERA, pág. 161.
- «Chiapas o la reactualización de la Reforma Agraria en América Latina», por JOSÉ ROJAS LÓPEZ, pág. 177.
- «Universalidad y singularidad. Alternativas del Proceso de Participación de Fundos o Predios Rústicos», por ALI JOSE VENTURINI V., pág. 185.

- «Formación histórica del Sistema Cañamelero Merideño (1600-1989)», por NIRIA SUÁREZ DE PAREDES, pág. 191.
- «La agricultura en Venezuela: Urgencia de una planificación para su desarrollo integral», por ANGEL INFANTE C. y ZULAY CONTRERAS, pág. 207.
- «Contribución de los bosques al desarrollo de la agricultura», por ANÍBAL LUNA LUGO, pág. 215.
- «La extensión agraria: Problemas y perspectivas», por CÁNDIDO A. PAREDES, pág. 221.

NOTICIAS DE LA UNION EUROPEA

Núm. 117 (Octubre 1994)

- «El nombramiento de los miembros del Comité de Regiones: el caso español», por ARACELI MANGAS MARTÍN, pág. 11.
- «La relación entre los Ordenamientos penales de los Estados miembros y del Derecho propio de la Comunidad», por ENRIQUE RUIZ VADILLO, pág. 19.
- «La repercusión del Derecho Comunitario sobre la devolución de ingresos indebidos», por MARÍA JOSÉ FERNÁNDEZ PAVÉS, pág. 35.
- «La protección fiscal del medio ambiente en la Comunidad Europea a la luz de la Constitución», por PEDRO MANUEL HERRERA MOLINA y FERNANDO SERRANO ANTÓN, pág. 47.
- «El mercado único de valores: especial referencia a la Directiva sobre Servicios de Inversión y a la Directiva sobre Adecuación de Capital. Algunas implicaciones para España», por ANTONIO HERNÁNDEZ GARCÍA, pág. 61.
- «La injerencia inversa en la Europa de los noventa: Su tratamiento en la Directiva Comunitaria sobre protección de los programas de ordenador», por ENRIQUE FERNÁNDEZ MASIA, pág. 87.
- «De nuevo sobre la doctrina AETR: la naturaleza jurídica de la competencia comunitaria en materia de relaciones exteriores», por LUIS NORBERTO GONZÁLEZ ALONSO, pág. 93.
- «La Europa social y el mercado único», por MARTA MEGADÁN DÍAZ, pág. 103.

Núm. 118 (Noviembre 1994)

- «Tribunal Constitucional y Derecho Comunitario», por MIGUEL RODRÍGUEZ-PINEIRO y BRAVO FERRER, pág. 9.
- «La primera Sentencia del Tribunal Constitucional sobre competencia para la ejecución administrativa del Derecho Comunitario: la Sentencia 252/1988, de 20 de diciembre, sobre comercio intracomunitario y control sanitario de productos cárnicos», por MARTÍN BASSOLS COMA, pág. 15.
- «La remisión de información por parte de las autoridades españolas a las instituciones comunitarias», por LLUIS CASES PALLARÉS, pág. 23.
- «Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992 sobre el Tratado de la Unión Europea», por JORGE CARDONA LLORENS, pág. 27.
- «Las relaciones financieras España-Comunidades Europeas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», por JUAN CARLOS GRACIANO REGALADO, pág. 37.

- «El Tribunal Constitucional y la garantía de la aplicación del Derecho Comunitario por los poderes públicos nacionales», por MANUEL DESANTES REAL, pág. 43.
- «Notas sobre la Sentencia 64/1991, de 20 de marzo (asunto APESCO)», por ANTONIO JIMÉNEZ-BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ, pág. 55
- «Ayudas comunitarias y distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas», por LUIS SÁNCHEZ SERRANO, pág. 71.
- «Recurso de amparo (art. 24 Const.) e integración del Derecho Europeo», por JUAN MANUEL TRAYTER, pág. 87.
- «La ejecución del Derecho Comunitario por las Comunidades Autónomas», por GERMÁN VALENCIA MARTÍN, pág. 97.

