REVISTA CRITICA

DE

DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXX ° Mayo-Junio 1994 ° Núm. 622

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

J. SAN JOSE, S. A.—Leganitos, 24.—28013 Madrid

SUMARIO

Págs

ESTUDIOS

«El concepto "perjuicio" en la deuda solidaria y su extensión al conjunto de deudores solidarios», por FRANCISCO JOSÉ BARBANCHO TOVILLAS 867

«La transmisión *inter vivos* del contrato de arrendamiento de vivienda en el Proyecto de Ley de Arrendamientos Urbanos de 28 de diciembre de 1992», por JUAN FRANCISCO ESCUDERO ESPINOSA 1001

«La protección registral al consumidor y la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 1993», por JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE 1023

«La sucesión *iure transmissionis,* el concurso de delaciones en un mismo heredero y el impuesto de sucesiones», por ANTONIO MONTSERRAT VALERO 1037

«Sentido histórico de la indignidad para suceder», por MARÍA JOSÉ MENA-BERNAL ESCOBAR 1071

«Reproducción de la obra plástica propiedad de museos y colecciones privadas», por FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ 1149

«Breve análisis de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», por JOSÉ MANUEL HERNÁNDEZ ANTOLÍN 1199

DICTAMENES Y NOTAS

«En recuerdo emocionado del Profesor Julio R. Bardallo», por JOSÉ M.ª CHICO Y ORTIZ 1249

«La legítima formal aragonesa, la preterición y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de septiembre de 1993», por ELENA BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA 1253

«Las subastas hipotecarias y los arrendamientos», por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA 1293

Págs

ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por La Redacción 1299

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por Francisco Corral Dueñas 1309
II. Resoluciones de la Dirección General, por Pilar Palazón Valentín 1323
III Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Derecho Civil:

a) Derechos reales, por Francisco Castro Lucini 1361
b) Obligaciones y contratos, por José Quesada Segura 1363
c) Arrendamientos, por Catalino Ramírez Ramírez 1372

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

«Le Notaire français et le Notaire suisse face a l'Europe», de Thierry Colin, por José M. Piñol Aguadé 1381
«Law of desire: Temporary marryage in Iran», de Shahla Haeri, por José M. Piñol Aguadé 1382
«El derecho del Mercado Financiero», de Juan Fernández-Armesto y Luis de Carlos Beltrán, por Manuel Casero Mejías 1384
«Tratado de Derecho Industrial», de H. Baylos Corroza, por José M.ª Chico y Ortiz 1390
«En torno a la naturaleza jurídica del embargo», de Juan Sarmiento Ramos, por Elena Múgica Alcorta 1392
«La propiedad inmueble y el Registro de la Propiedad en las sociedades antiguas», de Luis Fernández del Pozo, por José M. Piñol Aguade 1396
«El sistema de compensación urbanística», de Pedro del Pozo Carrascosa, por Jose María Corral Gijón 1398
«Derecho registral inmobiliario (Para iniciación y uso de universitarios)», de Antonio Manzano Solano, por Francisco Corral Dueñas 1401
«Principios de Derecho Civil. Tomo III. Contratos», de Carlos Lasarte Alvarez, por Francisco Corral Dueñas 1403

REVISTA DE REVISTAS, por La Redacción 1407

ESTUDIOS

El concepto «perjuicio» en la deuda solidaria y su extensión al conjunto de deudores solidarios

PRIMERA PARTE. LA TOTALIDAD E INTEGRIDAD EN LA DEUDA SOLIDARIA COMO ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL CONCEPTO «PERJUICIO». EXEGESIS DEL PARRAFO SEGUNDO DEL ARTICULO 1.141 DEL CODIGO CIVIL

CAPITULO PRIMERO. La totalidad e integridad en la deuda solidaria como elementos configuradores del concepto «perjuicio». Exégesis del párrafo segundo del artículo 1.141

1. INTRODUCCION

1.1. La legitimación activa por la totalidad del crédito

La cotitularidad en el crédito solidario supone que cada uno de los acreedores ejerce una *titularidad* sobre la totalidad e integridad del crédito (1). Esta característica es el principio informador que con mejor criterio identifica a la titularidad activa. A su vez, que la titularidad en el crédito se ejerza sobre la *totalidad e integridad* de la deuda nos proporciona sus dos elementos configuradores:

---

(1) La idea de *totalidad e integridad* en el ejercicio de la titularidad en el crédito viene proporcionado por los artículos 1.137 *in fine,* 1.144 del Código Civil. Además, es la idea de la que participan los Códigos Civiles italiano, francés y la totalidad de los Ordenamientos jurídicos hispanoamericanos. Por último, debe recordarse que este elemento configurador de la titularidad activa era mantenido por el Derecho romano (D 45, 2, 3 (1)) y que tanto en el derecho intermedio como los autores Precodificadores franceses, como nuestro derecho histórico así lo habían entendido.

a) La legitimación activa por la totalidad e integridad del crédito y, por supuesto, ejercitable por cualquiera de los cotitulares (arg. *ex* 1.137 *in fine,* 1144 del Código Civil).
b) El poder de disposición sobre la relación obligatoria (arg. *ex* art. 1.143, 1.° Código Civil).

En cuanto a la reclamación de la deuda supondrá que cualquier acreedor solidario tendrá la *legitimación activa* para reclamar la *totalidad* de la deuda de cualquiera de los codeudores solidarios (arg. *ex* art. 1.144 «El acreedor podrá dirigirse contra cualquiera...» y el art. 1.137 «derecho a pedir... íntegramente»). Esta *legitimación activa* supondrá, a *sensu contrario,* que en ningún caso pueda *limitarse* su ejercicio por acto del deudor solidario reclamado, aunque sí, en cambio, por acto de otro codeudor (arg. *ex* art. 1.142 del Código Civil «El deudor puede pagar la deuda a cualquiera de los acreedores...»).

Por último, la legitimación activa también concederá la posibilidad de que cualquier acreedor pueda *recibir íntegramente el contenido de la obligación.* Esta posibilidad viene perfectamente admitida por el propio ejercicio de la legitimación por la *totalidad* (2).

En cuanto al *poder de disposición* del acreedor éste se identifica igualmente con los principios de *totalidad e integridad* que informan la titularidad activa.

El poder de disposición de cada acreedor solidario se manifiesta en el artículo 1.143 del Código Civil («... hechas por cualquiera de los acreedores solidarios»). El precepto somete la integridad de la obligación (existencia) a la *voluntad de cualquiera de los acreedores solidarios* pudiendo extinguir la obligación por acción realizada frente a un único deudor solidario pero con efectos frente a todos (arg. *ex* art. 1.141, 2.°, 1.143 del Código Civil). El ejercicio de esta titularidad activa en la obligación solidaria nos introduce en el análisis de la forma como deben operar las causas extintivas que recoge el artículo 1.156 del Código Civil. La cuestión se podría plantear de la siguiente forma:

¿Cualquier acto de extinción realizado por el acreedor, en el ejercicio de la titularidad activa, produce efectos frente al resto de los coacreedores?

---

(2) Aunque aquí únicamente estamos sentando los principios generales no podemos olvidar que el derecho de percibir la totalidad de la prestación contará con la excepción del propio artículo 1.142 del Código Civil. Cuando uno de los acreedores se anticipe y reclame en primer lugar la totalidad del crédito tendrá sus consecuencias en el resto de los codeudores y coacreedores. Aquellos únicamente podrán pagar al acreedor que fue diligente en la reclamación, y para los segundos también se provocará la imposibilidad de ejercer su *ius electionis*

Esta solución tenía ya su enunciado en el propio Digesto 45, 2, 16.

O al contrario, ¿el artículo 1.141, 1.º del Código Civil se formula como límite al ejercicio de la titularidad activa?

El artículo 1.141, 1.º parece *limitar* las acciones, poder de disposición, de cualquier acreedor a que éstas tengan un resultado *positivo* para el resto de los coacreedores («cada uno de los acreedores solidarios puede hacer lo que sea útil a los demás, pero no lo que sea perjudicial» (3).

Aparecen de esta forma incorporados al texto del Código Civil dos normas que contienen soluciones diferentes:

1. La limitación del perjuicio (únicamente beneficio) del artículo 1.141 del Código Civil. Principio de limitación del perjuicio que contrasta con la *extensión* del mismo en la titularidad pasiva *(«... perjudicarán a todos éstos»).*
2. Extensión del perjuicio al conjunto de los coacreedores por el acto de extinción de la obligación *(«la novación, compensación, confusión o remisión de la deuda»)* realizado frente a uno de los deudores solidarios.

Esta doble solución podría ser reconducida, a su vez, a una doble concepción los actos realizados por el acreedor solidario:

---

(3) El artículo 1.141, 1.º del Código Civil carece de antecedentes inmediatos en la Codificación española. Algunos autores, MARTIN PÉREZ en SCAEVOLA, *op cit.*, t. XIX, 2.ª ed., pág. 840, MANRESA, *Comentarios, op. cit.*, t VIII, pág. 190, Lasso GAITE: *Crónica de la Codificación española. Codificación civil (génesis e historia del Código).* Ministerio de Justicia, Madrid, 1970, pág. 660, citan como antecedente el artículo 1 059 del Proyecto de 1851, el artículo 1.198 de LAURENT, y los artículos 1.198, 1.199, 1.206 y 1 207 del Code.

Por nuestra parte, no entendemos la razón por la que se cita el artículo 1 059 del Proyecto de 1851 ya que este precepto estaba destinado especialmente a la prescripción («cualquier acto que interrumpa la prescripción en favor de uno de los acreedores, o en contra de uno de los deudores mancomunados (léase mancomunados) aprovecha o perjudica a los demás») En cambio, el artículo 1.198 del Avant-Projet de LAURENT disponía que: «Les céanciers solidaires sont associés pour le bénéfice de l'obligation; chacun d'eux a mandat de faire tout ce qui est avantageux aux autres, il ne peut rien faire qui pourrait leur être préjudiciable». De la misma forma, tampoco parece que sea el precedente del artículo 1 141, 1.º pues atiende que en la solidaridad activa existe un mandato entre los coacreedores El mandato es idea ajena, por otra parte, al concepto de solidaridad activa en nuestro Código Civil. Sí, en cambio, tiene una semejanza con el artículo 707 del Código Civil argentino (aprobado por la Ley núm. 340 de 29 de septiembre de 1869): «la novación, compensación, confusión o remisión de la deuda, hecha por cualquiera de los acreedores, y con cualquiera de los deudores, extingue la obligación» (Fuente: DOVA DE ZAVALIA: *Código Civil de la República Argentina* (notas de VÉLEZ SARSFIELD), Buenos Aires, 1984

Especial importancia tendrá el diferente tratamiento que del poder de disposición del crédito efectúan los Códigos Civiles de Francia e Italia Este diferente tratamiento nos llevará a sostener la peculiaridad de la regulación de nuestro Ordenamiento (véase la evolución histórico-legislativa de la idea de perjuicio en el título I de esta tesis)

1. «ACTO UTIL» (arg. *ex* art. 1.141, 1.º del Código Civil).
2. «ACTO PERJUICIO» (arg. *ex* art. 1.143 del Código Civil).

¿Quid de esta posible contradicción? A nuestro entender el legislador español ha sufrido las consecuencias de la evolución que se produjo en la regulación de la solidaridad y, sobre todo, el diferente tratamiento que de los efectos, ejercicios de las titularidades activa y pasiva, se han dado en otros Ordenamientos jurídicos, especialmente el francés. En palabras de DÍEZ PICAZO «... han sido introducidos sin la necesaria coordinación... el artículo 1.141 carece de antecedentes claros tanto en nuestro Derecho histórico como en el Derecho Comparado (4).

Efectivamente, en el derecho francés el artículo 1.198 del Code estableció: *«Nèanmoins la remise qui n'est faite que par l'un des créanciers solidaires, ne libére le débiteur que pour la part de ce créancier».* El acreedor solidario no podía realizar ningún «acto perjuicio» con eficacia extensible al resto de los codeudores, ya que éste se identifica con el concepto de «parte» *«ne libére le debiteur que pour la part de ce créancier».* En cambio, los artículos 1.199 (cotitularidad activa), y los artículos 1.205 a 1.207 (cotitularidad pasiva) extendían los efectos al conjunto de los coacreedores por identificarlos como un «acto útil». En todo caso, y este es un principio que se manifestará en nuestro derecho, *siempre se extendían los efectos al conjunto de los deudores como «acto perjuicio»* (5).

Esta distinción entre «acto útil» y «acto perjucio» en el derecho francés venía establecida por POTHIER (6). El autor entendía que: *«1.º que chacun des créanciers étant créancier du total, pour par conséquent demander le total, et, si l'obligation est exécutoire, contraindre le débiteur pour le total. 2.º La reconnoissance de la dette faite envers l'un des créanciers interrompt la prescription pour le total de la dette, et par conséquent profite aux autres créanciers (1. fin. Cod. de duobus reis). 3.º Le paiement fait à l'un des créanciers éteint toute le deute... Car guoigu 'il y ait plusieurs créanciers,*

(4) DÍEZ PICAZO: *Fundamentos de Derecho Patrimonial, op. cit.,* pág. 412

(5) Los preceptos mencionados constatan con gran claridad la extensión del perjuicio al conjunto de deudores solidarios por acto realizado por cualquiera de los acreedores solidarios. La relación sería en que la consecución de un «acto útil» por cualquier acreedor solidario tendrá su correlación con un «acto perjuicio» que *siempre se produciría en el ámbito de la relación pasiva en la obligación solidaria.*

Así, el artículo 1.205: *«si la chose due a péri par la faute o pendant la demeure de l'un o de pleusieurs des débiteurs solidaires, les autres codébiteurs ne soint déchargés de l'obligation de payer le prix de la chose ».* El artículo 1 206: *Les persuites faites contre l'un des débiteurs solidaires interrompent la prescription à l'egard de tous».* El artículo 1.207· «Le demande d'intérêts formée contre l'un des débiteurs solidaires fait courrir les intérêts à l'egard de tous».

(6) POTHIER: *Traité des Obligations, op. cit.,* págs. 243 y 244

il n'y a néanmoins qu'une dette... 4.° Chacun des créanciers l'étant pour le total, peut, avant qu'il ait été prévenu par les poursuites de quelqu'un de ses créanciers, faire remise de la dette au débiteur, et le libérer envers tous (Accepilatione unius tollitur obligatio; 1. 2, ff. de duob. reis).»

En cambio, como hemos podido observar a la hora de transcribir el artículo 1.198 del Code, la doctrina francesa sigue manteniendo la distinción entre la posibilidad del ejercicio de un «acto útil» «al conjunto de acreedores (que se correspondería siempre con un acto perjuicio frente a los deudores solidarios) y, en cambio, no admitiría la realización de un «acto perjuicio» por un acreedor solidario (7).

Volviendo a nuestros artículos 1.141, 1.° y 1.143 del Código Civil, sobre todo al segundo, es evidente que nuestro legislador no siguió las directrices trazadas por el Code Civil francés («Code Napoleón» de 1804) y que posteriormente influyeron en la redacción del Codice italiano de 1942. Como comenta DÍEZ PICAZO «mientras el artículo 1.143 responde a la concepción romanista de la solidaridad, *y por consiguiente a los principios tradicionales que han inspirado esta figura...*, el artículo 1.141 se encuentra en una línea muy especial que configura la solidaridad como una pura

(7) El origen de esta nueva regulación del «acto perjuicio» realizado por uno de los acreedores solidarios y el no afectar al conjunto de los coacreedores aparece recogido por FENET: *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, reimpr. de la ed. 1827, Osnabrück, 1968, tras el discurso de FAVARD: *«Chaque créancier solidaire a droit d'exécuter le contrat. La remise de la dette est autre chose que l'execution· c'est faire un contrat de bienfaisance d'un contrat intéressé. C'est un acte de libéralité personnel à celui qui fait la remise, il ne peut être libéral que de ce qui lui appartient. S'il est bienfaisant envers le débiteur, il ne doit pas être malfaisant envers ses créanciers, qui, sans la remise entière, auraient en action contre ce débiteur. Une volonté n'est généreuse que quand elle n'est pas nuisible, et lorsqu'elle a ce dernier caractère l'équité la repousse. elle en conçoit des soupçons de fraude».*

La escuela de la exégesis admitió sin reservas la redacción del mencionado precepto La justificación procedía de que el mandato conferido entre los coacreedores únicamente llevaba implícita la posibilidad de recibir el pago. Así, DEMOLOMBE, *op cit*, t. XXVI, núm. 142 y ss., MOURLON, *op cit*, t. II, núm 1.243, pág. 652; TULLIER, *op. cit*, t. VI, núms. 726 y 727, pág. 754, CROME, *op cit.*, t. II, párr 278, nota 12, a pág. 217, DURANTON, *op. cit.;* t. XI, núms 170 a 173, págs 174 y ss.; LAROMBIERE, *op cit.*, t. II, art. 1.198, núm. 11, pág. 571, MERCADE, *op. cit*, t. IV, art. 1 198, párr. 597, pág. 492; HUC, *op. cit.*, t VII, núms. 302 y 303, págs. 402 y ss ; LACANTINERIE, *op cit.*, t. II, núms. 1130 y 1131, págs. 258 y ss.; LAURENT, *op. cit.*, t. XVII, núm 257, págs. 263 y ss., AUBRY Y RAU, *op. cit.*, t IV, párr 298 bis, pág. 20.

En el derecho italiano el Codice regula en los artículos 1 300 a 1 303 la novación, compensación, remisión o confusión. De la misma forma que el Code francés se limita el ejercicio de la titularidad activa a la no realización de un «acto perjuicio» para el conjunto de los coacreedores Así, el artículo 1.301 *in fine* establece: *«Si la remissione è fatta da uno dei creditori in solido, essa libera il debitore verso gli altri creditori solo per la parte spettante al primo»*, igualmente el artículo 1.303 establece: *«Se nella medisima persona si riuniscono le qualità di creditore e di debitore in solido, l'obbligazione degli altri debitori si extingue per la parte di quel condebitore.»*

relación asociativa, es decir, inserta en el régimen de la solidaridad, principios de inspiración diferentes y, en definitiva, extraños a ella» (8).

Efectivamente, nuestro legislador al regular la solidaridad ha seguido la fuente de inspiración del Derecho romano y, a su vez, la regulación que de la solidaridad efectuó Pothier. VÉLEZ SARSFIELD lo explicaba al comentar el artículo 707 del Código Civil argentino: «... *la autoridad del Cód. romano (Institut., lib. 3, tit. 29 & 1, y la de Chile, conformes con nuestro artículo: el Proyecto de García Goyena, art. 1.061, y el de Freixas, art. 1.013...*» (9).

En consecuencia, el poder de disposición sobre la relación obligatoria de cada uno de los acreedores significa la sumisión de la *integridad* de la obligación a la voluntad de cualquiera de los coacreedores que *unilateralmente* (legitimación por la integridad del crédito) puede extinguir. Es decir, lo que POTHIER nos diría cuando: «*Car quoiqu'il y ait plusieurs créanciers, il n'y a néanmoins qu'une dette*» (10). Otra consecuencia será la nivelación del perjuicio económico que puede suponer la realización de un «acto perjuicio» (novación, compensación...) efectuado por cualquier acreedor con efectos extensibles al conjunto de ellos. El acreedor que dispuso unilateralmente del crédito tendrá la obligación de satisfacer a los acreedores aquello que éstos hubieran percibido si tal acto se hubiera llevado a cabo. Mas, si la regulación del artículo 1.143 del Código Civil responde a los orígenes de la regulación de la solidaridad, y a su vez, el posible perjuicio económico queda nivelado por las acciones internas (art. 1.143 *in fine: «El acreedor que haya ejecutado cualquiera de estos actos... responderá a los demás de la parte que les corresponde en la obligación»)* no encontramos justificación alguna para poner límites al poder de disposición de la integridad del crédito por parte de un coacreedor solidario (11).

---

(8) DIEZ PICAZO: *op cit.*, pág. 412.

(9) DOVA DE ZAVALIA: *Código Civil..., cit. Comentarios de VELEZ SARSFIELD al artículo 707,* pág. 193.

(10) POTHIER. *op. cit*, núm. 260, pág. 243.

(11) Cristóbal MONTES, *op. cit.*, págs. 281 y 282. El autor resuelve la cuestión de forma contundente. «En efecto, contemplar un acreedor solidario como aquel sujeto que puede actuar respecto a su crédito sólo en función de aquello que resulte útil para los otros acreedores y, en cambio, le está vedado todo aquello que pueda redundar en perjuicio, es una visión tan *sui generis* de la solidaridad activa que, quizá, se encuentre a un solo paso de su negación o desnaturalización »

BALLARÍN, cit. pág. 187 «Yo creo que, en general, puede afirmarse que predomina la postura doctrinal favorable al artículo 1.143, o sea, la que entiende que nuestro Derecho siguió fielmente el «rigorismo romano» respecto de las obligaciones solidarias. .»

PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil, op cit*, pág. 182. El autor recoge las opiniones de DÍEZ PICAZO llegando a la conclusión, tras el análisis comparativo del artículo 1.141 y 1 143 del Código Civil, de que la única regla general que existe en la

No obstante, algún autor ha querido ver en el artículo 1.141 del Código Civil la regla general, mientras que el artículo 1.143 operaría como la excepción. Así, MANRESA: *«se concilian del modo explicado, como se aviene y completan siempre la regla y sus excepciones, valiendo aquélla en cuanto a éstas no estén expresamente declaradas»* (12).

Para nosotros, como ya manifiesta DÍEZ PICAZO (13), las excepciones contempladas en el artículo 1.143 del Código Civil (aunque no tiene la amplitud del artículo 1.156 del Código Civil) son tan importantes que privarán a la regla de toda eficacia. Por otra parte, los supuestos que quedarían impedidos por aplicación del artículo 1.141, 1.° Código Civil son bastante menos importantes que los admitidos por el 1.143.

¿Es absurda, entonces, la norma contenida en el artículo 1.141, 1.° del Código Civil?

A la vista de lo expuesto hasta ahora ésta podría ser la solución aceptada. Aun así, nos resistimos a entender que el artículo 1.141, 1.° no tenga una «ratio» lógica en la configuración de la obligación solidaria activa. Las razones son las siguientes:

En primer lugar, no hay que olvidar que el legislador español ubica de forma diferenciada la solución de la eficacia del «acto útil» (1.141, 1.°), de la eficacia del «acto perjuicio» (1.143 Código Civil).

En segundo lugar, y en congruencia con su propia ubicación sistemática (al igual que el artículo 1.141, 2.° del Código Civil el apartado primero está destinado a la reclamación del cumplimiento), quiere decir que no se está refiriendo a los actos de disposición sobre la titularidad, como así lo hace el artículo 1.143 Código Civil, sino a aquellos que repercuten negativamente sobre la exigibilidad o sobre la posibilidad de satisfacción del crédito. La solución resulta de la remisión que efectúa el artículo 1.772, 2.°

---

obligación solidaria activa es que *«cada uno de los acreedores será responsable frente a los demás de lo que haya realizado en su perjuicio»*.

GUILARTE ZAPATERO: *Comentarios al Código Civil, op. cit.* «A mi juicio, a la vista de los antecedentes de cada uno de los preceptos, del distinto fundamento que late en ellos, de la significación y relevancia de los actos expresamente admitidos como eficaces en el artículo 1.143, no obstante realizarse individualmente por alguno de los acreedores solidarios, debe concluirse que el Código Civil prefiere la amplia solución romana que la restringida francesa y legitima a cada uno de aquéllos para la ejecución de actos como si fuera único titular del crédito, obligando a los restantes frente al deudor común, si bien con el deber de dar cuenta y responder de su conducta en la relación interna.»

En el mismo sentido se pronuncia la mayoría de la doctrina española LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho Civil,* II-1 Derecho de Obligaciones Parte General. Delito y cuasidelito. Barcelona, 1977, pág. 70; PUIG PEÑA, *op. cit*, pág. 87; PEREZ ALVAREZ, *op cit.*, pág. 71 y sigs., CAFARENA, *op. cit.*, págs. 133 y ss., 194 y ss., 238 y ss., 283 y ss.

(12) MANRESA. *Comentarios al Código Civil, op cit.*, pág 188.

(13) DIEZ PICAZO: *Fundamentos de Derecho Patrimonial, op. cit.*, pág. 412.

del Código Civil en sede de depósito. El artículo 1.772 regula la restitución de la cosa depositada estableciendo una doble consecuencia: primer párrafo, *«cuando sean dos o más los depositantes, si no fueran solidarios y la cosa admite solución, no podrá pedir cada uno de ellos más que su parte»*. Solución congruente con la idea de «parte» en los ejercicios de las titularidades activa y pasiva en la obligación mancomunada.

El párrafo segundo, *«cuando haya solidaridad o la cosa no admita división, regirá lo dispuesto en los artículos 1.141 y 1.142 de este Código»*. De aquí resulta que cualquiera de los acreedores está legitimado para reclamar y recibir la integridad del crédito (legitimación activa por la totalidad e integridad) y, a su vez, por la remisión al artículo 1.141, 1.º esta reclamación tendrá que proporcionar una utilidad («acto útil») y no un perjuicio («acto perjuicio») (14).

Ahora bien, una vez diferenciados los contenidos de los artículos 1.141, 1.º y 1.143 del Código Civil, se plantea la cuestión de determinar cuáles son los actos que quedarían excluidos del concepto «acto perjudicial» en la exigibilidad del crédito. Pues bien, no siendo, por las razones ya argumentadas, los actos de disposición del crédito (arg. *ex* art. 1.143 del Código Civil), «acto perjudicial» «lo serán todos aquellos que de alguna forma imposibiliten la realización del crédito. Es decir, aquellos actos que hagan inexigible el crédito, fundamentalmente, por haber dejado prescribir la acción para reclamarlo, o bien, por no haber reclamado el crédito en el momento oportuno y devenir más tarde la insolvencia del deudor.

¿Qué ocurre si el acreedor realiza este «acto perjuicio»? El Código Civil únicamente determina la imposibilidad de realizar lo que sea perjudicial a los demás pero sin determinar las consecuencias que su infracción comporta. A nuestro juicio, la solución no sólo sería la necesidad de responder en proporción a lo que cada uno participe del crédito (arg. *ex* art. 1.143 *«responderá a los demás de la parte que les corresponde en la obligación»)*, sino que como sanción a la vulneración de una disposición

(14) ESPIAU ESPIAU, Santiago, *op. cit.*, pág. 348. El autor analizando la obligación indivisible llega a la misma conclusión: «Sin embargo, de los tres preceptos específicamente orientados en torno a la concurrencia de varios acreedores solidarios, el artículo 1 772, 2.º sólo hace mención a dos de ellos (arts. 1.141 y 1 142 del CC), excluyendo al tercero (1.143 CC). La conclusión que impone esta constatación es obvia: los artículos 1.141 y 1.143 del Código Civil no se refieren a lo mismo ni, por tanto, los actos perjudiciales que el acreedor prohíbe realizar aquél son señalados en éste.» Más adelante apunta: «.. el régimen de la indivisibilidad se asimila al de la obligación solidaria, esta asimilación no es total y, por tanto, debe ceñirse a aquellos actos que recojan aspectos comunes a una y otra.» No le falta razón al autor, pues si el acreedor solidario tiene en su poder una legitimación por la totalidad e integridad de la obligación permitiéndole extinguirla unilateralmente con efectos al conjunto de los coacreedores, en cambio, el acreedor de una obligación indivisible carece de esta facultad pues le viene proporcionada por la indivisibilidad de la prestación.

prohibitiva responderá de los daños que, en su caso, les hubiera irrogado (15).

En suma, las soluciones aquí apuntadas para solucionar la antinomia que se produce entre el artículo 1.141, 1.° y 1.143 del Código Civil no deben sobrepasar la propia nivelación del perjuicio económico en el ejercicio de la legitimación por la totalidad e integridad de la obligación. En ningún caso, deben significar una limitación al ejercicio de la titularidad activa por la totalidad e integridad de la obligación. El acreedor solidario tendrá en exclusiva el contenido interno (poder percibir íntegramente la prestación), la legitimación activa (poder reclamar la totalidad de la prestación), y el poder de disposición (poder decretar la extinción de forma unilateral) sobre el crédito (16). A su vez, estos actos, ya supongan un «acto útil» o «acto perjudicial», tendrán su propagación al conjunto de los cotitulares del crédito, como de la misma forma se producen en los titulares de la deuda (arg. *ex* art. 1.141, 2.° del Código Civil).

1.2. La carga de diligencia en el cumplimiento. Su especial configuración en la deuda solidaria

Entendiendo la diligencia en el cumplimiento como la actuación materialmente adecuada dirigida a que la prestación sea realizada y, por tanto, a la efectividad del vínculo (17), ésta tiene en la solidaridad pasiva una

---

(15) La solución viene también reconocida por Espiau-Espiau, *op. cit.*, pág. 351 y por Bercovitz y Rodríguez Cano, Rodrigo: «Las obligaciones divisibles e indivisibles», en *ADC*, t. XXVII, fasc. II, abril-junio 1973, pág. 579, « . la única forma de proteger a todos los acreedores frente al resultado jurídico adverso provocado por la conducta de uno o alguno de los acreedores será responsabilizando fuertemente a estos últimos frente a los demás. Extendiendo su responsabilidad hasta el supuesto de culpa levísima y entendiendo que, en principio, han de responder en todo caso de los perjuicios causados cuando actuaron sin una previa notificación e incitación a sus coacreedores para una actuación judicial conjunta. Y aún más, cuando su actuación judicial se produzca después de una negativa razonable de los acreedores para proceder de esta forma.

(16) Desde luego no ofrece ninguna especialidad la realización de un «acto útil» por cualquiera de los coacreedores Tendrá esta consideración todo acto que suponga un mantener, aumentar o garantizar la exigibilidad del crédito. Así, por ejemplo, la constitución en mora, la interrupción de la prescripción, etc Desde luego, de la misma forma que cuando se produce un «acto perjudicial», la consecución de algún acto que beneficie a alguno de los coacreedores extenderá sus efectos al conjunto de ellos. La solución proviene de considerar al cotitular que actúa realizando cualquier «acto» como si fuera el UNICO acreedor existente en la obligación. Ello será así siempre que estemos en la relación externa de la obligación solidaria

(17) Badosa Coll, *La Diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil.* Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, pág. 69.

doble vertiente. En primer lugar, cualquiera de los codeudores *puede sufrir las consecuencias de la reclamación de la deuda;* en segundo lugar, el conjunto de los codeudores tiene la obligación de *cubrir cualquier insolvencia o incumplimiento* imputable a cualquiera de ellos (arg. *ex* art. 1.137, 1.144, 1.145 y 1.147 del Código Civil).

Esta dualidad en el concepto de diligencia en el cumplimiento de la obligación, deuda propia en todo caso ya provenga de la reclamación o por incumplimiento del codeudor reclamado, tiene como principal función *la protección del acreedor.* Este, en ningún caso, puede sufrir las consecuencias de una falta de cumplimiento-pago del crédito —ni un incumplimiento-pérdida de la cosa— (18).

En suma, la diligencia del codeudor solidario, al igual que la titularidad activa, se ejerce sobre la totalidad e integridad de la deuda con lo que se convierte en elemento configurador de la solidaridad la idea de *totalidad e integridad en los ejercicios de las titularidades activa y pasiva.*

1.2.1. *En cuanto al pago de la deuda*

La legitimación pasiva de cada uno de los deudores solidarios se predica de la totalidad de la deuda. Es decir, cada uno de los deudores puede ser objeto de reclamación de la totalidad de la deuda (arg. *ex* art. 1.084, 1.º,

(18) Sin perdernos en el estudio concreto de la estructura de la obligación no hay que olvidar que en la obligación solidaria también encontramos los dos elementos que integran la obligación, es decir, deuda y responsabilidad.

Sobre la responsabilidad será bueno recordar la definición que de la misma efectuaba HERNÁNDEZ GIL: *Derecho de Obligaciones,* Madrid, 1960, pág 70, al indicar que: «es la sujeción del patrimonio del deudor al poder coactivo del acreedor». Independientemente de insistir sobre cuando surge la responsabilidad (es conocida la disputa entre si surge cuando se produce el incumplimiento, así GIORGIANNI. *La obligación La Parte General de las Obligaciones,* Trad. por E. VERDERA, Barcelona, 1958, pág 154 y ss., o si surge cuando nace la deuda, así BETTI: *Teoría generale delle obbligazioni,* t. II, Milano, 1953, pág. 35 y ss.; PERLINGIERI, *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza,* Libro sesto, Torino, 1980, pág. 365 y ss.), lo cierto es que el *deudor es responsable porque debe y desde el momento que debe* mostrándose la responsabilidad como mecanismo de protección del interés del acreedor (arg. *ex* art. 1.911 CC). Ahora bien, conectado con el concepto de responsabilidad se encuentra el de *garantía.* GUARDIOLA: «La garantía patrimonial y sus formas», *RGLJ,* mayo 1972, pág. 565, nos diría qué garantía es «toda medida que tiende a hacer más segura la posición del acreedor». Es decir, lo relevante de la garantía es su función de aseguramiento del interés del acreedor. Mas, podríamos llegar a entender que las ideas de responsabilidad y garantía guardan una relación de género a especie. La garantía sería un aspecto del principio general que supone la responsabilidad del deudor *(vid.* GIORGIANNI: *La obligación.., op. cit.,* pág. 162) Pues bien, en la deuda solidaria es indudable que nos encontramos ante una garantía a favor del acreedor consistente en que la deuda será cumplida Esta garantía, conectándola nuevamente con la responsabilidad, significa *no únicamente que el acree-*

1.137 *a sensu contrario*, 1.144 Código Civil). Mas estas afirmaciones confirman que la idea del «todo» será la que identifique la relación externa, momento en que ubicamos la reclamación de la deuda. Esta característica, esencial de la solidaridad, la diferencia de la mancomunidad donde rige la idea de «parte» *(concursus partes fiunt)* en la reclamación de la deuda por el acreedor. Por tanto, en la solidaridad la legitimación activa del conjunto de los acreedores para reclamar la totalidad de la deuda se corresponde con la legitimación pasiva de los codeudores que igualmente se predica de la totalidad.

Los elementos configuradores de la legitimación pasiva en la deuda solidaria supondrán que el acreedor no puede tener límites en su reclamación frente a cualquiera de los deudores. Por ello, el codeudor demandado no podrá interponer ninguna excepción procesal que limite su reclamación: ni el beneficio de división, ni el litisconsorcio pasivo necesario, ni la llamada en garantía del resto de los codeudores ni, por último, la excepción dilatoria de litispendencia. Todas estas figuras procesales son ajenas a la solidaridad.

De la misma forma, la legitimación pasiva por el total de la deuda llevará consigo el que cada uno de los deudores pueda realizar el pago de la totalidad de la deuda y que, además, este pago tenga efectos extintivos (arg. *ex* art. 1.145 Código Civil) frente al acreedor.

La legitimación pasiva por la totalidad de la deuda tiene a su vez plena eficacia en las relaciones entre los codeudores.

En primer lugar, tras la reclamación de la deuda, provocará que la interrupción de la prescripción se genere sobre el conjunto de los codeudores, de la misma forma que la incursión en mora también se extienda al conjunto de deudores. Estas conclusiones se obtendrán de la aplicación del artículo 1.141, 2.° del Código Civil («las acciones... perjudicarán...) y del artículo 1.974, 1.° («la interrupción de la prescripción... aprovecha o perjudica...»). Por tanto, el artículo 1.141, 2.° del Código Civil proporciona la afirmación de que lo actuado frente a un codeudor solidario —acción del acreedor— produce plena eficacia sobre el conjunto de los codeudores ya que afecta a la integridad del contenido de la deuda y éste es el mismo (identidad) tanto en el codeudor reclamado como en el resto de los codeudores.

En segundo lugar, la sentencia dictada contra cualquiera de los codeudores solidarios debe producir la eficacia de cosa juzgada. *Esta afirmación*

---

dor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores en reclamación de la totalidad sin poder interponer el beneficio de división sino, precisamente, en que los deudores, todos, se constituyen como deudores principales ante el acreedor siendo la garantía el poner a disposición del acreedor su patrimonio. No en vano, en páginas posteriores, sostendremos que la solidaridad supone un sistema de garantía superior a la propia fianza.

no debe producirnos ninguna duda si la sentencia se dictó sobre la integridad del contenido de la deuda que, como conocemos, tiene un idéntico contenido en cada uno de los codeudores (19).

En suma, podemos afirmar que situados en la relación externa la nota que informa el cumplimiento de la obligación solidaria será que *lo actuado frente a cualquiera de los deudores solidarios,* o *por cualquiera de los acreedores solidarios, tiene PLENA EFICACIA FRENTE A LOS DEMAS.*

No obstante, la legitimación activa tendrá igualmente su traslado al ámbito interno o nivelación del perjuicio en la deuda solidaria.

Realizado el pago por cualquiera de los codeudores hará nacer la necesaria nivelación del perjuicio que supone el haber pagado deuda *que no le corresponde* (arg. *ex* art. 1.145, 2.° Código Civil). Esta característica nos demuestra que en la relación interna se mantiene la legitimación pasiva del conjunto de los codeudores que no han realizado el pago pero, no obstante, identificada con la idea de «parte» en contraposición con la idea del «todo» que informa la relación externa. La anterior afirmación la proporciona el propio artículo 1.145, 2.° del Código Civil («el que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses de anticipo») (20). Mas no debe olvidarse que la titularidad solidaria, como ejercicio o cumplimiento, sólo está dotada de auténtica unidad en la relación externa. En la relación entre los cotitulares únicamente se establece la concurrencia de varios sujetos respecto de un único objeto.

---

(19) Los puntos de partida que aquí apuntamos se corresponden con las fuentes históricas. Efectivamente, en el derecho romano, como tendremos ocasión de comprobar más adelante, el Digesto 45, 2, 18 establecía *con carácter general* que *«cada uno puede perjudicar al otro con sus propios actos».* Esta afirmación es la constatación de lo que venimos diciendo en esta introducción y, sin lugar a dudas, se muestra como el verdadero antecedente histórico-legislativo de nuestro actual artículo 1.141, 2.° del Código Civil. Aunque esta tesis tenga como tema fundamental la contestación a la pregunta... ¿puede ser ejecutada la sentencia de condena obtenida por un acreedor solidario en el patrimonio de un codeudor solidario no demandado?, no debemos olvidar que para dar una verdadera contestación a la misma tenemos que elaborar una doctrina general de la idea de «perjuicio» en la deuda solidaria.

En el último lugar, tampoco consideramos que sea el momento para abundar sobre las diferentes opiniones que nuestra doctrina ofrece en relación a supuestos concretos. A pesar de ello digamos que con carácter general seguimos la magistral exposición que de las principales características de la obligación solidaria efectúa BADOSA COLL, Ferrán: *Dret D'obligacions.* Publicacions Universitat de Barcelona, Barcanova, Barcelona, 1990.

(20) Más adelante nos detendremos en el análisis de la presunción de que el pago efectuado por el deudor solidario tiene es pago-extintivo o un pago con efecto subrogatario (arg. *ex* art. 1.210, 3.° CC). Nosotros anticipamos que mantendremos la presunción de subrogación en el pago del deudor. Con carácter general puede consultarse la excelente obra de HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso. *El pago del tercero,* Bosch Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1983.

1.2.2. *En cuanto a la obligación de cubrir cualquier insolvencia o incumplimiento*

La solidaridad pasiva estará caracterizada por la *carga de diligencia en el cumplimiento de la obligación* (21).

Cada deudor solidario tendrá la obligación de *cubrir la insolvencia de cualquiera de los codeudores,* o incluso, *cualquier supuesto de incumplimiento.* Igualmente, cada deudor tiene una *legitimación pasiva predicable de la totalidad* ya que puede sufrir las consecuencias de una reclamación judicial precisamente de la totalidad de la deuda (arg. *ex* art. 1.137 y 1.144 Código Civil).

Pero esta diligencia *predicable de la totalidad de la deuda,* que caracteriza la obligación solidaria en nuestro Código Civil, como la legitimación total en el cumplimiento, es hoy perfectamente sostenible por la labor legislativa llevada a cabo en el Derecho Justinianeo.

En esta época del derecho romano se llegará a *una nueva concepción de la obligación solidaria.* Precisamente una reforma *procesal* llevará a que la *«litis contestatio»* pierda su eficacia extintiva (22) por cuanto se consi-

---

(21) BADOSA *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil,* Studia Albornotiana. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, pág. 69. Siguiendo al citado autor debemos entender por *diligencia:* «... actividad materialmente adecuada dirigida a que la prestación sea realizada y, por tanto, a la efectividad del vínculo. Partiendo de este concepto del artículo 1 104, 1, superamos lo que constituye la razón jurídica fundamental de la diligencia-esfuerzo: el de una diligencia inútil o insuficiente que no ha podido evitar los daños y que, por tanto, desempeña sólo la función de exoneración. La diligencia del artículo 1.104, 1 al definirse como actividad y como materialmente adecuada, descarta el dato apriorístico de su propia utilidad...». Igualmente, págs. 229 y 238

Extraordinaria importancia tendrá la diligencia total en el cumplimiento en la obligación solidaria ya que ésta se extiende a la totalidad del contenido jurídico de la deuda, es decir, a todos los cotitulares (deudores solidarios). Esta extensión de la diligencia cumplimiento tendrá sus manifestaciones en el pago, cualquiera de los codeudores puede realizarlo con efectos liberatorios frente a todos, en los efectos de la cosa juzgada (arg. *ex* art. 1.252, 3.º del CC) y, especialmente, en la necesaria diligencia en la conservación de la cosa (arg. *ex* art. 1.147, 2.º del CC)

(22) En el derecho romano clásico 1. 2.º JAVOLENUS. lib. III ex Plautio de *Duobus reis* establecía *«Ideoque petitione, acceptilatione unius, tota solvitur obligatio»* Así, la *acceptilatio* como la *litis contestatio* realizadas frente a uno de los *correi stipulandi o correi promittendi* suponía para la totalidad de los *correi* la extinción de la obligación Es decir, se asimilaba el ejercicio de la reclamación de la deuda al propio pago. La propia L 11, 1.º *De novat* (D. 46, 2) ULPIANO establecía (refiriéndose a la delegación) se realiza *«vel per stipulationem, vel per litis contestio».*

DEMANGEAT: *Des Obligations solidaires en Droit romain, op. cit.,* págs. 64 y ss. El autor establece la principal característica de la *litis contestatio:* «Un des effets les plus importants attachés à cette partie de la procédure qu'on désigne par les mots *litis contestatio, judicium acceptumn,* c'est qu'une fois qu'un droit a été ainsi déduit *in judicium,* il se trouve éteint, la même prétention ne pourra plus être renouvelée, le droit d'agir est consumé ».

derará que la obligación solidaria *únicamente* se extinguirá mediante el *pago.* Es decir, *Justiniano* admitirá el *pago coactivo,* el que procede tras la sentencia de condena, de cualquiera de los deudores solidarios como manifestación de la *legitimación pasiva por el total* y la *diligencia en el cumplimiento* de la totalidad e integridad de la obligación (23).

La transformación aparece recogida en la C. 8, 40, 28: *Generaliter sancimus, quemadmodum in mandatoribus statum está, ut contestatione*

GIUSEPPINA SACCONI: *Studi sulle obbligazioni solidali da contratto in Diritto romano,* Milano-Dott, A. Giuffrè Editore, 1973, núm. 3, pág. 7 establece (a propósito del análisis de la ley 2.ª de Duobus reis): «In questo brano di Giavoleno è efficacemente descrito il valore estintivo ha la *litis contestatio* conclusa sull'azione esperita da uno dei creditori solidali contro il debitore o dal creditore contro uno del debitore solidali nei riguardi del vincolo che unisce tutte le parte... non può essere esperita una seconda azione da un altro dei creditori o contro un altro debitore»

Sobre la eficacia extintiva de la *litis contestatio* se pronuncian: CARRERAS DEL RINCÓN, Juan: *La solidaridad de las obligaciones desde una óptica procesal,* Barcelona, Bosch Editor, págs. 41 y ss.; D'ORS: *Derecho privado romano,* 1961, pág. 149; MASI. . voz *Solidarietà, op cit*, págs 834; J ARIAS RAMOS-J. A. ARIAS BONET. *Derecho romano,* t. II Obligaciones. Familia. Sucesiones, 16 ª ed Madrid, pág. 553; A. E. GIFFARD: *Droit romain et Ancien Droit Français. Les Obligations,* Troisième Edition por Robert VILLERS Dalloz 1970, pág. 359. El citado autor hace referencia al «perjuicio» que suponía al acreedor el efecto extintivo de la *litis contestatio*: «L'effet extintif de la litis contestatio avait, en notre matière, d'après les principis classiques, le résultat de libérer les codébiteurs solidaires, puisqu'ils étaint tous tenus de eadem re. Cette règle procédurale faisait courir au créancier de graves dangers S'il s'était attaqué à un des codébiteurs et que celui-ci se trouvât insolvable, il ne pouvait plus reprendre son action contre les autres, la dette étant éteinte ipso iure para la *litis contestatio»;* SAVIGNY (inspirador de la *Escuela Histórica del Derecho) Droit des Obligations, op. cit.,* pág. 145. «Una institución très important de l'ancien droit étaint la consommation résultant de la procédure. Elle reposait sur ce principe, que toute action produite et poussée jusqu'à la litis contestation (in litem deducta actio) ne pouvait jamais être reproduite. la litis contestatio détruisait ipso iure, dans autre... par *exceptio rei judicatae.»*

En el mismo sentido ALBERTARI. *Le obbligazioni solidali . , op. cit.,* págs. 75 y ss.; *Enciclopedia Giuridica Italiana,* vol. XII, parte primera voz *«Obbligazioni solidali,* núm. 384, págs. 399 y ss.

Puede consultarse, igualmente, Amparo GONZÁLEZ, *op. cit.,* págs. 24 y ss., GARIJO E ISASA, Manuel: «Obligaciones solidarias en el Derecho romano», en *RGLJ,* núm. 55, t LV, año vigesimoséptimo; MIQUEL. *Lecciones de derecho romano,* Barcelona, 1984, pág. 131

(23) Como veíamos, en el derecho romano clásico al configurar la solidaridad como una obligación con un objeto idéntico o único *(idem debitum, eadem res)* llevaba a que naciera un único *iudicum* que agotaba toda *actio* posterior porque toda la prestación *(tota res, tota obligatio)* quedaba *in iudicium deducta* sin poder existir demanda ulterior. En el derecho justinianeo, siguiendo a Amparo GONZÁLEZ, *op. cit.,* pág. 169, «la *actio* es la base del ordenamiento jurídico clásico, tanto civil como pretorio La *obligatio* es el vínculo contraído por una persona y la *actio* es la actividad dirigida a obtener no la prestación, sino la realización de dicho vínculo. , sin embargo, en el Derecho Justinianeo, la *actio* se considera pretensión» De hecho no nos debe extrañar que en el derecho justinianeno donde anteriormente se denominaba *actio* aparezca el término *obligatio (obligatio in solidum),* es decir, *la reclamación por el todo* a diferencia de *la acción por el todo* propia del derecho romano clásico

contra unum ex hic facta alter non liberetur, ita et in fideiussoribus observari.1. invenimus enim et in fideiussorum cautionibus plerumque ex pacto huismodi causae esse prospectum, et ideo generali lege sancimus nullo modo electione unius ex fideiussoribus vel uno ex his electo liberationem mereri nisi satisfiat creditori, sed manere ius integrum, donec in solidum ei pecuniae per solvantur vel alio modo satis ei fiat. 2. idemque in duobus reis promitendi constituimus, ex unius rei electione praeiudicium creditori adversus alium fieri non concedentes, sed remanere et ipsi creditoriactiones integras et personalesset hypothecarias, donec per omnia ei satisfiat...

La expresión *«donec per omnia ei satisfiat»* conduce a reafirmar lo que hasta ahora decimos: en el derecho de Justiniano la obligación solidaria no se extingue por el ejercicio de la acción del acreedor, sino que únicamente se produce mediante el pago, e incluso, por el pago coativo (24).

Mas en las relaciones externas, como quiera que tras la C. 8, 40, 28 el acreedor podía reclamar la deuda de cualquier codeudor solidario mientras no se hubiese llegado a la satisfacción del crédito, se planteaba cual pudiera ser la eficacia de la *res iudicata* con respecto a los codeudores no demandados (25). A nuestro entender, la interpretación literal del precepto de Justiniano nos conduce a sostener que el conjunto de cotitulares en la deuda se verán afectados por la sentencia dictada. González explica con gran calidad que: *«Las consecuencias en materia de solidaridad serán decisivas, por cuanto se considerará que la obligación solidaria se extinguirá, funda-*

---

(24) La solución otorgada por Justiniano para la obligación solidaria provoca que podamos hablar de los principios de legitimación pasiva por la totalidad de la deuda, y a su vez, que los codeudores tengan una carga de diligencia en el cumplimiento total. En verdad, la obligación solidaria dejará de ser *electiva* para convertirse en una obligación donde los codeudores deben sufrir las consecuencias de cualquier insolvencia o incumplimiento de cualquiera de ellos

Prima facie, sin perjuicio de que más adelante analicemos con mayor detenimiento esta afirmación, podemos afirmar que nuestro Código Civil ha seguido fielmente lo postulado por Justiniano El artículo 1.144 del Código Civil establece: «El acreedor podrá dirigirse contra cualquiera de los codeudores solidarios...» para seguidamente establecer «. mientras no resulte cobrada la deuda por completo» En el primero encontramos la negación de la vigencia de la *litis contestatio* de la 1. 2 De duobus reis «Ideoque petitione, acceptilatione unius, tota solvitur obligatio», y a su vez, la posibilidad del ejercicio de elección a favor del acreedor solidario y la legitimación por la totalidad de cualquiera de los deudores solidarios. En el segundo se manifiesta la diligencia total en el cumplimiento de cualquiera de los codeudores mientras la deuda no haya sido pagada ¿Quiere decirse con ello que el acreedor podrá provocar un pago coactivo frente a cualquiera de los codeudores no reclamados, no olvidemos deudores de la totalidad, sin necesidad de acudir a un nuevo procedimiento? A nuestro entender, y sin perjuicio de un análisis posterior detallado, ésta debe ser la consecuencia que se desprende del artículo 1 144 *in fine* y que se corresponde con la expresión *donec per omnia ei satisfiat* del C. 8, 40, 28.

(25) Carreras del Rincón, *op. cit.,* pág. 44.

mentalmente, por el pago, admitiéndose el pago coactivo, es decir, el que sigue a la condena, y siendo por tanto irrelevante la litis contestatio *a los efectos de extinguir la* actio *y consiguientemente la* obligatio (26).

Efectivamente, tras la reforma operada por Justiniano la obligación o vinculación solidaria no quedaba extinguida mientras no se hubiera realizado el pago con lo que el resto de los codeudores, aun no siendo demandados, seguirán vinculados solidariamente, es decir, por el todo *(In solidum).*

Esta permanencia en la vinculación solidaria podía llevarnos a afirmar que la sentencia dictada frente a uno de los codeudores solidarios pudiera ejecutarse frente a cualquiera de ellos. Si por una parte el acreedor ya no debe sufrir la limitación de la elección realizada frente a un deudor solidario, es decir, la *litis contestatio,* y si por otra parte la obligación no se extingue mientras no se produzca el pago total de la deuda; *prima facie* la sentencia dictada frente a un codeudor afectará al resto aunque no hayan sido demandados.

En este sentido se ha pronunciado entre otros autores BIONDI (27) cuando, a propósito de la sentencia de condena, dice: «IL creditore puó agire contro gli altri debitori fino el ottenere soddisfaciamiento integrale». Igualmente COGLIOLO (28) entiende que: «Giustiniano volle darle rimedio... che l'attore poteva agire contro i correi del convenuto, se questo era insolvente; ma questo agire non è nuovo giudizio, ma solo un chiedere l'actio iudicati esecutiva contro chi non fu convenuto».

No obstante la claridad del texto de Justiniano, algún sector doctrinal ha entendido que la sentencia dictada contra un deudor solidario no afectaba al resto (posibilidad de iniciar la ejecución), admitiendo, por otra parte, que el acreedor tendrá la posibilidad de reclamar del resto de codeudores. Estos no quedarían liberados hasta que no se produzca el pago total. Así ALBERTARIO (29) afirmaba: «Giustiniano consente al creditore che abbia ottenuto

---

(26) GONZÁLEZ, *op. cit.,* pág. 220

(27) BIONDI: *Instituzioni di Diritto romano,* Milano, 1952, pág. 368.

(28) COGLIOLO: *Trattato teorico prattico della eccezione di cosa giudicata,* Torino, 1883, págs. 322 y ss

También se pronunciaba SAVIGNY, *op. cit.,* pág. 146 al decir «Justinien publia une loi spéciale.. en ordennant que l'action contre un débiteur ne devait jamais empêcher de former ensuite la même action contre la caution ou même contre l'autre reus promitendi, l'execution effetive devant seule faire cessere le droit du créancier».

(29) ALBERTARIO: *Corso di Diritto romano, op. cit.,* pág. 198.

Como podemos observar, el citado autor parte de la ineficacia de la sentencia dictada contra uno de los deudores solidarios A su vez, ésta no podrá ser ejecutada, cuando sea de condena, frente a cualquiera de los codeudores solidarios. Por último, el acreedor tendría la obligación de iniciar un nuevo procedimiento para reclamar la parte de la deuda que reste por pagar, o incluso la totalidad de la misma.

El que tenga que iniciarse un nuevo procedimiento para poder reclamar la parte de la deuda que todavía no ha sido satisfecha no se corresponde con el planteamiento hasta

la condanna di uno dei debitori, ma non sia riuscito a conseguire integralmente o parzialmente il soddisfacimento del credito, di rivolgersi ai condebitori; ma riconosce al creditore questa facoltà diciendo che gli rimangono integre le azioni personali e ipotecarie che gli spettavano contro tutti i debitori. *Ciò significa che può agire giudizialmente contro gli altri debitori, dopo aver ottenuto la condanna del primo, ma deve riproporre il giudizio contro di loro e non può servirsi della sentenza di condanna ottenuta per procedere senz 'altro alla esecuzione contro di essi. Pertanto, la sentenza non ha efficacia oltre la persona del condannato.»*

En suma, del análisis de la C. 8, 40, 28 podemos establecer una primera conclusión: la reforma elaborada por Justiniano instaura una línea de mayor rigor a la solidaridad. En primer lugar, la observancia del derecho Justinianeo supondrá la confirmación de que en la relación externa las vinculaciones activa y pasiva de la obligación solidaria están presididas por la idea de UNIDAD contraria a la idea de PARTE propia de la mancomunidad. Así, el efecto de cumplir (diligencia objetiva de cumplimiento) se produce por el todo afectando a todos, lo actuado por uno de los sujetos solidarios tiene eficacia para todos, y *a sensu contrario* mientras no se ha llegado a la extinción de la obligación (pago) todos los codeudores quedarán vinculados por la obligación pudiendo ser objeto de la oportuna reclamación.

En segundo lugar, la obligación de cumplir del deudor solidario se identificará con los principios *totum et totaliter*. Es decir, la función de integridad en la satisfacción de la deuda (30 y 31).

---

aquí mantenido. Téngase en cuenta, en primer lugar, no existe una fuente legal que expresamente limite el efecto de la sentencia al deudor solidario demandado, y en segundo lugar, que como hemos dicho anteriormente, la reforma «procesal» de Justiniano suponía la no extinción de la *actio* y por ello de la propia *obligatio* mientras no se hubiera satisfecho en su totalidad la deuda Por ello, parece contradictorio que si Justiniano lo que pretendía era que aumentaran las garantías del acreedor eliminando la *litis contestatio* por otra parte se le exigiera iniciar un nuevo procedimiento por el resto frente a cualquiera de los codeudores.

Sin perjuicio de que en el capítulo segundo analicemos con mayor detenimiento la extensión de la cosa juzgada a los codeudores solidarios, sí que queremos hacer constar que no debe existir ninguna duda de que en el derecho justinianeo la obligación solidaria estaba regida por los siguientes principios: El de legitimación pasiva total. Cualquiera podía ser reclamado por la totalidad. El principio de diligencia en el cumplimiento también total. Cualquier codeudor tendría la obligación de responder de cualquier insolvencia del codeudor demandado. Todo ello bajo el principio esencial de que la obligación solidaria mantenía su vigencia hasta el momento en que se producía el pago.

(30) El que mantengamos que en la obligación solidaria se ha seguido una línea rigorista instaurada por el derecho de Justiniano tiene importantes argumentos. Efectivamente, en la relación externa se llegará a que lo actuado frente a uno de los codeudores afecte al conjunto de ellos (arg. *ex* art. 1.141, 2.º del CC). De la misma forma el artículo 1.252, 3.º del Código Civil mantendrá, en el ámbito procesal, la traducción de este rigor en la obligación solidaria: el ser considerado cada uno de los deudores como si fuera el único (principio de titularidad pasiva por el todo). De la misma forma,

Ahora bien, sea cual sea la tesis que mantengamos sobre la eficacia de la cosa juzgada en la obligación solidaria (posteriormente desarrollaremos a propósito de la extensión de efectos en la solidaridad) (32) no hay que desconocer que en el derecho Justinianeo se pasó de la existencia de una confusión sobre los efectos extintivos de la *litis contestatio* a la afirmación de que la solidaridad únicamente se extingue por la total satisfacción del acreedor, esencialmente el pago (33).

---

en la parte activa, lo actuado por uno de los acreedores se extenderá (beneficio o perjuicio) al resto de los coacreedores (arg *ex* art. 1.143 del CC y el art. 1.141, 1.° del CC). De la misma forma ello no es sino la consecuencia del ejercicio de la titularidad activa por el todo.

Bien podríamos concluir que en la obligación solidaria los ejercicios de las titularidades activa y pasiva hacen que podamos hablar de un sistema típico español en la regulación de la solidaridad que se aparta de los sistemas de ordenamientos cercanos al nuestro como el italiano y el francés.

Sobre la peculiaridad del sistema español volveremos a insistir cuando analicemos la extensión del perjuicio en la obligación solidaria

(31) Téngase en cuenta que esta es la opinión que puede desprenderse de los artículos 1.137, 1.141, 2.° y 1.144 del Código Civil, en relación con el 1.252, 3.° del Código Civil.

(32) Véase el capítulo segundo del título primero.

(33) La problemática sobre los efectos de la *litis contestatio* que Justiniano definitivamente zanjó provenían por el diferente tratamiento que algunos textos habían otorgado a la *litis contestatio.* Así, siguiendo a HERNÁNDEZ GIL: «La solidaridad en las obligaciones.. », cit. *RDP*, pág. 400: El origen y los fundamentos de la pretendida distinción son los siguientes: en el *Corpus iuris civilis,* y en concreto, en el *Digesto* aparecen dos series de textos entre sí contradictorios En D. II, I, 8; D II, I, 20, D 14, I, I, 24: D. 21, 2, 51, 4; D. 44, 2, 21, 4; D. 45, I, 116; D 45, 2, 2, D 45, 2, 16, D. 46, 2, 31, I; se regulan supuestos de relaciones obligatorias solidarias atribuyéndose efectos extintivos a la *litis contestatio,* de forma que ésta tiene eficacia consuntiva también con respecto de los que no fueron parte en el pleito. Por el contrario, en D. 13, 6, 5, 15, D. 16, 3, I, 43; D 26, 7, 18, 1; D. 26, 7, 18, 42; D. 27, 3, 15, etc. donde así mismo se regulan supuestos de relaciones obligatorias solidarias, se advierte que sólo el pago produce efectos extintivos objetivos, y no la *litis contestatio*

Al respecto, y sin ánimo de ser exhaustivo, puede consultarse a ALBERTARIO: *Le obbligazioni solidali, op. cit.,* págs. 76 y ss.; Amparo GONZÁLEZ: *Una visión unitaria de las obligaciones solidarias en el derecho romano clásico, op. cit ,* págs. 23 y ss.; Nicola DISTASOL: *Le obbligazioni in general,* Unione Tipografico-Editrice Torinese núm 360, pág. 949; DEMANGEAT: *Des obbligations solidaires en droit romain, op cit.,* págs. 2 y ss., MASI voz «Solidarietà» en *Novísimo Digesto Italiano, op. cit.,* pág. 833; GARGIULU: *Il Digesto Italiano,* voz «Solidarietà», vol. XXII (1.ª parte), núms. 17 y 18, pág. 5. Un amplísimo tratamiento en *Enciclopedia Giuridica Italiana,* vol. XII, parte I, núms. 383 a 389

Conectado con los efectos que generaba la *litis contestatio* en el Derecho romano clásico, y la diferente solución que de la misma se daba en los precedentes legislativos romanos, la escuela histórica del derecho entendió que dentro de las obligaciones con pluralidad de sujetos existían las denominadas «correales» (extinción mediante la 1 c), y las simplemente solidarias (no extinción por el ejercicio de la 1 c). La confusión aparecía en cuanto que en determinados textos del *Digesto* se hacía alusión a *unum debitum* y en otras ocasiones *utraque obligatio, duae obligationes* (véase nota núm. 6.

La solución estaba servida, una reforma *procesal* había llevado a un sistema mucho más riguroso. Todos los deudores quedaban vinculados frente al acreedor mientras no se hubiera realizado la satisfacción de la deuda. Mas esta vinculación les llevará a poder padecer la insolvencia o incumpli-

---

pág. 14). SAVIGNY: *Le Droit des Obligations partie du Droit Romain actuel.* Trad. de T. HIPPERT Tome premier, París, 1873, pág. 112. «Dè à prèsent cependant dans la rétorsion érronée de ce rapport, en ce que l'on admettrait que partout où le phénomène cité à l'instant apparaîtrait l'exception, indiquée plus haut, d'une obligation exigible pour le tout de plusieurs personnes existerait également Bien plus, le phénomène cité peut aussi parfois se recontrer à côté d'obligations tout à fait différents et indépendantes l'une de l'autre» WINSCHEID. *Diritto delle Pandette,* trad. italiana de FADDA y BENSA con note e referimenti al Diritto Civile Italiano. Nuova ristampa stereotipa. Volume Secondo Torino Unione Tipografico-Editrice Torinense, 1925, pág 143; en el mismo sentido nos dirá: «un altro rapporto giuridico, la cui struttura giuridica è essenzialmente diversa, il rapporto vel quale inverso anche vel caso d'una pluralitá di creditori o debitori può venir richiesta soltanto una prestazione per una volta tanto, ma per ogni creditori e debitori esiste un particulare diritto di credito. A causa della eguaglianza della portata economica questo rapporto deve essere trattato contemporaneamente all'obligazione correale, sebbene esso sistematicamente non apportenga a questo punto. Per designare lo stesso si suole usare l'expresione» obligazione simplemente solidali». El autor, siguiendo a SAVIGNY, apreciaría la diferencia entre la correalidad en que: «Ma il rapporto correale, oltre alla solidarietà ha ancora un'altra qualità quelle de l'unità dell'obbligazioni». En suma, la correalidad será entendida como una *única obligación con pluralidad de relaciones subjetivas* («Subjektive Beziehungem»): «Ciò vol dire, che data una pluralità di creditori, per il precetto giuridico contenuto nell'obbligazione è regolatice la volontà d'ogni singolo creditore, come de egli fosse l'unico creditore, e che in caso dui una pluralità di debitori il precetto giuridico contenutto nell'obligazioni è rivolto ad ogni debitori como egli fosse l'unico debitore» WINDSCHEID: *op. cit.,* pág. 144

La misma solución adoptó DERBURG *Diritto delle Obligazioni.* Prima Traduzione dal Tedesco sulla 6ª Edizione di Francesco BERNARDINO CICALA con Prefazione di V. SCIALOJA y G. P CHIRONI. Fratelli Bocca Editori, Torino, 1903; pág 282 a 287.

Sobre la distinción entre la obligación correal y solidaria puede consultarse a Ludwing ENNECCERUS y Heinrich LEHMANN en Theodor KIPP, Martin WOLFF *Tratado de Derecho Civil,* Trad. española y notas de Blas PÉREZ GONZALEZ y José ALGER, t. II, vol. 1.º, Barcelona, 1954. Bosch Casa Editorial (2.ª ed., al cuidado de PUIG BRUTAU), págs. 434 y 435, Giuseppina SACCONI: *Studi sulle obbligazioni solidali, op. cit,* págs 111 y ss, DISTASO: *Le obbligazioni in General,* Unione Tipografico-Editrice Torinese, pág. 949; Giuseppe BRANCA. «Obbligazioni solidali, correali, colletive», en *Revista di Diritto Civile,* anno III, 1957, Parte Prima, Padova-Cedam, págs 150 y 151; LANGO *Diritto delle Obbligazioni,* Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1950, pág. 70; BAGIO BRUGI: *Instituciones de Derecho Civil,* trad. a la cuarta ed. italiana por Jaime SIMO BOFARULL, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana México (sin especificar fecha), págs. 275-276; Sandro FRASSON. «Le obbligazioni in solido», en *Rivista Diritto Civile,* anno XXII, 1976 (Parte Seconda), núm 3, pág. 138; Guido BISCONTINI: *Solidarietà fideiussoria e decadenza* Edizioni Scientifiche Italiane Pubblicazioni della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell-università di Camerino. A cura di Pietro PERLINGIERI, núm. 18, año 1980, pág. 39, núm. 5; Enrico COLAGROSSO: *Teoria Generale delle Obbligazioni e dei contratti,* Seconde Edicione Riveduta ed Ampliata, Roma, 1948, núm. 63, págs. 141 y ss.; GIORGIO DE SEMO. *Le obbligazione solidali in Diritto di Commercio.* ATHENAEUM: Roma, 1916, núm 6, págs 10 y ss; ARCHI: *Sul concetto*

miento de cualquiera de los codeudores (carga de diligencia en el cumplimiento por la totalidad) (34).

¿Es esta la solución acogida por nuestro Código Civil? En principio, creemos que sí. En nuestro derecho, como predicábamos anteriormente, cada deudor solidario corre con la carga de diligencia en el cumplimiento por el todo. Así lo confirma el artículo 1.144 *in fine* del Código Civil, el artículo 1.145, 1.° del Código Civil, el artículo 1.146 CC, y el artícu-

---

di obbligazione solidale, en Coferenze romanistiche, Milano, 1940; PERTERLONGO: *Intorno all'unitá o pluralitá di vincoli nella solidarietà contrattuale,* Milano, 1941.

En la doctrina cabe citar a HERNÁNDEZ GIL. *La Solidaridad...*, cit , págs. 400 y ss.; LEÓN ALONSO: *op. cit.,* págs. 55 y ss.; Cristóbal MONTES, *op. cit.,* págs. 253 y ss., CAFFARENA, *op. cit.,* págs. 121 y ss.

Por último, ya conocemos que la alegada distinción ha sido abandonada tras los trabajos de ASCOLI y EISELE que, aun reconociendo el estado ruinoso de los textos romanos, justificaron el diferente tratamiento dado por los problemas de supresión de los textos del derecho romano clásico la mención a la no extinción de la solidaridad por ejercicio de la *litis contestatio.* Un trabajo riguroso sobre la inexistencia de dos tipos de obligaciones se encuentra en Amparo GONZÁLEZ, *op. cit.,* págs. 26 y ss., y ALBERTARIO, *op. cit.,* págs. 84 y ss.

(34) Muchísima importancia tiene el paso que se llevó a cabo en el derecho justinianeo. Así, BONFANTE: *Instituzioni di Diritto romano,* Madrid, 1965, pág. 361 llegó a la conclusión de que en aquellos casos dudosos se integran también en un concepto de solidaridad. El autor establecía que los textos del derecho romano clásico en que se negaba los efectos extintivos de la *litis contestatio* no obedecían a la verdadera solidaridad que él consideraba la electiva, sino a las obligaciones *comulativas,* es decir, a cuando varias personas se obligaban independientemente las unas de las otras a la realización de una prestación idéntica.

Esta distinción fue perfectamente desarrollada por ALBERTARIO, *op. cit.,* pág. 11. El autor definía la *obbligazioni cumulative* diciendo que: «Si ha l'obbligazioni cumulativa o solidali conmulativa o multipla, quando la prestazione, dovuta in conseguenza di un rapporto obbligatorio comune a più creditori o più debitori, può essere domandata por intero al debitore dai vari creditori, tante volte quanti sono e deve essere pagata per intero al creditore dai debitori, *tante volte quanti essi sono.*

I Romani parlano di obbligazione *in solidum* per significare l'antitesi con le obbligazioni *pro parte o pro rata.* Il caso tipico di obbligazioni cumulative era nel diritto romano quello delle obbligazioni *ex delito».* A esta construcción de la *obbligazioni cumulative* el autor opina la obbligazioni solidali o solidali elettive (anteriormente también diferenciaba una tercera configuración *obbligazioni parziare).* La *elletive* suponía: «Questa configurazione si può adeguatamenta indicare così. Si ha una pluralità di sogetti o dal lato attivo o dal lato passivo e la obbligazione è intera in ciascuno di essi; ciò è dire, *ciascuno dei vari titolari del diritto è creditore per l'intero, non però conmulativamente, bensi elletivamente, in guisa che il credito o il debito di ciascuno si può estinguere* in una sola volta per tutti. In altre parole uno solo dei creditori esige, e si fa ragione per tutti; uno solo dei debitori paga, e paga per tutti.»

La reforma de Justiniano vino a configurar una obligación solidaria presidida por el principio de la elección *(ius electioni),* y sobre todo, por la inexistencia de una extinción en el ámbito del ejercicio de la *actio* por parte del acreedor. De la misma forma la obligación *in solidum* suponía el que todos quedaran vinculados por el todo (objeto idéntico y único), con lo que realizada la prestación por cualquiera de ellos no podría ser demandada una nueva vez Quizá sea aquí donde podamos encontrar una auténtica

lo 1.147 del Código Civil. De la misma forma la legitimación de cada uno de los deudores solidarios debe estar referida a la totalidad de la deuda. Lo confirma el artículo 1.137 *a sensu contrario* y el artículo 1.144 del Código Civil. Por tanto, los efectos de la desaparición de la *litis contestatio* en el derecho justinianeo supondrán:

1. La posible elección de cualquiera de los deudores solidarios para reclamar la totalidad.
2. La desaparición de la imposibilidad procesal de poder ejercer nuevamente la *actio* sobre cualquier codeudor solidario mientras no se produjera la extinción de la obligación.
3. La función de construir la solidaridad como obligación pensada en interés del acreedor que no tendría que sufrir las consecuencias de la insolvencia de ninguno de los deudores (admisión del pago coactivo y, por tanto, de una comunicación de los patrimonios de los codeudores a la satisfacción del acreedor) deben ser predicados *prima facie* en nuestro Ordenamiento jurídico. Los preceptos citados en sede de obligación solidaria a ello responden. Mas, sin duda, también a esta idea responden los artículos 1.141, 2.° y 1.252, 3.° del Código Civil como traducciones de la transformación operada por Justiniano en la obligación solidaria (35).

---

distinción entre las obligaciones con una pluralidad de sujetos: la obligación solidaria o solidaria electiva (solidaridad propiamente entendida) y la solidaridad comulativa (obligación *in solidum*). En el ámbito de la legitimación pasiva la distinta concepción de la obligación solidaria tendrá sus consecuencias: en primer lugar, la obligación solidaria supondrá que todos los sujetos queden vinculados a la satisfacción; todos deben cumplir y todos deben sufrir las consecuencias del incumplimiento, es decir, incluso el cumplimiento forzoso (ejecución de la sentencia obtenida sobre su patrimonio) En segundo lugar, en la comulativa la pluralidad de sujetos no supondrá un único objeto (la deuda existente es única para todos los sujetos como ocurre en la solidaridad) sino una pluralidad o diversidad de objetos que supondrá la independencia de cada uno de los sujetos (no extensión de la cosa juzgada, la prescripción, la mora, etc.).

En definitiva, la obligación solidaria electiva que en el derecho justinianeo se construye y que a la postre recogió nuestro Código Civil vendría configurada por el principio de *la deuda total debida por todos los sujetos solidarios cristaliza en un IDEM, es decir, en que cada uno deberá lo mismo, el TODO, pero entre todos por igual.* Todos deben unir sus fuerzas para conseguir la extinción. Esta unión de fuerzas es lo que supondrá la comunicación o compromiso de todos los patrimonios al cumplimiento de la obligación (arg. *ex* art. 1.911 CC).

Sobre la obligación *in solidum* y su vigencia en nuestro ordenamiento es de observancia debida la obra de León ALONSO: *La categoría de la obligación «in solidum», op cit.*, págs. 45 y ss.; SOTO NIETO *La responsabilidad civil derivada del ilícito culposo (vinculaciones solidarias)*, Madrid, 1982, págs 59 y ss. SOTO NIETO· «Dinámica de la obligación solidaria. La obligación "In solidum" », en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* de 5 de noviembre de 1980, págs. 1 a 14. Sobre la doctrina francesa comentaremos posteriormente *en solid.* perfecta e imperfecta.

(35) Aunque sea anticiparnos a conclusiones posteriores no podemos desaprovechar el momento para comentar que el interés práctico de la solidaridad se enmarca

En el fondo, en la obligación solidaria late una idea de seguridad en beneficio del acreedor que tendrá frente a él una pluralidad de sujetos obligados por la totalidad (36), y que, a su vez, esta seguridad se concretará en la posibilidad de elección, y esencialmente, en que no quedarán liberados ninguno de los deudores mientras no se produzca el cumplimiento total de la obligación. En suma, lo que caracteriza a la obligación solidaria será la idea del todo que sustituye a la idea de parte *(concurus partes fiunt)* en el cumplimiento *(in solutione)*. Por ello, es importante rescatar la afirmación utilizada por MOLINAEUS (37) que, a propósito de la obligación solidaria, establecía: «In obligatione correali, totaliter debetur ex obligatione». Con lo que la expresión «totaliter debetur» proporciona la principal característica de la obligación solidaria: los deudores solidarios serán siempre, mientras no se extinga la deuda, deudores del todo y de la integridad (38).

---

en el hecho de la extensión del ámbito de responsabilidad, por una sola relación obligatoria, al patrimonio de todos los deudores. Si todo deudor tiene la carga de diligencia en el cumplimiento (arg. *ex* art. 1.104 del CC) y de este cumplimiento responde todo su patrimonio (arg. *ex* art 1.911 CC «Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros») esta solución será aplicable a todos los deudores solidarios ya que éstos ejercen la titularidad pasiva por la integridad o totalidad de la obligación. Sin duda alguna la solidaridad implicará un aumento de seguridad de que la deuda será satisfecha y, además, la mayor certeza de que lo será en tiempo oportuno con la consideración, por otro lado, de que el acreedor podrá elegir a aquel de los deudores que le confiera unas mayores garantías de cumplimiento.

De lo dicho se desprende que el bien jurídico que protege la solidaridad de deudores radica, principalmente, en la posibilidad de elección del acreedor para exigir la totalidad (arg. *ex* art 1.137 CC), y en segundo lugar, la total cobertura del riesgo de insolvencia de cualquiera de los deudores (arg. *ex* art. 1.144 CC). Por ello convenimos con DÍEZ PICAZO: *Fundamentos de Derecho Patrimonial, op cit*, pág 420 cuando opina que: «La solidaridad pasiva lo que se trata de conseguir fundamentalmente es un esfuerzo de la posición del acreedor. La solidaridad pasiva cumple, de esta manera, esencialmente una función de garantía. Se garantiza al acreedor en la medida en que todos los deudores asumen la total responsabilidad del cumplimiento del deber de cada uno de ellos. Cuando se habla de solidaridad de deudores se está aludiendo en rigor a una responsabilidad solidaria.»

(36) J. W. HEDEMANN *Tratado de Derecho Civil*, vol III. Derecho de Obligaciones. Trad. de Jaime SANTOS BRIZ, Madrid, 1958, pág. 215.

(37) MOLINAEUS: *Extricatio labrynthi dividui et individui* Caroli Molinaei Operum, t IV, París, 1658

(38) En el derecho romano esta había sido la consecuencia de la obligación solidaria. La L. 3, tít 1, lib. 45 Dig decía: «Ubi duo rei facti sunt, potest vel ab uno eorum solidum peti. Hoc est enim duorum reorum ut unisquisque eorum in solidum sit obligatus, possitque ab alterutro peti. Partes autem à singulis peti posse, nequaquàm dubium est: quemadmodùm et à reo et fidejussore petere possumus. Utique enim, cùm una sit obligatio, una et summa est ut, sive unus solvat, omnes liberantur, sive solvatur ab altero, liberatio contingat «...» Cuando hay promitentes solidarios puede reclamarse la totalidad contra cualquiera de ellos, es decir, que cada uno de los

La manifestación de la idea de totalidad e integridad en la deuda solidaria había sido formulada por POTHIER: «Pour qu'une se soit obligé aussi totalment à la prestation de la chose, que s'il eût seul contracté l'obligation» (39).

Efectivamente, la idea de que cada uno de los deudores solidarios debe ser considerado como si fuera el *único deudor* tiene en la satisfacción de la deuda su máximo exponente (40).

---

deudores solidarios queda obligado por entero y puede reclamarse de él. Tampoco es dudoso que se puede reclamar de ellos, uno a uno, la parte que les corresponda, como podemos hacer tanto con el deudor como un fiador. En efecto, al haber una sola obligación, hay también una sola cantidad, y si se paga uno de los deudores, se liberan todos ellos, y si se paga a uno de los acreedores hay liberación respecto a otros de ellos (traducción de Alvaro D'ORS y otros en *Digesto de Justiniano,* Pamplona, Aranzadi, pág 522).

En el mismo sentido se pronunciaba la L. 2 de Duobus reis, Javolenus, lib. III ex Plautio: «Cuando dos personas prometieran a la vez la misma cantidad, o la estipularan, se debe de propio derecho a cada una o debe cada una *el todo* solidariamente; por eso la obligación entera se extingue por la demanda o la aceptilatio de una de ellas» (Alvaro D'ORS y otros en *Digesto de Justiniano, op. cit*, pág. 522)

Los textos transcritos del Digesto nos ofrecen la idea general de la solidaridad en el Derecho romano. La necesidad de un *único objeto (eadem pecuniam)* o como en la L. 1 de Duobus reis se establecía («Una res vertitur») De la misma forma debe entenderse que existe una única obligación («ideoque») Mas, por ello, era lógico que la «acceptilatione "..." tota solvitur obligatio». Posteriormente analizaremos cómo se produce el tránsito de la consideración de la *petitione* con efecto extintivo a una situación de no extensión.

Sobre la obligación por el todo en la deuda solidaria véase a ALBERTARIO, *op. cit*, pág. 23; DEMANGEAT, *op. cit.,* pág 14; PEROZZI. *Instituzioni di diritto romano,* t. II, Milano, 1947, pág. 134; SACCONI, *op cit.,* pág 7. ALBERTI *Le obbligazioni solidali sorgenti da stipulatione correale nella dottrina del Diritto intermedio,* págs. 24 y ss., SAVIGNY, *op cit.,* págs 430 y ss., GONZALEZ, *op. cit*, págs. 26 y ss.; Robert VILLERS' *Droit romain et ancien droit Français,* en Précis Dalloz. Los Obligations. Troisième Edition Dalloz, 1970, pág. 359; ARIAS RAMOS y J A ARIAS BONET. *Derecho romano, op cit.,* cit., t II, pág. 551, MASI, voz «Solidarietà» en *Novísimo Digesto italiano, op. cit.,* t. XVII, núm. 1, pág. 831

(39) POTHIER: *Traité, op cit*, núm 262, págs. 244 y 245

(40) En este sentido se ha pronunciado HERNÁNDEZ GIL: *La solidaridad en las obligaciones*, cit., pág. 405; LACRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho Civil,* t II, *op. cit.,* pág. 59 *«cada miembro del grupo vale por todos...».*

Especial relevancia tiene el considerar a todos los deudores solidarios como si fueran un único deudor Esta especial configuración de la titularidad pasiva dará lugar a que posteriormente podamos entender que lo actuado frente a un deudor solidario produce plenos efectos al conjunto de los codeudores A ello responderá el párrafo segundo del artículo 1 141 del Código Civil De esta forma cualquier ejercicio de tutela del crédito por parte del acreedor tendrá consecuencias sobre la totalidad de la deuda, es decir, sobre todos los deudores solidarios que frente al acreedor actuarán como si fueran un único deudor.

2. LA IDEA DE «PERJUICIO» EN LA LABOR LEGISLATIVA

2.1. El Código Civil vigente

El Código Civil contempla la institución de la solidaridad en la sección cuarta («De las obligaciones mancomunadas y de las solidarias»), capítulo III («De las diversas especies de obligaciones»), libro IV («De las obligaciones y contratos»).

En concreto, y en cuanto a la idea de perjuicio se refiere, el artículo 1.141 establece (41):

> «Cada uno de los acreedores solidarios puede hacer lo que sea útil a los demás, pero no lo que les sea perjudicial.
>
> Las acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores solidarios perjudicarán a todos éstos.»

Pero si lo estipulado en el artículo 1.141 *in fine* es del todo expresivo, y desde luego, de fácil comprensión, se hace más palpable la idea de perjuicio cuando lo ponemos en relación con los preceptos que regulan la solidaridad.

En efecto, ya sea en la titularidad solidaria activa o en la pasiva de la obligación, los artículos 1.143, 1.145, 1.146, 1.147 y 1.148 del Código Civil son ejemplos de lo que entendemos por EXTENSION DEL PERJUICIO A LA TITULARIDAD SOLIDARIA PASIVA.

El artículo 1.143.1 establece:

> «La novación, compensación, confusión o remisión de la deuda, hechas por cualquiera de los acreedores solidarios o con cualquiera de los deudores de la misma clase, extingue la obligación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.146.»

Por su parte el artículo 1.145.1 dice:

> «El pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación» (42).

---

(41) Aunque nuestro estudio quede centrado en la titularidad solidaria pasiva, no podemos dejar de estudiar los efectos de la idea perjuicio en la titularidad activa. A modo de indicación cabe resaltar la antinomia, al menos aparente, que se produce entre el citado precepto y el artículo 1.143. En este último, en contra del anterior, se mantiene la idea de la extensión del «perjuicio» al conjunto de acreedores solidarios por los actos realizados por uno de ellos.

(42) Los citados preceptos, artículos 1.143 y 1.145, pudiera no entenderse la consideración de «perjuicio» A nuestro entender, la idea de «perjuicio» debe ser entendida desde un punto de vista amplio como integrante de las ideas de TOTALIDAD e INTEGRIDAD que configuran las titularidades activas y pasivas en la obligación solidaria. Por tanto, aun significando la extensión de la obligación por un acto de uno o varios

Por último, el artículo 1.141 del Código Civil también concuerda con los artículos 1.146, 1.147 y 1.148. Estos preceptos señalan respectivamente que:

> «La quita o remisión hecha por el acreedor de la parte que afecta a uno de los deudores solidarios, no libra a éste de su responsabilidad para con los codeudores, en el caso de que la deuda haya sido totalmente pagada por cualquiera de ellos.»
>
> «Si hubiese mediado culpa de parte de cualquiera de ellos, todos serán responsables, para con el acreedor, del precio y de la indemnización de daños y abono de intereses, sin perjuicio de su acción contra el culpable o negligente.»
>
> «El deudor solidario podrá utilizar, contra las reclamaciones del acreedor... De las que personalmente correspondan a los demás sólo podrá servirse en la parte de deuda de que éstos fueren responsables.»

Pero si la *congruencia* legislativa aparece, en principio, demostrada, cuestión bien diferente ocurre al intentar encontrar los precedentes legislativos del artículo 1.141 del Código Civil. La mayoría de la doctrina, que se ha detenido en estudiar los antecedentes históricos y legislativos del artículo 1.141, suele coincidir al señalar cuáles han sido las fuentes legislativas del párrafo primero pero guardan silencio a la hora de determinarlos en cuanto al párrafo segundo (43).

---

acreedores o por el pago de uno de los deudores un supuesto beneficio, no es más que la demostración de la eficacia EXTENSIVA de los actos realizados «contra» o «por» cualquiera de los deudores.

(43) José María MANRESA Y NAVARRO: *Comentarios al Código Civil español*, t VIII, Madrid, 1901, pág. 190; comenta como precedentes para el párrafo segundo el artículo 1.059 del Proyecto de 1851 (paralización de la prescripción) y Cod. VIII, 40, 5 de Justiniano. Igualmente cita como concordantes los artículos 1.198, 1.199, 1.206 y 1.207 del Código francés, 894 del de Austria; 2.085 del de Luisiana; 1.463 del de Guatemala, /13 y 714 del argentino; y 1 357 núm 3 del uruguayo.

QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil. Comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de motivos de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos.* Redactado por Pascual MARÍN PÉREZ, t. XIX (arts. 1 088 a 1.213), 2 ª ed Madrid, 1957, pág 840. El citado autor al analizar los precedentes legales no encuentra ninguno concreto.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS. *El Anteproyecto del Código Civil español de 1882-1888. Centenario de la ley del Notariado Sección IV. Fuentes y Bibliografía. Vol. 1.º*, págs. 361 y ss. Señala como fuentes legislativas del párrafo primero el artículo 1.059 del Proyecto de 1851 y el artículo 1.198 del Anteproyecto belga de LAURENT.

LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación española. Codificación española (Génesis e Historia del Código). Vol. II. Ministerio de Justicia.* Comisión General de Codificación. Madrid, 1980, pág. 660. Cita como precedentes del artículo 1.140, 1 el artículo 1 059 del Proyecto de 1851 y el artículo 1.198 del Anteproyecto belga. Guarda igualmente silencio hacia el párrafo segundo.

Ante este panorama, y a nuestro entender, lo que se ha producido es una situación de auténtica RUPTURA, en el sentido de que no es posible determinar con exactitud ningún precepto en nuestro Derecho o en el comparado que claramente haya servido de base para motivar el redactado del artículo 1.141, 2 del Código Civil. No obstante, todo parece indicar que los precedentes, aunque confusos, inmediatos son el artículo 1.158 del Anteproyecto de Código Civil de 1882-1888 y el artículo 1.059 del proyecto de 1851.

Por último, también concuerda el artículo 1.141, 2 del Código Civil, aunque su regulación se encuentre fuera de los preceptos que específicamente se dedican a la obligación solidaria, con los artículos 1.252, 3 y 1.974 del Código Civil.

El primero de ellos EXTIENDE los efectos de la sentencia al conjunto de deudores solidarios («unidos por vínculo de solidaridad»), y el segundo confirma la línea del artículo 1.141, 2 al establecer:

> «La interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores.»

En conclusión, bien podríamos detenernos en dos características que se desprenden de la regulación que de la solidaridad efectúa nuestro Código Civil:

1. La idea de extensión de los efectos (acciones) al conjunto de deudores solidarios en las relaciones externas. Manifestaciones de la misma se encuentran la propagación de la prescripción ganada contra uno de los deudores al resto de los codeudores, la incursión en mora de uno de los deudores, la culpa de uno de los deudores solidarios, la sentencia dictada contra uno de los deudores solidarios.
2. La inexistencia de un precedente claro del actual artículo 1.141, 2 del Código Civil.

2.2. El Proyecto de libro III y IV de Código Civil (1885-1888)

Utilizando un método histórico-regresivo (44), cabe analizar cuál ha sido el precedente legislativo que ha dado lugar al actual 1.141, 2 del

---

Vicente Guilarte Zapatero: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales.* Dirigidos por Manuel Albaladejo. Tomo XV, vol 2.º (arts. 1.125 al 1.155 del Código Civil). Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983, pág 261; establece que carece de precedentes en el Proyecto de 1851.

(44) Manuel Peña Bernaldo de Quirós: «El Anteproyecto de Código Civil en 30 de abril de 1888», en *ADC,* 1960, IV, págs 1 177 y ss.

Código Civil. De esta forma, el citado precepto encuentra su precedente inmediato en el artículo 1.158 del Anteproyecto de Código Civil, cuya redacción era idéntica a la actual (45):

> «Cada uno de los acreedores solidarios puede hacer lo que sea útil a los demás, pero no lo que les sea perjudicial
>
> Las acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores solidarios perjudicarán a todos éstos.»

También concuerda con el Código Civil vigente, aunque numéricamente sólo de forma aproximada, en la ubicación sistemática de los artículos (46).

Es más problemático el determinar la procedencia del artículo 1.158 del Anteproyecto. En rigor no encontramos ningún precepto que coincida con el artículo 1.158. Ahora bien, no hay que olvidar que en la redacción del Anteproyecto de Código Civil se tuvo especialmente en cuenta el Proyecto de 1851, las propias PARTIDAS como derecho culto y principio de la Codificación, la Ley Hipotecaria de 1869, la ley de Enjuiciamiento Civil, el Código de Comercio, e incluso proyectos que no habían adquirido la categoría de ley (ej. el Proyecto de Foros realizado por Antequera) (47).

Por tanto, se tendrá que proceder con especial dedicación al análisis de los precedentes anteriores al Anteproyecto toda vez que la propia Ley de

---

(45) Lasso GAITE: *Crónica de la Codificación española, op cit.*, vol. 2.º, págs. 758-759 El citado autor explica como la solidaridad aparece recogida en el legajo número 18 con el título de Proyecto de Código Civil de 1888 (ponencias), carpeta 1 ª, libro IV de las obligaciones y contratos en general. Además, en la carpeta 5.ª aparecen correcciones de ANTEQUERA Por su parte CÁRDENAS propuso la enmienda al artículo 1.154, añadiéndole el término «solidaridad», que aparece en el actual artículo 1.137 del Código Civil.

No hay que olvidar que la Sección de lo civil la configuraban en la presidencia Florencio RODRÍGUEZ VAAMONDE, sustituido por Manuel ALONSO MARTÍNEZ, Juan Manuel GONZÁLEZ ACEVEDO, José María MANRESA, Benito GUTIÉRREZ, Valeriano CASANUEVA, Domingo RIVERA. Por parte de los foralistas hay que citar a Manuel DURÁN Y BAS, Luis FRANCO LÓPEZ, Antonio MORALES GÓMEZ, Manuel LECANDA MENDIETA, Pedro RIPOLL DALOU y Rafael de LAGO. La ponencia de obligaciones y contratos fue realizada por GAMAZO.

(46) En el Anteproyecto de libro IV se recogía la regulación de la solidaridad en la sección cuarta, con el mismo título que en la actualidad *«de las obligaciones mancomunadas y solidarias»*, capítulo II *«De las diversas especies de obligaciones»*, coincidiendo igualmente con el sistema del Código Civil.

(47) Manuel PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: «El Anteproyecto», cit., *ADC*. Igualmente vid. Francisco SILVELA, «El Código Civil»: Conferencia en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de 29 de enero de 1889. *RGLJ*, t. 74, núm. 112; Modesto FALCÓN «Codificación civil», en *Rev. Tribunales*, 1880, III; Fermín CANELLA SECADES: «La Codificación civil en la América Española»; José María CASTÁN VÁZQUEZ: «Ediciones Privadas del Código Civil», en *RDN*, julio 1965.

Manuel ALONSO MARTÍNEZ: *El Código Civil y las legislaciones forales*, Madrid, 1884, págs. 14 y ss.

Bases del 11 de mayo de 1888 (Gaceta núm. 143 del 22 de mayo de 1888) manifiesta: «*Se mantendrá el concepto histórico de la mancomunidad, resolviendo por principios generales las cuestiones que nacen de la solidaridad de acreedores y deudores.*»

Si el artículo 1.158, 2.° del Anteproyecto tiene en común con el Código Civil actual la regulación del artículo 1.141, 2.° e, igualmente, no contemplar un antecedente inmediato, también coincide en la idea del «perjuicio» o la manifestación de la EXTENSION de los efectos al conjunto de deudores. Así, los actuales artículos 1.143, 1.146, 1.147, 1.148, 1.252 y 1.974 toman razón de los anteriores artículos 1.160, 1.163, 1.164, 1.165, 1.265 y el artículo 45 del Capítulo III (prescripción de acciones) del Título... De la Prescripción (48).

2.3. El Proyecto de Código Civil de 1851. La limitación de la idea «perjuicio» en la deuda solidaria

La regulación de la solidaridad en el Proyecto de Código Civil de 1851 responde a una concepción diametralmente opuesta a la realizada por nuestro Código Civil actual. En efecto, el régimen de la solidaridad en el Proyecto de 1851 está inspirado en la regulación del Code francés y por tanto bajo la idea de la *obligación múltiple conjunta* (49).

---

(48) Lasso Gaite: *Crónica de la Codificación Española, op. cit.*, vol. II, págs. 659, 670 y 749.

(49) Jorge Caffarena Laporta: *La solidaridad de deudores,* Ed. Edersa, Madrid, 1980, pág. 233. En el mismo sentido Melucci: *La teoría delle obbligazioni solidali nel diritto civile italiano,* Torino, 1884, pág. 128. Aunque la explicación de Melucci esté referida a la doctrina italiana no es válida ya que el Código Civil italiano sigue la misma regulación que el Código francés.

Nuestro Código Civil actual tiende a configurar la obligación solidaria como UNICA Aunque esta opinión es compartida por Ballarín Marcial· «Titularidad solidaria», en *AAMN,* t. XIII, 1962, págs 195 y ss.; Cossio: *Instituciones de Derecho civil,* Madrid, 1975, pág. 220; Caffarena: *La solidaridad de deudores, op. cit.*, pág. 255; Miguel Angel Pérez Alvarez: *Solidaridad en la Fianza,* Ed. Aranzadi, 1985, pág. 72. En contra, manteniendo la pluralidad de vínculos, hay que citar Bonet Ramón: «Comentarios a la Sentencia de 23 de julio de 1908», en *RDP,* t. XXVII, 1943, págs. 446 y 447; De Diego: *Instituciones de Derecho civil español,* t. II, Madrid, 1959; Hernández Gil. «La solidaridad en las obligaciones», en *RDP,* t. XXX, 1946, págs. 397 y ss.; Albaladejo: *Derecho Civil,* t. II, vol. 1.° «La obligación y el contrato en general». Barcelona, 1980 (5.ª ed.), pág. 92

Es destacable la opinión de Puig Ferriol: «Régimen jurídico de la solidaridad de deudores», en *Junta de Decanos de los Colegios Notariales,* Libro Homenaje a Ramón M.ª Roca Sastre, vol. II, Madrid, 1976, pág. 453. El autor destaca lo estéril de tal discusión. En el mismo sentido Amorth: *L'obbligazione solidale,* Milano, Giuffre, 1959, págs. 41-42, que de forma muy explícita nos dice que al preguntarse sobre la unidad o pluralidad de vínculos en la solidaridad no deja de pensar en una cebra. Así, se pregun-

Pero lo realmente destacable es el no encontrar ningún precepto que de alguna forma se asemeje al actual artículo 1.141 del Código Civil. No obstante, algunos autores han querido ver en el artículo 1.059 del Proyecto de 1851 un precedente inmediato de nuestro artículo 1.141 (50).

El artículo 1.059 del Proyecto de 1851 nos diría:

> «Cualquier acto que interrumpa la prescripción en favor de uno de los acreedores, o en contra de uno de los deudores mancomunados, aprovecha o perjudica a los demás» (51).

El artículo 1.988 del Proyecto de 1851 añadía a esta disposición que, por lo que respecta a la obligación solidaria pasiva:

> «... Sin embargo, si el acreedor no reclama de uno de los deudores mancomunados más que la parte que le corresponda, no se interrumpe la prescripción respecto de los otros codeudores» (52).

---

taba si se trata de un animal negro con rayas blancas o de un animal blanco con rayas negras.

Por otra parte, y sin ánimo de ser exhaustivo, algunos autores han construido una tesis intermedia basándose en el fundamento de que en la solidaridad existe una única relación comprensiva de obligaciones existentes entre el acreedor y cada uno de los obligados. LARENZ: *Derecho de las Obligaciones* (versión española de SANTOS BRIZ), t. I, Madrid, 1958, págs. 504 y ss., SOTO NIETO: «Caracteres fundamentales de la solidaridad pasiva», en *RDP,* LXIV, 1980, págs. 785 y ss., DÍEZ PICAZO *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial,* vol 1.°, Madrid, 1970, págs. 423 y ss.

(50) Florencio GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil español,* Zaragoza (Cometa, S. A.), 1974 (reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, págs. 568 y ss., GUILARTE ZAPATERO, *op cit*, t. XV, vol. 2.°, pág 264; MANRESA NAVARRO: *Comentarios al Código Civil español, op cit.,* t. VIII, vol. 1.°, pág. 511.

(51) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil español, op. cit.,* pág. 569. El autor citaba como fuentes de este precepto el artículo 1.199 del Código francés, 2.085 de la Luisiana, 1.289 Sardo, 895 de Vaud, 1.152 Napolitano. Igualmente la ley 5, título 40, libro 8 del Código «Interpellatio facta ab uno de correis credendi interrumpit praescriptionem, etiam quo ad coateros». *«Sancimus in omnibus casibus aliorum devotionem, vel agnitionem, vel ex libello admonitionem aliis debitoribus proejudicare, et aliis prodesse creditoribus cum ex una stirpe unoque fonte unus efluxit contractus vel debiti causa ex eadem actione apparuit.» El autor añadía el siguiente comentario al artículo en cuestión; «Pudiendo cualquiera de los acreedores mancomunados recibir el pago total de la deuda, mucho más podrá hacer actos conservatorios de la totalidad; y por otra parte, PLURES EAMDEM ACTIONEM HABENTES UNIUS LOCO SUNT» Al final lo remitía a los artículos 1 987 y 1.988 del Proyecto.*

(52) La realidad es que en nuestro Código Civil actual no existe un precepto concreto, en sede de la regulación de la solidaridad, que estipule lo establecido en el artículo 1 059 del Proyecto de 1851. Es más, el actual artículo 1.974, con la amplitud con que realiza la extensión de los efectos de la paralización de la prescripción al conjunto de deudores, hace difícil la posible aplicación del mencionado artículo 1 988

De la redacción de estos artículos se desprende una primera identidad entre el Proyecto de 1851 y el Código Civil actual: la interrupción de la prescripción entra dentro del ámbito de «perjuicio» de la titularidad solidaria pasiva. En segundo lugar, no hay que olvidar las diferencias entre ambos ordenamientos jurídicos. El artículo 1.059 del Proyecto dice: *«Cualquier acto que interrumpa la prescripción...», mientras que el actual artículo 1.141, 2 establece: «Las acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores...»*. Expresiones que a nuestro entender hacen que nos estemos moviendo ante dos normas de contenido distante. Mientras que el artículo 1.059 del Proyecto de 1851 tendría su plasmación en el artículo 1.974, en cuanto a la prescripción, y en el artículo 1.141, 1, en cuanto a la titularidad solidaria activa *«Cada uno de los acreedores solidarios puede hacer lo que sea útil a los demás, pero no lo que sea perjudicial»*, el artículo 1.141, 2 de nuestro Código Civil tendría su plasmación, esencialmente, en las «acciones» judiciales, es decir, en el proceso.

En resumen, a nuestro entender la identificación del actual artículo 1.141, 2 con el artículo 1.059 del Proyecto de 1851 sólo lo puede ser en cuanto a un efecto común, *la extensión de los efectos al conjunto de los deudores solidarios, en concreto, la prescripción,* pero desaparece en cuanto que el actual artículo 1.141, 2 va mucho más lejos en la propagación de los efectos al conjunto de los deudores solidarios *«Las acciones ejercitadas... contra cualquiera... perjudicarán a todos éstos»* (53).

---

del Proyecto de 1851. En primer lugar, por su ubicación sistemática; en segundo lugar, por el carácter general de la regla establecida en el artículo 1 974. Así, el artículo 1.988 del Proyecto de 1851 (actual 1.974, párrafo tercero) tendría que ser aplicado con carácter excepcional, excepcionalidad de que carece el citado artículo 1.974.

Algún autor, CAFFARENA: *La solidaridad de deudores, op. cit.*, pág. 88, ha mantenido su aplicación.

(53) Por ello tampoco compartimos la idea de algún autor, GUILARTE ZAPATERO: *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, pág. 264, que ha querido ver en el artículo 1.059 del Proyecto de 1851 el antecedente inmediato del artículo 1.141, 2. Y mucho menos cuando se menciona el artículo 1.198 del Anteproyecto belga de LAURENT: *AVANT-PROJET DE REVISION DU CODE CIVIL per Ferdinand LAURENT,* t IV, Bruxelles, Typ. Bruylant-Christophe et Comp., 1882, como precedente. El artículo 1.198 establecía: *«Los acreedores solidarios están asociados en cuanto al beneficio de la obligación; cada uno de ellos tiene el mandato para hacer todo lo que sea útil a los demás; no puede hacer nada que pueda serles perjudicial»*. Aunque más adelante nos referiremos a este precepto con mayor amplitud, es evidente que no ha sido la fuente de inspiración del párrafo segundo del artículo 1.141 actual. En todo caso, aunque nos reservamos una mejor interpretación posterior, lo ha sido del párrafo primero.

(54) GARCÍA GOYENA. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español, op cit*, pág. 573 El autor citaba como fuentes el artículo 1.205 del Código francés, 2.091 de la Luisiana, 1.295 Sardo, 900 de Vaud, 1.321 Holandés, 1.158 Napolitano. Igualmente la ley 32, párrafo 4.º, título 1, libro 22 del Digesto. *«Unicuique sua mora NON NOCET»*. Añadía el autor: «Sería injusto que la falta o mora de uno de los codeudores aprovechase a los otros para libertarse de la obligación o enriquecerse; *pero*

Tampoco la regulación dada al supuesto de la imposibilidad sobrevenida o la incursión de algún deudor solidario en mora coincide con la establecida en el Código Civil actual.

El artículo 1.065 del Proyecto de 1851 nos diría:

> *«Si la cosa se ha perdido por culpa de uno o más de los deudores mancomunados o hallándose éstos constituidos en mora, los otros codeudores quedan obligados a pagar el precio de la cosa, pero no el resarcimiento de daños e intereses.*
>
> *El acreedor podrá solamente repetir los daños contra los deudores culpables o morosos»* (54).

De la lectura de este precepto se destacan las siguientes diferencias: en primer lugar, aunque de poca entidad, nuestro actual artículo 1.147 no hace mención de la incursión en mora de uno de los deudores solidarios. A pesar de ello cabe incluirlo dentro de los supuestos de hecho que contempla la norma del párrafo segundo del artículo 1.147 (55).

En segundo lugar, la mayor extensión del perjuicio que se deriva del actual artículo 1.147 al incluir la responsabilidad por los daños e intereses de los codeudores no culpables o no inmersos en mora frente al acreedor.

Este segundo supuesto constata la gran diferencia existente entre el Código Civil actual y el Proyecto de 1851. Mientras que este último adoptó la solución dada por el Código Civil francés en su artículo 1.205 y el artículo 1.191 del Código Civil italiano de 1865, el primero recogió la influencia del artículo 1.164 del Anteproyecto que a su vez coincidía con el artículo 711 del Código Civil argentino y 1.207 del Anteproyecto de LAURENT (56).

---

no lo sería menos que les perjudicase para agravarla. Daña para perpetuar la obligación, no para aumentarla o agravarla. Podrá, pues, el acreedor pedir el precio de la cosa a los otros codeudores, salvo el recurso de éstos contra el culpable o moroso, pero no los perjuicios e intereses que constituyen una nueva obligación tan personal como lo es la culpa o mora.» Por último, el autor sólo admitía la situación de la extensión de los efectos al conjunto de los deudores solidarios cuando expresamente así se estipulara.

(55) Un especial y sensacional análisis de esta situación lo realiza CAFFARENA: *La solidaridad de deudores, op cit.*, págs. 360 y ss. El autor llega a la conclusión de incluir la incursión en mora en los supuestos contenidos en el artículo 1 147 del Código Civil. Véase el capítulo tercero de este título primero.

(56) El Proyecto de 1851 se había influido por la redacción del artículo 1.205 del Código Civil francés que establecía:

«Si la chose due a péri par la faute ou pendant la demeure de l'un ou plusieurs des débiteurs solidaires, les autres codébiteurs ne sont point déchargés de l'obligation de payer le prix de la chose; mais ceux-ci ne soint point tenus des dommages et intérêts. .» A su vez el Code se había inspirado en la propia explicación efectuada por POTHIER: *Traité des obligations* (2.ª ed.), Ed Bugnet II, París, 1861, núm. 273 (Tratado de las obligaciones, traducción al castellano, 1839), establecía:

Ahora bien, que el régimen de la obligación solidaria del Código Civil actual difiera de la que planteaba el Proyecto de 1851 no significa que este último haya desaparecido. Los artículos 1.065, 1.159 y 1.988 del Proyecto encuentran su relación en los artículos 1.150, 1.194 y 1.974 del Código Civil. Podría pues seguirse a ESPIAU cuando dice: «*... en el Código Civil coexisten dos concepciones o dos formas de solidaridad: la expresamente regulada bajo esta rúbrica, con todo lo que supone de ruptura en relación a la línea instaurada por el Code y recogida en el Proyecto de 1851,* y la acogida por estos últimos, mantenida pese a todo en el Código, por el sencillo expediente de copiar más o menos exactamente aquellos preceptos que la reflejaban y, en cualquier caso, sin alterar la terminología empleada

---

«Por la misma razón si la cosa hubiese perecido por culpa de uno o de los codeudores o después que ha incurrido en demora se perpetua solamente contra este deudor, sino también contra todos los demás; y todos juntos y cada uno en particular se halla obligado a pagar el precio de la cosa en cuestión, porque la deuda es la misma en cada uno de ellos, y no puede subsistir para uno al mismo tiempo que extinguirse para otros... La obligación del otro u otros deudores que no han cometido falta alguna ni incurrido en demora puede perpetuarse, pero no en manera alguna aumentarse, y por esto si bien deben pagar el precio de la cosa que ha perecido, nada tienen que ver con los daños y perjuicios que la culpa y tardanza del otro haya podido arrancar, y por lo mismo éste será el único obligado a su reparación (ley 32 penult. ff. de usuris: Si duo rei promittendi sint, alterius mora alteri non nocet).» El autor había recogido la influencia de DUMOULIN: *Extricatio labyrinthi dividui et individui,* París, 1658 en cuanto a la existencia de una «ad conservandam et perpetuendam obligationem» pero no en cuanto «ad augendam ipsorum obligationem»

Igualmente, en la doctrina española se recoge esta interpertación, entre otros, CAFFARENA: *La solidaridad de deudores..., op. cit.,* págs. 340 y ss.; GUILARTE ZAPATERO: *Comentarios al Código Civil, op. cit.,* pág. 382; PÉREZ ALVAREZ. *Solidaridad en la fianza, op. cit.,* págs. 232 y ss.; PUIG FERRIOL: *Régimen jurídico de la solidaridad de deudores, op. cit.,* pág. 452 que establece que la solución del artículo 1 147, 2 «es fruto de una equivocada configuración jurídica de la solidaridad».

Por lo que hace referencia a la influencia del artículo 711 del Código Civil argentino *(vid. Código Civil de la República de Argentina... con su explicación y crítica bajo la forma de notas hechas por el Dr. Lisandro SEGOVIA,* t. I, Buenos Aires, Librería y Editorial «La Facultad», 1933, igualmente Dalmacio VÉLEZ SARSFIELD: *Notas al Código Civil de la República Argentina)* éste establecía. «La indemnización de pérdidas e intereses en el caso del artículo anterior, podrá ser demandada por cualquiera de los acreedores, del mismo modo que el cumplimiento de la obligación principal.» La referencia que hace VÉLEZ a A. TEIXEIRA DE FREITAS *Código Civil. Ministerio de Justiça e Negócios Interiores. Serviço de Documentaçao,* 1952, no se entiende pues el artículo 1.017, 2.º del Código Civil por TEIXEIRA DE FREITAS sigue el punto de vista del artículo 1 205 del Código Civil francés y el 1.065 del Proyecto de 1851 *Vid* Ferrán BADOSA COLL: *La Diligencia y la Culpa del deudor en la obligación civil.* Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, págs. 379 a 383.

Por su parte el artículo 1.207 del Anteproyecto belga establecía: «Si la chose due a péri par la faute ou pendant la demeure de l'un ou pleusieurs des débiteurs solidaires, les autres seront tenus du prix de la chose et des demages et intérêt, sauf recours contre le codébiteur par la faute duquel la chose a périt».

en el Proyecto. En líneas generales puede, pues, decirse que la obligación mancomunada del Código Civil es la obligación solidaria del Proyecto de 1851» (57).

Con gran acierto el autor resuelve uno de los grandes problemas de la regulación de las obligaciones solidarias: la etimología del término solidaridad en el Proyecto de 1851, que de alguna forma ha podido influir en el propio contenido de los efectos de la solidaridad pasiva.

En el derecho histórico no había un vocablo que definiera el derecho que tiene el acreedor a percibir la deuda de cualquiera de los obligados. No existía en las PARTIDAS, ni tan siquiera para definir la división de la deuda entre los obligados. En las PARTIDAS ni la reclamación parcial ni la reclamación por el todo se identificaban con dos tipos de obligaciones distintas entre sí. La doctrina del siglo XIX español entendía que la obligación mancomunada aparecía como una categoría genérica que incluía dos diferentes: la obligación mancomunada simple y la mancomunada solidaria (58).

---

(57) Santiago ESPIAU ESPIAU. *Las obligaciones indivisibles en el Código Civil español: El régimen jurídico de la indivisibilidad de la obligación* (Inédita. Ejemplar mecanográfico que obra en poder de la biblioteca del Seminario de Derecho Civil de la Facultad de la Universidad de Barcelona), Barcelona, 1982, vol. 2.º, pág. 555.

(58) Como muestra bibliográfica pueden consultarse: Joaquín ABELLA: *Novísimo Código civil español, reformado conforme a lo dispuesto,* 2.ª ed. Madrid, 1889; ALCALDE PRIETO: *Curso teórico-práctico, sinóptico-bibliográfico de Derecho Civil español, común y foral,* Valladolid, 1880; José María ALVAREZ: *Instituciones de Derecho Real de España,* Madrid, 1829, tomo primero, Cirilo ALVAREZ MARTÍNEZ. *Instituciones de Derecho civil,* Valladolid, 1840; Andrés BLAS Y MELENDO: *Derecho civil aragonés, ilustrado con la doctrina de los autores forales, con el Derecho común y con la Jurisprudencia aragonesa del Tribunal Supremo,* 2.ª ed. Zaragoza, 1898; Ramón DOMINGO DE MORATO: *El derecho civil español con las correspondencias del Romano tomados de los Códigos de Justiniano y de las doctrinas de sus intérpretes en especial de las Instituciones y del Digesto romano hispano de D. Juan SALA,* Valladolid, 1868, tomo I; José Antonio ELÍAS: *Derecho civil general y foral de España, o sea, Resumen ordenado de las leyes vigentes,* Madrid-Barcelona, 1877, t. III; Joaquín ESCRICHE: *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia,* Nueva edición reformada y considerablemente aumentada por don León GALINDO Y DE VERA y don José VICENTE Y CERVANTES, t IV, Madrid, 1876; Modesto FALCÓN: *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral,* 4.ª ed., Barcelona, 1893, t. III, FEBRERO: *Arreglado a la legislación y práctica vigentes* por una Sociedad de Abogados. Barcelona, 1849, t. III; Clemente FERNÁNDEZ ELÍAS: *Novísimo tratado histórico-filosófico del Derecho civil español,* Madrid, 1873; José María FERNÁNDEZ DE LA HOZ: *Código Civil redactado con arreglo a la legislación vigente,* Madrid, 1843, José FERRER Y SUBIRANA, Mariano NOGUERA y Francisco CARLES *Notas de Derecho Patrio al Tratado de las Obligaciones de Pothier,* 2.ª ed., Madrid, 1872; Pedro GÓMEZ DE LA SERNA y Juan Manuel MONTALBÁN: *Elementos del Derecho Civil y Penal de España, procedimientos de una reseña histórica,* 13.ª edición corregida y aumentada, Madrid, 1881, t. II; Pablo GOROSABEL: *Redacción del Código Civil de España, esparcido en los diferentes cuerpos del derecho y leyes sueltas de esta nación,* Tolosa, 1832; Benito GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español,* t. IV, «Tratado de Obligaciones», Madrid, 1869, 1.ª ed., Sabino HERRERO: *El*

No obstante la inexistencia de una aplicación de estos términos, en el FUERO JUZGO (ley II, tit. VII, libro V) ya se empleaba el término MANCOMUN. Se establecía: *«Si alguno franque siervo aieno, ó que avie de mancomun con otri.»*

En el libro de los FUEROS DE CASTILLA también se establecía:

> «Título del ome que el a su muger mete a otro por fiador —definiendo como—» ambos de man comun.»

En el FUERO VIEJO, ley XI, título 1.°, libro IV:

> «Si un ome con sua muger de mancomun son debdores o fiadores a otro ome.»

En la Ley CCVII de las de ESTILO, al referirse a las deudas contraídas por los cónyuges, aúnan dos términos que hasta entonces se habían empleado de forma independiente: la obligación de «mancomun» y la obligación por el «todo». En concreto la citada ley diría:

> «E otrosi, dice, es á saber que si la mujer se obliga con el marido al deudor mancomun y cada uno por el todo, que si á la mujer demandan toda la deuda, que lo puede fazer, es tenida a pagar toda la deuda. Otrosí, si la mujer es menor de edad que el Fuero manda, y es casada, é se obliga con su marido en el empréstito en la carta del deudo, tenida es ella á la meytad, é si se obligó de mancomun é cada uno por todo, será tenida á todo el deudor si gelo demanda...»

Hay que destacar la Ley CCVII de las de ESTILO ya que se quería significar que tanto marido como mujer asumían una deuda y lo hacían

---

Código Civil español. Recopilación metódica, Valladolid, 1872; Joaquín María PALACIO: *Instituciones del Derecho civil de Castilla, que escribieron los doctores Asso y Manuel, enmendadas, ilustradas y añadidas conforme a la Real Orden de 5 de octubre de 1802,* t. 2.°, 7.ª ed., Madrid, 1806; REDACCIÓN DE LA REVISTA DE DERECHO INTERNACIONAL. *Texto y comentarios al Código Civil español con Exposición de motivos, con un resumen crítico de Manuel Pedregal y Cañedo,* Madrid, 1889, t. II; RODRÍGUEZ DE LA VEGA: «De la Mancomunidad de las Obligaciones», en *RGLJ,* t. XII, 1858, págs. 237 y ss., Joaquín ROMERO Y GINZO: *Sala Novísimo o Nueva Ilustración del Derecho Real de España,* Madrid s.f., tomo primero. Juan SALA: *Ilustración del Derecho Real de España,* La Coruña, 1857, t 2.°; José SÁNCHEZ DE MOLINA BLANCO: *El Derecho Civil español en forma de Código, Leyes, no derogadas, desde el Fuero Juzgo,* Madrid, 1871; Felipe SÁNCHEZ ROMÁN. «Estudios de Derecho civil», 2.ª ed., Madrid, 1889, t. IV *Derecho de Obligaciones,* MARCO TULIO: *Compendio de Derecho civil español,* Madrid, 1893, Calixto VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español,* Madrid-Valladolid, 1913, t. III Parte especial «Derechos personales o de obligaciones»: Salvador DEL VISO: «Lecciones elementales de Derecho civil», 4.ª ed. Valencia, 1879, t. III *De las Obligaciones*

obligándose cada uno de ellos por el todo del débito. Lo destacable es que por primera vez la obligación POR EL TODO se hace preceder de la expresión mancomún que más tarde tomaría cuerpo con la obligación solidaria.

El ORDENAMIENTO DE MONTALVO (Ley II, tít. XIII, libro V) influyó en la propia redacción de la NUEVA RECOPILACION Y NOVISIMA RECOPILACION. De estas compilaciones de Derecho se destaca que cuando varios se obligan sin más frente a otro lo hace simplemente (presunción), de la misma forma la obligación POR EL TODO se sustituye por el término utilizado en el Derecho romano clásico «IN SOLIDUM» (Digesto 45,2,1; D. 54,2,2, y D. 45,2,4 (59).

En conclusión, éstos habrían sido los precedentes legislativos que habían llevado a la doctrina del siglo XIX a identificar la obligación mancomunada como el género que comprendía dos especies: una obligación mancomunada simple (división de la deuda entre los obligados) y, otra, la obligación mancomunada solidaria (el acreedor podría reclamar el total adeudado de cualquiera de los obligados).

Ahora bien, como recapitulación de lo dicho hasta ahora referente al Proyecto de 1851, podríamos decir que hay una limitación de la extensión del perjuicio en la obligación solidaria. Su plasmación vendría recogida por el diferente tratamiento que en él se ofrece de la interrupción de la prescripción, la confusión (60), la imposibilidad sobrevenida y la mora de alguno de los deudores solidarios. La justificación de este diferente tratamiento procedería de la influencia que sufrió el Proyecto de 1851 del Code Civil francés al que siguió de forma literal configurando el régimen jurídico de la obligación solidaria como un supuesto en el que existiría una pluralidad de obligaciones, mientras que el Código Civil actual, apartándose de la regulación del Code Civil, y por tanto del Proyecto de 1851, entiende el

---

(59) En la Novísima Recopilación (Ley III, tít. XI, libro X) cambia el sistema y sigue manteniendo el significado del término mancomunidad. Posiblemente este cambio etimológico provenga de la influencia de la Ley LXI de TORO.

En la relación bibliográfica de los precedentes del término mancomunidad puede consultarse la obra de Miguel Angel PÉREZ ALVAREZ: *La solidaridad en la fianza, op. cit*, págs. 35 a 37; Lasso GAITE: *Crónica de la Codificación Española, op. cit.*, págs. 23 y ss.; RODRÍGUEZ DE LA VEGA: *La mancomunidad de las obligaciones*, cit., págs. 237 y ss; y la RGLJ, tomo IX (1857), págs. 38 a 42, 191 a 195 y 377 a 392; tomo XXVI (1.865), págs. 73 a 90. y bibliografía en ellos citada.

(60) Compárese el actual artículo 1.143 del Código Civil con el artículo 1.159 del Proyecto de 1851 en el que se disponía:

«... la confusión no extingue la deuda mancomunada, sino en la parte y porción del acreedor o deudor en quien tenga lugar la confusión.»

Téngase en cuenta que el Proyecto de 1851 sigue la inspiración del CODE y este último, a su vez, a los autores Precodificadores POTHIER y DOMAT. Sobre la imposibilidad sobrevenida y la mora véase el capítulo 3.° de este mismo título.

régimen jurídico de la solidaridad como un supuesto de UNA UNICA OBLIGACION, al menos, en cuanto a su relación externa. Es decir, lo que nosotros venimos denominando como principios de TOTALIDAD e INTEGRIDAD en las titularidades activa y pasiva en cuanto a las relaciones externas (61).

2.4. El Proyecto de Código Civil de 1836

En el Proyecto de 1836 (62) tampoco encontramos ningún precedente inmediato del actual artículo 1.141, 2.° del Código Civil. Ahora bien, la regulación de la obligación solidaria, en muchas ocasiones, se diferencia de lo estipulado en el Proyecto de 1851. En cuanto a su ubicación sistemática, la obligación solidaria se encuentra regulada en el Libro III bajo el título de «Las obligaciones y contratos y prueba judicial» (Proyecto de 1836) y «De los modos de adquirir la Propiedad» (Proyecto de 1851): a diferencia del Código Civil actual cuya regulación se encuentra en el Libro IV «De las obligaciones y Contratos». Tampoco coinciden, ni de forma aproximada, en cuanto a su relación numérica. En el Proyecto de 1836 la solidaridad se encuentra regulada en los artículos 899 a 919, mientras que en el Proyecto de 1851 aparece su regulación en los artículos 1.056 a 1.070. Aunque, si bien es cierto, en ambos se efectúa una misma división en cuanto a la regulación, por una parte, de la mancomunidad entre acreedores y, por otra parte, de la mancomunidad entre deudores (El Proyecto de 1851 añade unas Disposiciones Generales, arts. 1.056 a 1.059).

---

(61) Caffarena, *op. cit.*, pág. 255 establece: «Si se extingue la obligación solidaria (se está refiriendo a lo estipulado en el artículo 1 143 CC) es porque se entiende que tan sólo hay una obligación Siendo todos y cada uno de los deudores solidarios obligados de manera principal frente al acreedor por la totalidad de la deuda, confundidas en una misma persona las cualidades de acreedor y de uno de los deudores solidarios, se extingue de obligación solidaria, de forma evidente por lo que respecta al deudor cuya cualidad se ha confundido, y también respecto a los demás, *es lógico que se estime extinguida la obligación pues no hay que olvidar que en principio, con las excepciones que el Código expresa, en la relación externa no aparece la diversa participación de los distintos deudores, todos deben la deuda en su totalidad*» (el subrayado es nuestro)

Lógicamente en la legislación italiana (Código Civil de 1942) se sigue la misma redacción que el artículo 1 159 del Proyecto de 1851 del Código Civil. *Vid* el artículo 1 303. Entre la doctrina cabe citar la obra de Rubino: *Delle obbligazioni Obbligazioni alternative. Obbligazioni in solido. Obbligazioni divisibili e indivisibili* (arts. 1.285 a 1.320) en «Comentario del Codice civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca». Bologna-Roma, Nicola Zanichelli Editore. Soc. ed del Foro Italiano, 1961 (2.ª ed.), págs. 234-235.

(62) El Proyecto fue iniciado en 1833 por Manuel M.ª Cambronero, siendo completado en 1836 por una Comisión formada por Tapia, Vizmanos y Ayuso

Pero si hemos iniciado el estudio de este Proyecto de Código Civil admitiendo la inexistencia de un precedente inmediato del actual artículo 1.141, 2.°, otra cosa es la aparición de la idea de «perjuicio» que se produce en este Proyecto. Es cierto, tras la inexistencia de una regulación específica de las obligaciones solidarias se pasa a una regulación concreta de las mismas arrastrando como características propias: la posibilidad de poder reclamar la deuda de cualquiera de los coobligados, la aparición de un régimen jurídico independiente para los supuestos en donde exista una pluralidad de deudores, y la posibilidad, en sede de fianza, de que el fiador quede obligado de forma solidaria (63).

---

(63) El Proyecto de 1836 admitió la existencia de una fianza solidaria en los artículos 1.828 a 1.830. Igualmente en el Proyecto de 1851 aparecía regulada en el artículo 1.750. En concreto, el artículo 1.813 del Proyecto de 1836 establecía. «El fiador puede obligarse, o sólo accesoriamente a falta de cumplimiento de la obligación del deudor, o mancomunadamente con éste como pagador principal.» La consecuencia no era otra que la posibilidad de exigir la deuda en su integridad al fiador sin que éste le pudiera oponer el beneficio de excusión. El artículo 1.814 del Proyecto establecía· «En el primero de los casos expresados en el artículo anterior, el fiador no debe ser reconvenido antes de que hecha la exclusión en los bienes del deudor, se vea que éstos no son suficientes para cubrir la deuda. En el segundo caso puede ser demandado el fiador sin que proceda exclusión de los bienes del deudor.» (Se seguía la argumentación del artículo 909 en sede de la obligación solidaria «... sin que éste pueda oponer el beneficio de división. ») Los artículos 1.828 y 1.829 regulaban las relaciones internas, es decir, la acción que tenía el cofiador que había pagado frente al resto de los cofiadores (En concreto el 1.830 «... la ley declara subrogado al fiador en todos los derechos y acciones que tuviera el acreedor...») La inspiración vendría del artículo 2.021 del Code Civil que decía: «Le caution n'est obligée envers le creancier à le payer qu'a défaut du dêbiteur, qui doit être prálablement discuté dans ses biens, à moins que le caution n'ait renoncé au bénéfice de discussions, auquel cas l'effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis les dettes solidaires.»

Esta especial regulación del Code Civil puede justificar la incongruencia que se había producido en las escrituras realizadas por los Notarios a la hora de configurar una obligación solidaria Decía FEBRERO: «Estos debían extender las escrituras de mancomunidad según el pacto de los contratantes; que no tenía el escribano que poner en ellas renuncia a las leyes del derecho común, que cuando dos o más se obligaban *in solido* era superfluo renunciar al beneficio de división y exclusión, la auténtica *hoc ita del Codex* y las leyes de la mancomunidad, pues bastaba con que constase que todos se obligaban de mancomún por el todo, *in solidum,* a satisfacer a dicho Pedro tantos reales... que todas las demás renuncias eran paja y no servían a otra cosa que para abultar y confundir a los contratantes, y aun a muchos escribanos que ignoraban su contexto como lo probaba el hecho de que algunos interpolasen en la fianza la renuncia a las leyes de la mancomunidad y en éstas la de unas y otras... Véase Alberto BALLARÍN MARCIAL: «Titularidad solidaria», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado,* t. XIII, 1962, págs. 171 y 172. La cuestión no era en absoluto baladí; obsérvese que el artículo 910 del Proyecto de 1836 establecía un supuesto de correlación entre la fianza y la solidaridad *(ídem* en el art 1.070 del Pr. de 1851) que provenía del artículo 1 216 del Code: Si l'affaire pour lequelle la dette a été contractée solidairement ne concernait que l'un coobligés solidaires, celui-ci serait tenu toutes la dette vis-à-vis des autres codébiteurs, qui ne seraient considérés par rapport à lui comme ses cautions» Consideración que procedía de Po-

Por ello Lasso GAITE (64) nos diría: «Merece destacarse el capítulo III, sobre las obligaciones mancomunadas, por su precisión, sobre todo la sección segunda, mancomunada entre deudores (art. 905 a 920) por la escasez de disposiciones anteriores (Nov. X,1,10 y Partidas 5.ª,15,8). No falta correlación de algunos artículos de la sección segunda, como los artículos 906 a 909 y 911, con otros artículos del Code (1.201 a 1.204).»

Efectivamente, el Proyecto de 1836 recogía la línea seguida por el Code en cuanto a la idea de reclamación de la TOTALIDAD de la deuda (art. 909 del Pr. de 1836 en relación con el 1.203 del Code) de cualquiera de los deudores solidarios, y seguidamente, la posibilidad de realizar nuevas reclamaciones contra el resto de los codeudores mientras la deuda no ha sido pagada en su totalidad (art. 911 del Pr. de 1836 en relación con el art. 1.204 del Code) (65).

Ahora bien, en cuanto a la regulación de la idea «perjuicio», el Proyecto mantenía una gran ambigüedad. Mientras que los artículos 915 y 916 limitaban la remisión realizada por el acreedor con uno de los deudores exclusivamente en la parte que le correspondía a dicho deudor (incluso el art. 918 establecía el principio de que los acuerdos entre el acreedor y un deudor NO PERJUDICAN A LOS DEMAS), el artículo 915 *in fine* y el 916, por vía de excepción, admitían la propagación de efectos al conjunto de los deudores solidarios (66). Por otra parte, el artículo 913 y 919 man-

---

THIER. *Tratado de las Obligaciones.* Traducción al español con notas de Derecho Patrio por una Sociedad de Amigos colaboradores, PARTE PRIMERA, Barcelona, 1839.

(64) Lasso GAITE, *op. cit.,* vol. 1.º, pág. 133.

(65) Destaca también en la regulación del Proyecto de 1836 la idea de NO PRESUNCION de la solidaridad. Es decir, el considerar la obligación solidaria como la excepción. Para que existiera tenía que aparecer, o bien, disposición legal al respecto (arg. *ex* art. 908 del Pr. de 1836 y 1.058 del Pr. de 1851), o bien, pacto expreso. En este sentido PÉREZ ALVAREZ: *Solidaridad en la fianza..., op. cit.,* pág. 40, RODRÍGUEZ DE LA VEGA: «De la mancomunidad en las obligaciones», cit , pág. 242; Cristóbal MONTES: *Mancomunidad o solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito,* Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1985; GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN: *Elementos del Derecho Civil y Penal de España precedidos de una reseña histórica, op. cit.,* pág. 320; Benito GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ: *Código o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español,* t. IV. «Tratado de las Obligaciones...», *op. cit.,* pág. 92; SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudio de Derecho Civil,* t. IV, «Derecho de Obligaciones», *op cit.,* pág. 51; SCALS DE PELLICER: Enciclopedia SEIX voz «Obligaciones solidarias», t. XVIII, pág. 226. Además consúltese la bibliografía citada por los autores.

(66) El artículo 915 *in fine:* «Para que ésta se entienda remitida en su totalidad es necesario que se exprese así terminantemente.» En el mismo sentido, por vía de excepción, el artículo 916 establecía: «Sin embargo, de lo dispuesto en el artículo anterior si el acreedor entregare a uno de los codeudores el documento en que conste su crédito, se entiende hecha la remisión aun respecto de los demás.»

En contraposición, el artículo 917 limitaba la propagación de los efectos por pérdida imputable a uno de los deudores siguiendo la línea del artículo 1.205 del Code. Concretamente establecía:

tenían la idea de propagación de los efectos al conjunto de deudores solidarios. En concreto el artículo 913 entendía que:

> *«LA DEMANDA QUE CUALQUIER ACREEDOR ENTABLE CONTRA UN DEUDOR PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION MANCOMUNADA PERJUDICA A LOS DEMAS CODEUDORES, E IGUALMENTE LA SENTENCIA QUE CONTRA EL SE PRONUNCIE, PERO AQUELLOS PODRAN APELAR DE ELLA, Y SI LA SENTENCIA FUESE FAVORABLE AL DEUDOR QUE HABIA LITIGADO, APROVECHARA TAMBIEN A LOS MISMOS.»*

Por su parte el artículo 919 decía: «Todo acto que interrumpe la prescripción de uno de los acreedores o deudores mancomunados (67) aprovecha a los demás.»

Especialmente importantes son estos dos preceptos ya que en ellos encontramos reflejada la idea de TOTALIDAD e INTEGRIDAD en el ejercicio de las acciones frente a cualquiera de los deudores solidarios. Por ello, bien podríamos establecer que *un precedente de nuestro actual artículo 1.141, 2.º ha sido el 913 del Proyecto de 1836,* sin olvidar que en este Proyecto no deja de tener validez la idea de pluralidad de vínculos en la deuda solidaria como reflejo de la influencia del Code francés (arg. *ex* art.

«Si la cosa debida pereciese por culpa o morosidad de un deudor, no se libertarán los otros de pagar la parte del precio que les corresponde a prorrata, pero no estarán obligados a pagar intereses ni resarcir perjuicios» (obsérvese que este precepto hace mención expresa de MOROSIDAD).

(67) En el Proyecto de 1836 se reproduce la confusión sobre la terminología empleada. Obsérvese que en todo momento se está empleando el término «mancomunada» e, incluso, el artículo 905 menciona. «Hay mancomunidad u obligación IN SOLIDUM entre deudores...» Por una parte, la propia denominación de *in solidum* parece antagónica con el concepto de mancomunada. Así, el término *in solidum* era utilizado por el derecho romano clásico para denominar a las obligaciones en las que el acreedor tenía la posibilidad de reclamar la totalidad de la deuda de cualquiera de los deudores. Es tras la aparición del Code francés cuando su denominación pasa a ser la de solidaridad (PLANIOL-RIPERT, en *Droit civil français,* 2.ª ed. París, 1954, t. VII, pág. 414. En el mismo GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ. «Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español», t. IV de *Tratado de las Obligaciones, op. cit.,* pág. 91; GOROSABEL: *Código Civil de España:* Tolosa, 1832, págs. 118 y ss., habían utilizado el término solidaridad «aunque sin justificación alguna», como nos diría RODRÍGUEZ DE LA VEGA en *La mancomunidad de las Obligaciones,* cit , págs. 242, y TAPIA: *Febrero Novísimo redactado,* Madrid, 1845, t. III, págs. 19 y ss.). Por ello no es de extrañar que esta identificación de la mancomunidad con la obligación *in solidum* con el derecho a reclamar la totalidad de cualquiera de los deudores fuera la adoptada por el Proyecto de 1851 (arg *ex* art. 1.056). PÉREZ ALVAREZ: *La solidaridad..., op. cit.,* pág. 37 mantiene la línea histórica del término mancomunidad diferenciando entre la mancomunidad simple, división de la deuda entre los obligados y una mancomunada solidaria como facultad de reclamar la

915, 917 y 918 Pr.). En último lugar, en cuanto a la prescripción, se sigue el mismo régimen que ya habíamos observado en el Proyecto de 1851, es decir, la propagación al conjunto de los deudores solidarios de los actos que interrumpan la prescripción. En conclusión, la idea de «perjuicio» está latente en el Proyecto de 1836 manifestándose en dos hechos concretos:

1. La demanda que cualquier acreedor entable contra un deudor para el cumplimiento de la obligación mancomunada PERJUDICA a los demás codeudores.
2. Todo acto que interrumpa la prescripción respecto de uno de los acreedores o deudores mancomunados APROVECHA a los demás.

2.5. El Derecho Comparado Iberoamericano. Especial referencia de la extensión del «perjuicio» en el Código Civil argentino

El Código Civil de Argentina (aprobado por la Ley núm. 340 de 29 de septiembre de 1869) ubica la regulación de la solidaridad en el Título XIII («De las obligaciones con relación a las personas»), libro II, Sección I («De las obligaciones»), diferenciando entre las obligaciones simplemente mancomunadas (arts. 690 a 698) de las obligaciones solidarias reguladas en el título XIV («De las obligaciones solidarias»), arts. 699 a 717 (68).

Aunque el Código Civil argentino carece de un artículo semejante al actual 1.141, 2.° del Código Civil, artículo en el que entendemos que se recoge la idea de «perjuicio», es correcto anticipar que, en cambio, se

---

totalidad a cualquier obligado. Por otra parte, el Código Civil actual tampoco acierta con la denominación empleada. Con gran claridad, Badosa, en *Dret..., op. cit*, pág. 106, dirá: «Els conceptes de "mancomunitat" i "solidaritat" no es refereixen a l'obligatió com a relació intersubjectiva sinó a les singulars posicions subjectives de credit i deute. S'ha de parlar, doncs, d'obligacions amb credit i/o deute mancomunat o solidari o bé de una mancomunitat/solidaritat activa o passiva segons que ens referim respectivement a la cotitularitat en el credit o en el deute. Segurament perqué hi pot haver manca de simetria entre la titularitat de les posicions juridiques; una obligació pot tenir el crédit o el deute en la titularitat exclusiva i la deute o crédit correlatius en cotitularitat solidarária o mancomunada o pot tenir tant el credit como el deute en cotitularitat però la d'un pot ésser solidària i la de l'altra mancomunada.»

(68) *Vid.* Irma F. Dova de Zavalia: *Código Civil de la República Argentina* (con notas de Vélez Sarsfield y leyes y Decretos complementarios), Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1984.

Es destacable que en la doctrina argentina se ha planteado el problema de la etimología de las obligaciones solidarias Siguiendo a L. De Gasperi: *Tratado de las Obligaciones*, t. II, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1946, págs. 11 y ss. «con la expresión mancomún, preferida por los españoles, no se trataría tanto de traducir la idea de deudores unidos por el "título" para una prestación estipulada a favor de uno o varios acreedores, o sea, por la causa cuanto la de concurrir todos los deudores en una relación jurídica para un fin de la que es contenido de la obligación común».

mantiene la idea de EXTENSION DE EFECTOS («perjuicio») al conjunto de deudores y acreedores como manifestaciones de la idea de TOTALIDAD e INTEGRIDAD en los ejercicios de las titularidades activa y pasiva.

Efectivamente, esta idea de «perjuicio» puede observarse en los artículos 705, 707, 706, 710, 711, 713, 714 y 717.

El Código Civil argentino entiende por solidaridad cuando: «la totalidad del objeto de ella puede, en virtud del título constitutivo o de una disposición de la Ley, ser demandada por cualquiera de los acreedores o cualquiera de los deudores» (arg. *ex* art. 699). A su vez, es una auténtica excepción al principio general que se traduce en la obligación simplemente mancomunada (excepción al principio *concursu partes fiunt* arg. *ex* art. 701) (69).

Retomando la idea de «perjuicio» en el Código Civil argentino es especialmente destacable el artículo 707. En efecto, dedicado a la titularidad solidaria activa, el citado precepto dispone:

> «La novación, compensación, confusión o remisión de la deuda hecha por cualquiera de los acreedores, y con cualquiera de los deudores, EXTINGUE la obligación.»

El propio VÉLEZ SARSFIELD explica que el Código Civil argentino inspirado en la INSTITUTA se aparta de las soluciones otorgadas por el Code francés (70).

---

(69) La idea de la solidaridad como excepción es un principio consagrado en todos los Ordenamientos iberoamericanos. Así, el CODIGO CIVIL DE URUGUAY (por el Dr. Justino J. DE ARECHAGA, Montevideo, 1894) en su artículo 1.365. El CODIGO CIVIL MEXICANO (en Leyes y Códigos de México: El Código Civil para el Distrito Federal, 52.ª ed. Ed. Porrua, S. A., México, 1984) en su artículo 1 988 (en el título únicamente se recoge el término mancomunadas aunque se emplea la fórmula solidaridad para admitir la reclamación de la totalidad, *vid* art. 1.987). Destaca el carácter excepcional de la solidaridad Luis MUÑOZ: *Biblioteca Lex de Derecho y Ciencias Sociales,* vol. 1.º Comentarios al Código Civil para el Distrito y territorios Federales de 30 de agosto de 1928. Antecedentes, concordancias y legislación conexa, jurisprudencia, México Distrito Federal, 1946, pág 440, estableciendo como fuentes propias: las PARTIDAS (ley 85, tít. XII, pág 5.ª), donde se decía: «obligándose dos simplemente se entiende por mitad, salvo si cada uno se obligare *in solidum*» En el mismo sentido el CODIGO CIVIL DE CHILE (Avelino LEÓN HURTADO y otros: *Código Civil de la República de Chile,* edición oficial aprobada por Decreto número 1.261 de 6 de septiembre de 1981, Ministerio de Justicia, 2.ª reimp de la 8.ª ed Santiago de Chile, 1984), en concreto en el artículo 1.511.

Por último, también en el artículo 513 del CODIGO CIVIL PORTUGUES (Jacinto FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ BASTOS, 7.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1984)

(70) CODIGO CIVIL DE ARGENTINA, ob. cit., pág. 193 VÉLEZ SARSFIELD, en su nota al artículo 707 del Código Civil argentino, establece: «Los Códigos francés, sardo, napolitano y holandés disponen que la remisión o quita de la deuda que no es hecha sino por alguno de los acreedores solidarios, no libra al deudor sino de la parte del acreedor.

Partiendo de este precepto, y de la explicación dada por VÉLEZ SARSFIELD, no es de extrañar que la idea de TOTALIDAD e INTEGRIDAD en la obligación solidaria (titularidad activa o pasiva) tuviera su continuidad en los artículos 710, 711, 713 y 714 del Código Civil argentino:

> Art. 710: Si la cosa ha perecido por el hecho o culpa de uno de los deudores, o se hallase constituido en mora, los otros codeudores están obligados a pagar el equivalente de la cosa.
>
> Art. 711: La indemnización de pérdida e intereses en el caso del artículo anterior, podrá ser demandada por cualquiera de los acreedores, del mismo modo que el cumplimiento de la obligación principal.
>
> Art. 713: Cualquier acto que interrumpa la prescripción en favor de uno de los acreedores o en contra de uno de los deudores, aprovecha o perjudica a los demás.
>
> Art. 714: La demanda de interés entablada contra uno de los deudores solidarios hace correr los intereses respecto de todos (71).

Parece que están conformes en cuanto a la novación y compensación. Las razones que tuvieron los jurisconsultos franceses para no dar ese efecto a la remisión o perdón de la deuda fueron, según se ve en sus discursos, que todo acreedor solidario tiene, en efecto, derecho para hacer ejecutar la obligación, pero que la remisión, lejos de ser la ejecución de la obligación, la destruía por un simple acto de liberalidad Un acreedor y un deudor de mala fe podrían por este medio perjudicar a los otros coacreedores, pues le sería fácil suponer una remisión por el total, aun cuando fuese parcial, para sacar ambos provecho de la falsedad... A estas consideraciones puede contestarse que a nadie debe suponerse liberal de lo propio y de lo ajeno, cuando tiene obligación de reintegrarlo; que es más fácil hacer el fraude encubiertamente, dándose el acreedor por recibido de la deuda total, cuando sólo recibió pago parcial, que hacer un fraude manifiesto en la remisión del crédito.» A su vez, cita como argumentos legislativos: La INSTITUTA, libro 3, tít. 29 1, y el Proyecto de GARCÍA GOYENA, artículo 1.061.

Fíjese que tiene el mismo contenido que el artículo 1.143 del Código Civil español, aunque el Código Civil argentino carezca de un precepto como el 1.141,1 del Código Civil, por lo que en principio parece más coherente que nuestro Código Civil.

La misma idea es mantenida en el Código de Chile (arg. *ex* art. 1.513), Código Civil de El Salvador (arg. *ex* art. 1.384), Código Civil de Puerto Rico (arg. *ex* art 1.096). En este precepto vuelve a reproducirse la antinomia del Código Civil español, ver el art. 1.094,1), Código Civil de Perú (arg. *ex* art. 1.216). El Código Civil de México (arg. *ex* art 1.991). En contra el Código Civil de Venezuela (arg. *ex* art. 1.231, pero limitada a la remisión o condonación)

(71) CODIGO CIVIL DE ARGENTINA, *op. cit.*, pág. 195. VÉLEZ SARSFIELD comenta como precedentes legislativos: del art. 710, la L 32, 4, tít 1, libro 22, Digesto y el artículo 1.205 del Code. Del artículo 711, constatando la diferencia con el artículo 1.205 del Code y el artículo 1.065 del Proyecto de 1851, lo justifica diciendo: «Deben (los deudores), pues, sufrir las consecuencias de la culpa del que ha perjudicado al acreedor solidario *Plures eadem actionem habentes unius loco sunt.*

Del artículo 713, la L. 5, tít. 40, libro 8 del Código romano y el Code, art 1.199. Del artículo 714, en el Code artículo 1.207.

En resumen, el Código Civil argentino puede ser entendido, en su conjunto, como precedente de nuestro actual Código Civil. En primer lugar, su correlación con el Código Civil español en cuanto a la extensión del «perjuicio» en las titularidades activa y pasiva (arg. *ex* arts. 707 argentino con el 1.141, 1.° y 1.143 español, titularidad solidaria activa; y los artículos 710, 711, 713, 714 y 717 argentinos con los artículos 1.145 *in fine*, 1.147, 1.974, 1.° y el 1.141, 2.° de nuestro Código Civil). En segundo lugar, por su distanciamiento con relación al Code francés y ordenamientos de su influencia.

En efecto, en el Código Civil argentino, al igual que ocurría en el derecho romano, cada uno de los acreedores *(correi stipulandi)* es considerado individualmente como acreedor UNICO que obra por su cuenta (arg. *ex* art. 705: «el acreedor, o cada acreedor, o acreedores juntos pueden exigir el pago de la deuda por entero contra todos los deudores solidarios juntamente o contra cualquiera de ellos»; artículo 707 en cuanto a los medios de extinción; artículo 708 en cuanto al posible cobro de la deuda por cualquiera de los acreedores; y el artículo 713 en cuanto a la paralización de la prescripción). Prueba de ello es que en sus relaciones con el deudor o deudores no sólo pueden demandar el pago de la totalidad del crédito, sino también pueden disponer de él por remisión o por cualquier forma (novación, compensación, confusión), de forma que extinguido de cualquier modo el crédito en la persona de uno se le reputa igualmente extinguido respecto de los otros.

De la misma forma su distanciamiento con el Code francés en el que cada acreedor no debe ser considerado individualmente, como si fuera el único, ni tan siquiera en sus relaciones con el deudor. Por ende, cada uno de los acreedores debe ser considerado como acreedor sólo de su «parte», y por lo que respecta a la «parte» de sus acreedores, como *mandatario* para cobrar y conservar sus derechos. De ahí la distinción entre el Código Civil argentino, igualmente aplicable al Código Civil español, y el Code francés:

Fíjese que la idea de «perjuicio» en la deuda solidaria es también mantenida en nuestro Código Civil (arg. *ex* arts. 1.147, 2.°, 1974, 1.°, careciendo de artículo concreto para la demanda de intereses pero, no obstante, la existencia de un precepto general de la extensión del perjuicio al resto de los deudores solidarios, es decir, el artículo 1.141, 2.° del Código Civil.

En el resto de Códigos hispanoamericanos no es uniforme el tratamiento de la extensión de los daños y perjuicios al resto de los deudores solidarios (si en cambio hay unanimidad en *cuanto* a la culpa o mora como efecto de perpetuación de la obligación, cuando cualquiera esté inmerso en mora, e incluso en cuanto a la prescripción). En contra del artículo 711 del Código Civil argentino (1.147, 2.° de nuestro Código Civil), el artículo 1 521 del Código Civil de Chile; 1.220 del Código Civil de Perú, 1.392 del Código Civil de El Salvador, 1 372, 7.° del Código Civil de Uruguay. A favor de la extensión, el artículo 1.997 del Código Civil de México, el artículo 529 del Código Civil portugués, el artículo 1 100 del Código Civil de Puerto Rico.

en el primero existiría una UNIDAD DE VINCULOS, en el segundo, UNA PLURALIDAD DE VINCULOS (72).

El Código Civil argentino habría seguido el rigor de la INSTITUTA, prescindiendo de la idea de representación que no había sido conocida en el derecho romano (73).

Por todo, aun prescindiendo el Código Civil argentino de un precepto equivalente al actual artículo 1.141, 2.° del Código Civil, sí que es un antecedente legislativo de primera magnitud. En él influyen las ideas de TOTALIDAD e INTEGRIDAD en el ejercicio de las titularidades activa y pasiva de la solidaridad, y como consecuencia, la extensión de los efectos («perjuicio») al conjunto de los acreedores o deudores por el acto individual de cualquiera de ellos, ya sea judicial o extrajudicial.

2.6. El «CODE NAPOLEON» de 1804. La idea de mandato mutuo como justificación de la limitación del «perjuicio». Su influencia en otros Ordenamientos

El Code Civil regula la solidaridad en el título tercero *«Des contrats ou des obligations conventionnelles en géneral»),* sección cuarta *(«Des obligations solidaires»),* en concreto, dedica los artículos 1.197 a 1.216.

La idea de «perjuicio», que hasta ahora hemos venido comentando a través de la labor legislativa, también aparece recogida en el Code Civil aunque con unos evidentes signos de particularidad.

En concreto, tras definir la solidaridad como: «L'obligation est solidaire entre plusieurs cránciers lorsque le trite donne expressément à chacun d'eux le droit de demander le payement du total de la crance, et le payement fait a l'un d'eux libère le débiteur, encore que le bénefice de l'obligation soint partageable et divisible entre les divers créanciers» (arg. *ex* art. 1.197), y por la parte pasiva de la obligación como: «Il y a solidarité de la part des débiteurs, lorsqu'ils sont obligés à une même chose, de manière que chacun puisse être contraint pour la totalité, et que le payement fait par un seul libère les autres envers le creancier» (art. *ex* art. 1.200), los arts. 1.203, 1.204, 1.205, 1.206, 1.207 y 1.214 mantienen la extensión de los efectos de la solidaridad (74):

---

(72) La idea de unidad de vínculo en la solidaridad es mantenida en la doctrina argentina por Alfredo Colmo: *De las obligaciones,* núm. 534, pág. 382, L De Gasperi: *Tratado de las Obligaciones, op cit,* núm. 838, pág 55. En contra Héctor Lafaille: *Derecho Civil (Tratado de las Obligaciones),* t. II, núm 379, pág. 215; R. M Salvat: *Tratado del Derecho civil argentino,* núms. 919 a 923, pág. 345.

(73) Pothier: *Tratado de las Obligaciones.. , op. cit.,* núm. 534, pág. 383.

(74) La definición otorgada a la solidaridad en el Code Civil es también recogida en el Codice italiano de 1942. En concreto en su artículo 1.292: «L'obbligazione è in

Art. 1.203: «Le cráncier d'une obligation contractée solidairement peut s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir, sans que celui-ci puisse lui opposer le bénefice de division.»

Art. 1.204: «Les poursuites faites contre l'un des débiteurs n'empêchent pas le creancier d'en exercer de pareilles contre les autres.»

Art. 1.205: «Si la chose due a péri dar la faute ou pendant la demeure de l'un ou de plusieurs des débiteurs solidaires, les autres codébiteurs ne sont point déchargés de l'obligation de payer le prix de la chose; mais ceux-ci ne sont point tenus des dommages et intérêts. La créancier peut seulement répéter les dommages et intérêts tant contre les débiteurs par la faute desquels la chose a péri, que contre ceux qui étaient en demeure.»

Art. 1.206: «Les poursuites faites contre l'un des débiteurs interrompent la prescription á l'égard de tous.»

Art. 1.207: «la demande d'intérêts formée contre l'un des débiteurs solidaires fait courir les intérêts à l'égard de tous.»

Art. 1.214, 2: «Si l'un d'eux se trouve insolvable, la perte qu'occasionne son insolvabilité se répartit, par contribution, entre tous les autres codébiteurs solvables et celui qui a fait le payement.»

Tampoco en el Code Civil francés encontramos un precepto semejante a nuestro artículo 1.141, 2 del Código Civil. La razón, aun anticipándonos a conclusiones posteriores, surge por el diferente tratamiento jurídico que la idea de «perjuicio» (extensión de efectos al conjunto de los deudores solidarios) efectúa este ordenamiento jurídico.

Efectivamente, analizando los supuestos de titularidad solidaria activa y pasiva, observamos cómo el «perjuicio» no alcanza el rigor (amplitud) que tienen nuestros artículos 1.141, 1.143, 1.146 y 1.147 del Código Civil (75).

---

solido quando piú debitori sono obbligati tutti per la medisima prestazione, in modo che ciascuno può essere constretto all'adempimento per la totalità e l'adempimento da parte di uno libera gli altri; oppure quando tra piú creditori ciascuno ha dirito di chiedere l'adempimento dell'intera obbligazione e l'adempimiento conseguito da uno di essi libera il debitore verso tutti i creditori».

El CODE DES OBLIGATIONS belga (Titre quatrième: Des modalités des obligations, Chapitre premier: Des obligations solidaires) en su artículo 143 establece: «Il y a solidarité entre plusieurs débiteurs lorsqu'ils déclarent s'obliger de manière qu'a l'égard du créncier chacun d'eux soit tenu pour le tout. A défaut d'une semblable déclaration, la solidarité n'existe que dans les cas prévus par la loi» *Code des Obligations du 30 mars. 1911. Berne. Cancelliere fédéral, 1971.*

(75) G BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE· *Traité theorique et practique de Droit Civil Des Obligations,* Tome Deuxieme 3.ª, ed. París, 1907, págs. 424 y ss., núm. 1307.

La limitación del «perjuicio» en el Code Civil francés se puede sistematizar atendiendo a la siguiente distinción:

2.6.1. *La limitación del perjuicio en la titularidad solidaria activa*

La idea de perjuicio en el Code Civil se puede observar en un doble ámbito los efectos principales y los secundarios. Los primeros se identificarían con la posibilidad por parte de cualquier acreedor de reclamar la totalidad de la prestación y, en consecuencia, el obligar a cada deudor por el total como si fuera el único deudor. Por los segundos, identificaríamos la posibilidad de que la reclamación judicial interpuesta por cualquier acreedor solidario paralice la prescripción frente a todos, haga incurrir en mora igualmente a todos, y, en definitiva, que toda acción judicial o extrajudicial realizada contra cualquier deudor solidario aproveche al resto de los acreedores y, *a sensu contrario,* perjudique a los deudores aunque, y esta es la característica principal, únicamente se realice la reclamación frente a uno de los deudores solidarios (76).

El citado autor constata el diferente tratamiento que tiene la solidaridad pasiva en el derecho español, así: «Le premier de ces systèmes renforce la solidarité. Non seulement il maintient les effets admis par le droit français, mais il en ajoute certains. Ici, nous devons citer avant tout le Code civil espagnol. Il formule, dans son art. 1.141, 2 cette règle générale: *Les actions exercées conre l'un des débiteurs solidaires nuiront aux autres. Mais, conformément à l'art. 1.147 du premier de ces codes, si la chose a péri ou si la prestation est devenue impossible para la faute de l'un des codébiteurs ils seront tous responsables envers le crèancier, du prix et de la ráparation du dommages. Cette dispositton aggrave la situation que, dans le cas prévu, notre Code civil fait à ceux des débiteurs qui ne sont pas en faute .. Le Code Civil espagnol dispose en outre, ainsi que le faisait déjà le Code civil argentin (art 707), que le confusion qui a lieu du chef de l'ún des débiteurs solidaires, éteint l'obligation à l'égard de tous.»*

(76) Es *communis opinio* esta doble distinción del «perjuicio» en la doctrina francesa. Así, BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE: *Traité théorique et practique de Droit Civil Des Obligations, op. cit.,* págs. 258 y ss , núm 1130 (solidaridad activa) y págs. 316 y ss., núms. 1201 y ss. (solidaridad pasiva). BAUDRY-LACANTINERIE: *Précis de Droit civil,* Tome Deuxième (art 711 a 1.386), septième Edition. Paris, 1901, pág. 701 (sol activa) y págs. 704 y ss. (sol. pasiva). M. PLANIOL et J. RIPERT: *Tratado práctico de Derecho civil francés,* tomo séptimo. Las Obligaciones (Segunda Parte). Traducción española de Mario DÍAZ CRUZ, La Habana, 1945, pág 395 A COLIN y H. CAPITANT: *Curso elemental de Derecho civil* (Traducción de la última edición francesa por la Redacción de la Revista de Legislación y Jurisprudencia con notas sobre el Derecho Civil español por DEMOFILO DE BUEN), t. tercero. Teoría general de las Obligaciones, Madrid, 1943, pág. 419. Henri MAZEAUD et León MAZEAUD, *Leçons de Droit civil,* tome Deuxième (premier volume) Obligations. Théorie Génerale. Sixième Edition par François CHABAS (sin especificar fecha), pág. 1.074, núm. 1063. Yvaine BUFFELAN-LANORE: *Droit Civil,* Deuxième Année, París, 1970, págs. 183 y ss. Fernand DARRIBA: *Enciclopedia DALLOZ,* voz «Solidarité», t. V, pág. 21, Sect 1.ª, núm. 5 al 18.

2.6.1.1. La obligación por el todo. Reclamación de la totalidad contra cualquier deudor solidario

El artículo 1.203 del Code Civil admite la reclamación de cualquier acreedor frente a cualquier deudor por la TOTALIDAD de la deuda (arg. *ex* art. 1.197 al definir la solidaridad). A su vez, impide que el deudor pueda interponer el beneficio de división ante la reclamación realizada por el acreedor. Por último, el acreedor podrá reclamar al resto de los codeudores hasta que no se produzca el pago total de la deuda (arg. *ex* art. 1.204).

La doctrina francesa, apartándose del derecho romano y de los precodificadores DOMAT y POTHIER, justifica esta reclamación de la totalidad de la deuda partiendo de la existencia de un «interés común» entre los acreedores para el cobro de la deuda. De hecho, el acreedor solidario no lo era sino de su parte, mientras que podía reclamar el crédito de los demás por el consentimiento que éstos habían prestado a que fuera de esta forma. Este razonamiento es el que hace que en Francia surja la idea de la «representación» o «mandato recíproco» entre los sujetos intervinientes en la obligación (77).

2.6.1.2. Por el derecho de conservar la deuda

La teoría del mandato recíproco entre los acreedores también ofrecía la posibilidad (justificación) para realizar cualquier acto que beneficie, conservando o perpetuando, la deuda. De esta forma se le permitía a cada acreedor que:

1. Pueda requerir al deudor a los efectos de la MORA. Incurriendo el deudor en ella beneficia a todos los acreedores.
2. La demanda de intereses también aprovecha al resto de los acreedores.
3. La interrupción de la prescripción también beneficia al resto de los acreedores.

---

(77) La posibilidad de reclamación de la totalidad de la deuda por cualquiera de los acreedores solidarios, además de encontrarse consagrado en el Code civil, es admitido por la doctrina francesa como un supuesto de MANDATO conferido entre los acreedores para el cobro de la deuda. De esta forma podemos observar a BAUDRY-LACANTINERIE et L BARDE: *Traité Théorique et Practique de Droit Civil Des Obligations, op. cit*, pág. 254, núm 1127; BAUDRY-LACANTINERIE: *Précis de Droit Civil, op cit.*, pág 701; PLANIOL ET RIPERT. «Tratado Práctico de Derecho civil francés», t. Séptimo *Teoría General de las Obligaciones..., op cit.*, pág 412; DARRIBA, voz «Solidarité», pág. 21, núm. 10, BUFFELAN-LANORE: *Droit civil, op. cit.*, pág. 183; H MAZEAUD y L. MAZEAUD en *Leçons de Droit Civil, op. cit*, pág 1.070.

El hecho que la doctrina francesa contemporánea adopte la doctrina del mandato para justificar la posibilidad de reclamación de la totalidad de la deuda por cualquier

A pesar de lo anterior, mandato como beneficio, existirían unos límites en el ejercicio de esta representación. En concreto serían:

1. Ningún acreedor podrá efectuar la novación o la remisión de la deuda sin el consentimiento de los demás. No obstante la novación o remisión, el crédito solidario se mantendría intacto en cuanto a la porción de los demás acreedores. Unicamente produciría efectos en la porción de crédito de quien lo realizó.

2. La confesión judicial del deudor jurando no deber nada ante la reclamación del acreedor no afecta a los demás.

3. La sentencia obtenida a instancia de uno sólo de los acreedores tendría que diferenciarse si es positiva o negativa. Si es positiva debe

---

acreedor solidario provenía de la escuela de la exégesis Efectivamente, MOURLON en *Repetitions escrites sur le Code Civil,* Garnier Frerer Libraires, t. II, París, 1885, núm. 1247, pág. 698, ya entendía que: «En s'obligeant solidairement, chacun des débiteurs, en même temps qu'il promet sa part, recoit et accepte mandat de payer pour les autres, et de les représenter vis-à-vis du creáncier. C'est dans ce mandat réciproque que réside le caractère particulier de la solidarité.»

En cuanto al crédito solidario establecía. «Que chacun créancier a le droit d'exiger le payement intégral de la dette. . d'abord parce que le cráncier qui l'actione agit tant au nom de ses cocránciers, qu'il représente...». En el mismo sentido CROME. Manuale del Diritto civile francese (Dr. ZACHARIAE VON LWGENTHAL), Milano, 1907 (edición italiana de la francesa), pág. 216 (278): «Ma il diritto francese aquesto riguardo, considera ciascuno dei reditori solidali come un semplice mandatario degli altri a ricevere il pagamento». Charles-RAU AUBRY: *Fraderic Zachariae, Cuours de Droit civil français d'après le méthode de Zachariae,* t. IV, París, pág. 28, núm. 298 terc.; DELVINCOURT: *Cours de Droit Civil;* Leobon Valerio LAROMBIERE. *Théorie et practique des obligations,* t. III, París A. Duand et Pedone-Lauriel Editeurs, 1885, en el núm. 16 (art 1.198), Jean Charles Florent DEMOLOMBE: *Cours de Code Napoleon,* t. XXVI, núms. 144 y 151, págs 110 y ss.; Ferdinand LAURENT. *Principes de Droit civil français,* t. XVII, Paris-Bruxelles A. Durand et Pedone Lauriel-Bruylant-Christophe et Comp., 1875 y 1876, núm. 258 *in fine,* pág. 265, donde establece. «Le principe noveau est donc celui-ci: les creanciers solidaires sont associés pour le bénéfice de l'obligation; voilá pourquoi l'article 1197 dispose, contrairement au droit romain, que ce bénéfice se partage entre les creanciers. Comme associé, chacun d'eux droit agir dans l'interêt commun, il a mandat de faire tout ce qui est avantageux à ses cocréanciers, mais il ne peut rien faire de ce qui pourrait leur être préjudicable.» F. MOURLON: *Repetitions escrites sur le Code civil,* París, 1883, núm. 1243, pág. 695, C. B. TOULLIER: *Il diritto civile francese secondo l'ordine del Codice,* t. VI, Napoli, 1839, Stamperia dell'Iride en núm 48, pág 43; J. BOILEAUX, *Commentaire sur le Code civil,* París, 1838, pág. 502, núm 1196; F. VILLAUME: *Comentaire analytique du Code Napoleon,* París, 1855, pág. 378, núms. 1197 y 1198; A DEMANTE: *Cours Analytique de Code civil* (tras el artículo 980 continúa E. COLMET DE SANTERRE), pág. 203, núm. 128; Alexandre DURANTON: *Cours di Diritto civile secondo il Codice francese,* vol. VI, Napoli 1854 (4.ª ed.).

En la doctrina italiana cabe destacar a MELUCCI: *La teoria delle obbligazioni solidali nel diritto civile italiano,* Torino, 1884, págs. 14 y ss , Giorgio GOIRGI: *Teoría de las Obligaciones en el Derecho moderno* Traducida y anotada por la Redacción de la RGLJ, vol. I. Definición de obligaciones, Obligaciones naturales, solidarias, indivisibles, forma y prueba de las obligaciones. Madrid, Inst. Ed. Reus (2.ª ed.) en el número 103 sobre el mandato recíproco.

favorecer al resto de los coacreedores; si es perjudicial, sólo producirá efectos en el acreedor solidario que instó el procedimiento (78).

En resumen, en el derecho francés existe una limitación de la titularidad solidaria activa que se manifiesta en una doble circunstancia:

— Se presume que el acreedor puede disponer de su parte como mejor la parezca (titularidad solidaria activa identificada con el concepto de «parte»).
— Imposibilidad de disponer de la parte de su coacreedor. El mandato sólo le concede el poder recibir el pago. Con lo que la obligación solidaria se configura como una obligación con PLURALIDAD DE VINCULOS.

(78) La limitación de los efectos en la titularidad activa tiene una gran importancia en la doctrina francesa. En primer lugar, en el derecho romano los derechos de cualquier acreedor solidario eran los mismos. El ejercicio de esta titularidad solidaria activa le llevaba, incluso, a poder disponer de la deuda. El acreedor no sólo tenía la posibilidad de demandar el pago de la totalidad de la deuda, sino incluso el de liberar totalmente al deudor por la «acceptilation», «novación», o por la *litis contestatio*. Por otra parte, el acreedor no quedaba obligado a partir con el resto de los acreedores lo recibido, sin perjuicio para éstos del derecho a demandar su parte fundados en una convención o la comunidad de intereses como la que surge en la sociedad En un caso existiría la *communis dividundo* y en otro caso la *actio pro socio Vid.* BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE: *Traité théorique et pactique de Droit Civil Des obligations, op. cit.*, T. Deuxiéme, págs. 258 y 259, L. GASPERI: *Tratado de las Obligaciones, op. cit.*, t. II, pág. 68; AMPARO GONZÁLEZ: *Una visión unitaria (contractual y procesal) de las obligaciones solidarias en el Derecho romano,* Madrid, 1983, pág. 52. Esta autora diría que: «En la solidaridad de las obligaciones *la* stipulatio *única implica una sola* actio, *y por tanto una sola* obligatio, *aunque hayan sido varios los promitentes.*»

En resumen, en el derecho romano clásico existía una UNICA obligación (D. 45, 2, 19; D. 45, 2, 2; D. 45, 2, 9, 1; D. 9, 4, 19; D. 45, 2, 3, 1; D. 35, 2, 62; D. 46, 4, 16 primero, D. 46, 1, 71), e igualmente una UNICA en el objeto de la prestación *eadem res debita*). Estas características llevaban a concluir que cada acreedor pudiera actuar como si fuera el acreedor UNICO que podía actuar por *su cuenta, es decir, investido de una titularidad solidaria activa por la totalidad* (congruente por otra parte con nuestro artículo 1.143 del Código Civil).

Esta titularidad solidaria activa por la totalidad fue mantenida por los Precodificadores DOMAT y POTHIER. M. DOMAT en *Les Loix Civiles dans leur ordre naturel*, 1.ª partie, liv. III, tit. III, sect. I, núms. 4 y 6, París, 1771, establecía: «Lorsqu'un des créancier d'un même dette peut seul et denander le tout et le recevoir Il peut aussi innover la dette et en faire une délégation; car il pouvait acquitter le débiteur et donner même quittance sans rien recevoir. Mais ce créancier doit rendre comptes aux autres de ces changements » En el mismo sentido puede verse en R. J. POTHIER: *Traité des Obligations,* vol I et II, Banchs Editor, Barcelona, 1974. En su número 260 entendía: «Les effets de cette solidité entre créanciers, sont 4° Chacun des créanciers l'étant pour le total, peut avant qu'il été prévenu par les poursuites de quelqu'un de ces créanciers, faire remise de la dette au débiteur, et le libérer envers tous: car de même que le paiement du total fait à l'un des crânciers solidaires libère le débiteur envers tous, de même la remise total, qui tient lieu de paiement, faite par l'un des créanciers, doit le libérer envers tous. *Acceptilatione unius tollitur obligation;* 1.2. ff. de duob. reis »

2.6.2. *Limitación del perjuicio en la titularidad solidaria pasiva*

Partiendo de la inexistencia de un precepto que regule la extensión del perjuicio en la deuda solidaria, como nuestro artículo 1.141, 2.°, el Code civile recoge en los artículos 1.204 a 1.207 la extensión del perjuicio al conjunto de deudores (79):

En cuanto al Code francés, la idea de la titularidad solidaria activa por el total del crédito no es admitida. El acreedor sólo tiene titularidad sobre su parte del crédito. El cambio en cuanto al ejercicio de la titularidad vino justificado por BIGOT-PREAMENEU: «C'est l'execution directe et naturelle du contrat, et c'est à cet égard seulement que ces cocréanciers ont suivi sa foi», y FAVARD entendería: «On a observé que d'après l'art 134 (1.234 Code) la remise de la dette étant au nombre des moyens de libération, l'obligation du débiteur commun devait être éteinte par la remise qu'un des créanciers ferait de la dette, comme par le paiement intégral qu'il aurait reçu... On a répondu à cette objection que l'intention des créanciers, lorsqu'ils conviennenet entre eux de la solidarieté, est bien que chacun d'eux puisse libérer le débiteur en recevant de lui toute la somme due, mais non pas qu'il puisse faire un acte de générosité aux dépens des autres, en remettant la dette puor les parts qui leur reviennent.» En el mismo sentido MOURICAULT diría: «La solidarieté ne s'établit véritablement entre les cèanciers que pour autoriserchacun d'eux à faire au besoin l'affaire de tous et pour les établir á cet effet mandataires reciproques.» Por todos FENET: *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil,* reimpr. de la ed. 1827, Osnabruck, 1968, págs 249, 329, 330. Igualmente en Recueil complet des Discours Prononcés lors de la Discussion du Code Civil par les Divers Orateurs du Conseil D'Estat et du Tribunat, et Discussion particulière de ces Deux Corps Avant la Redaccion Definitive de Chaque Projet de Loi. Tome II DISCUSSION, págs. 465 y 466

En el Code civile también se produce la limitación de los efectos en la titularidad solidaria activa, mientras que rige el sistema de admitir los actos conservativos y de refuerzo del crédito (extensión de los efectos favorables), por ejemplo, la transacción, el juramento, la sentencia, la constitución en mora, el reconocimiento judicial, la interrupción de la prescripción, se entienden que no se extienden jamás los efectos a los otros coacreedores cuando el hecho proviene y se verifica exclusivamente en la persona de uno de los acreedores. En este caso, el efecto queda limitado (perjuicio) a la parte del crédito del acreedor. En este sentido, RUBINO en *Obbligazioni in solido,* Commentario del Codice civile a cura di Scialoja e Branca (arts. 1.285-1.320), 2.ª ed., pág. 142, Jorge AMORTH: *La responsabilidad del deudor solidario* (notas sobre la legislación española por el Excmo. Sr. don Tomás ESPUNY GÓMEZ, Barcelona, 1963), pág. 149: «En virtud del principio general por el cual los efectos perjudiciales nunca se extienden a los demás sujetos solidarios, extendiéndose en cambio los favorables.»

En el mismo sentido GIORGI. *Teoría de las Obligaciones.. , op. cit.,* t. I, núm. 93, págs. 95 y ss.

La escuela de la exégesis también realizó una misma interpretación. Así, AUBRY et RAU, *op. cit ,* t. IV, párr. 299 bis, pág. 20; DEMOLOMBE, *op. cit.,* t. XXVI, núms 142 y ss., pág. 109; MOURLON, *op. cit.,* t. II, núm 1243, pág. 652; TOULLIER, *op. cit.,* t VI, núms. 726 y 727, pág. 754, CROME, *op cit.,* t. II, párr. 278, pág. 217, DURANTON, *op. cit.,* t. XI, núms. 170 a 173, págs. 174 y ss.; LAROMBIERE, *op. cit.,* t. II, art 1.198, núm. 11, pág. 571; MERCADE, *op. cit.,* t. IV, art. 1.198, párr. 597, pág. 492; LAURENT, *op. cit.,* t. XVII, núm. 257, págs 263 y ss.; JOSSERAND: *Derecho civil* (revisado y completado por Brun, traducción de S. Cunchillos), t II, vol. I, núm 757, pág. 368.

(79) La propagación de los efectos al conjunto de los deudores, ya sean principales (el soportar la reclamación de la totalidad de la deuda), o secundarios (arts. 1.204 a

1. La interrupción de la prescripción realizada por uno de los acreedores surte efecto frente al resto de codeudores (art. 1.206 Code).

2. El requerimiento de uno de los deudores por el acreedor a los efectos de la mora se producen respecto de todos ellos (art. 1.205 Code).

3. Si por culpa de uno de los deudores se produce la pérdida de la cosa, todos quedan solidariamente obligados. La culpa de uno de los deudores solidarios se entiende culpa de los demás (art. 1.205 Code).

4. La demanda de interés formulada frente a uno de los deudores solidarios hace que se devenguen perjuicios para todos (art. 1.207 Code).

La limitación del perjuicio, no obstante los artículos anteriores, queda patente en los artículos 1.205 del Code: «mais ceux-ci ne sont point tenus des demmages et interêts».

La justificación venía anunciada por POTHIER cuando decía:

«Observez que le fait, la faute ou la demeuire de l'un des débiteurs solidaires préjudicie, à la vérité, à ses codébiteurs, «ad conservandam et perpetuandam obligationem c'est-à dire, à l'effet qu'ils ne soient pas déchargés de leur obligation par la perte de la chose, et qu'ils soient tenus d'en payer le prix: 'est en ce sens que la loi penult. ff. de duob. reis, dit: *«Alterius factum alteri quoque nocet»*. Mais la faute, le fait ou la demeure de l'un d'eux ne préjudicie pas aux autes *«ad augendam ipsorum obligationem»* (80).

1.207 Code) se entendía en la doctrina francesa como una manifestación del mandato mutuo que existe entre los deudores solidarios Este mandato les llevaba a soportar cualquier acto realizado frente a cualquiera de ellos como si fuese realizado frente a todos. En la exégesis así se entendió, por todos TOULLIER, *op cit.*, t. VI, núm. 631; DURANTON, *op. cit.*, t. XI, núm 217; AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. IV, 298 terc.

(80) POTHIER, *op. cit.*, núm. 273, págs. 252-252. La idea de POTHIER fue recogida por la escuela de la exégesis. En este sentido, COLMET DE SANTERRE, *op. cit.*, t. V, núm. 132 bis, 134 bis, BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit*, t. II, núm 972; LAROMBIERE, *op. cit.*, art. 1.200.

En Italia el artículo 1.308 del Codice establece: «La constituzione in mora di uno dei debitori in solido non ha effetto riguardo agli altri, salvo il disposto dell'art. 1310.» La doctrina italiana también se ha pronunciado sobre la limitación de los efectos, en concreto, MELUCCI, *op cit.*, pág. 75; GIORGI, *op. cit.*, núm. 148; GARGIULU, voz «Solidarietà» en *Il Digesto italiano*. Diretta da LUIGI LUCCHINI, vol. XXII, Parte Prima, Torino, 1899-1903; núm 19, págs. 5 y 6; ADOLFO DI MAJO, voz «Obbligazioni Solidali» (e indivisibili), en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXIX (Obbligazioni-Omicidio), Giuffrè Editore, págs. 315 y ss.

Por último, no hay que olvidar que en el derecho romano la culpa del deudor solidario perjudicaba al resto de los codeudores. Así, la L. 91 Dig De verb. obli. establecía. «Veteres constituerunt quoties culpa intervenerit debitoris perpetuari obligationem.» Así, POMPONIO: «Ex duobus reis ejusdem Stichi promittendis factis. Alterius factum alteri quoque nocet» (L. 18, Dig. De duob. reis constit.). MARCIANO: «Si duo rei promittendi sint, alterius mora, alteri non nocet» (L. 32 penult Dig De usur et fruct.)

Igualmente, la doctrina francesa ha entendido limitado el concepto de perjuicio en los efectos de la cosa juzgada (81). La sentencia dictada contra uno de los deudores solidarios NO producía efectos al conjunto de los codeudores (cotitularidad en la deuda) cuando los codeudores no demandados tuvieran *una excepción personal contra la demanda, o cuando la sentencia fuera el resulado de una colisión fraudulenta entre el acreedor y el deudor demandado que agravara la obligación de éstos.*

En suma, aunque el Code francés parte de la idea de la propagación del «perjuicio» al conjunto de los deudores solidarios no llega a las consecuencias de nuestro Código Civil en todo aquello que suponga un aumento en la responsabilidad del codeudor no responsable (arg. *ex* art. 1.205 del Code). La «ratio» se encontraría en que los deudores se otorgan un *mandato para realizar el pago pero limitado a que no pueda aumentar su responsabilidad* [«Si duo rei promittensi sint, alterius mora alteri non nocet», por ejemplo (82)].

2.7. Los puntos de partida para la interpretación del «perjuicio» en la deuda solidaria

El diferente tratamiento que dispensa nuestro Código Civil a la extensión del perjuicio en la obligación solidaria, en relación a los diferentes

---

y Paolo: «Unicuique sua mora nocet, quod et in duobus reis promittendi observatur» (L. 173, 2 Dig De reg jur.).

(81) La limitación del efecto de la cosa juzgada no aparece regulado por el Code de forma expresa. El artículo 1.351 establece: «L'autorité de la chose jugée n'á lieu qu'a l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soi la même: que la demande soint fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, est formée par elles et contre elles en la même qualité.» El citado precepto no excluye la extensión de la cosa juzgada al resto de los codeudores (es más, parece que lo admite «même qualité») aunque no tiene el rigor de nuestro artículo («vínculos de solidaridad»). No obstante, autores, entre otros, como Aubry y Rau, *op cit.*, t. IV, núm. 298, terc. y en el t. XII, núm 769, Laurent, *op. cit*, t. XX, núm. 120, Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, núm. 328 bis; manteniendo estos autores la no extensión de la cosa juzgada.

En Italia la no extensión de la sentencia es más contundente. El artículo 1.306 establece· «La sentenza pronunziata tra il creditore e uno dei debitori in solido, o tra il debitore e uno dei creditori in solido, non ha effeto contro gli altri debitori o contro gli altri creditori » Entre los autores que analizan la extensión de cosa juzgada puede citarse a Attardi: «Siu limiti di effiacia del'art. 1.1306 Cod. civil», en *RDPr.*, 1953, t. II, pág 52; Frasson. «Le obbligazioni in solido» (arts 1.292-1.312 CC), en *RDC*, 1976, t. II, págs. 254 y ss.; Distaso. «Obbligazioni solidali e opposizione ordinaria di terzo», en *CC*, 1966, t. I, págs. 2 051 y ss.; Busnelli: «La cosa giudicata nelle obbligazioni solidali», en *RTDC*, 1974; Amorth. *La responsabilidad del deudor solidario ., op. cit.*, págs. 207 y ss.; Allorio. *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1936, págs 232 y ss ; Rubino: *Obbligazioni in solido.. , op. cit.*, págs. 288 y ss

(82) Pothier: *Traité, op cit*, núm. 273, págs 252-253.

ordenamientos jurídicos como el francés e italiano, hace que podamos hablar de *un régimen peculiar o propio el seguido por nuestro Código Civil.*

La afirmación que efectuamos toma razón tanto en la solidaridad activa (acreedores) como en la pasiva (o de deudores). Por una parte, en sede de solidaridad activa, la antinomia que se produce entre el artículo 1.141, 1.° y 1.143 CC se resuelve por el predominio del artículo 1.143 del Código Civil, es decir, por el mayor RIGOR en el ejercicio de las titularidades activas y, a su vez, apartándose de la solución otorgada por el Code. Esta solución no sólo proporciona la afirmación del mayor rigor de nuestra solidaridad, sino que sea una solución más acorde con el propio régimen jurídico de la solidaridad, es decir, *el que cada acreedor proyecte el ejercicio de su titularidad sobre la totalidad del crédito, o como si fuera el único acreedor.*

Por otra parte, el «refuerzo» que obtiene nuestra solidaridad tiene su máxima expresión en la deuda solidaria. Efectivamente, en el artículo 1.141, 2.° del Código Civil se establece la *regla general de que las acciones entabladas contra cualquier deudor solidario perjudican al resto de los deudores.* Esta extensión, que venimos denominando «perjuicio» o «acto perjuicio», encuentra su desarrollo, a título particular, en el artículo 1.974, 1.° —interrupción de la prescripción—, en el artículo 1.252, 3.° del Código Civil —extensión de la cosa juzgada—, e incluso, en el artículo 1.109 del Código Civil —en cuanto a los intereses vencidos—. Mas, el artículo 1.147, 2.° del Código Civil —recuérdese que toma como base L'Avant-projet de révision du Code Civil Belge «si la chose due a péri per la faute ou pendant la demeure de l'un ou de plusieurs des débiteurs solidaires, les autres seront tenus du prix de la chose et des dommages-intérêts, sauf leur recours contre le codébiteur par le faute duquel le chose a pêri» confirma el mayor RIGOR DE NUESTRA SOLIDARIDAD haciendo extensible el incumplimiento de cualquiera de los deudores al ámbito de responsabilidad del «grupo». Todos quedarán obligados frente al acreedor del incumplimiento de otro.

Sin duda, nuestro Código Civil, al igual que ocurría en la titularidad activa, parte de la idea de que el conjunto de deudores *deben ser considerados como si fueran UN UNICO DEUDOR en sus relaciones con los acreedores.* Ello es así precisamente por el hecho de que la titularidad de cada deudor solidario se proyecta sobre la totalidad de la deuda, y ésta es *IDENTICA PARA TODOS ELLOS.*

En suma, la relación entre los principios de TOTALIDAD e INTEGRIDAD, y que sobre ellos se prediquen los ejercicios de las titularidades activa y pasiva, no nos demuestran todo el «esplendor» de la solidaridad, ya que éste aparece en la *necesaria conexión que existe entre las titularidades.* Son estas precisiones —recuérdese que las recogíamos en la intro-

ducción— lo que nos demuestran que la norma contenida en nuestro artículo 1.141, 2.° del Código Civil, aun careciendo de antecedentes legislativos, sea un punto de confirmación de lo que hasta ahora venimos destacando.

Para finalizar, el artículo 1.141, 2.° del Código Civil, por su ubicación —recuérdese que se encuentra en el mismo artículo que la norma contenida para la solidaridad activa—, nos demuestra que es una norma directamente aplicable al «perjuicio» que aparece por la actuación procesal de cada uno de los deudores solidarios. Esta afirmación de extensión de la reclamación judicial o extrajudicial al resto de los codeudores se corresponde con la UNIDAD que impregna la solidaridad. Precisamente por ello nuestro Código Civil se separa del Code, Codice (igualmente del Proyecto de Código Civil de 1851), que parten de una configuración de la solidaridad como obligación *«múltiple conjunta»*. Mas, bien podríamos decir que nuestra solidaridad se corresponde con la obligación correal (impregnada de UNIDAD), tras la desaparición de los efectos extintivos de la *litis contestatio,* y se separe de la obligación solidaria (impregnada de PLURALIDAD DE VINCULOS).

Hasta aquí se corresponde con el análisis de los antecedentes legislativos del artículo 1.141, 2.° del Código Civil. Pudiera parecernos que hemos obtenido bien poco de ello, pero, únicamente recordando que nuestro Código Civil parte de un concepto de solidaridad propio, más cercano al derecho romano y en íntima conexión con el Código Civil argentino y L'Avant-Projet de Révision du Code Civil belge, hace que las soluciones ofrecidas por los Ordenamientos jurídicos europeos no sean *prima facie* aplicables a nuestro Derecho pues parte de concepciones de la solidaridad diferentes.

SEGUNDA PARTE. LA EXTENSION DEL «PERJUICIO» A LOS DEUDORES SOLIDARIOS QUE PROVENGA DE UNA *ACCION* EJERCITADA FRENTE A CUALQUIERA DE ELLOS

CAPITULO SEGUNDO. La extensión del «perjuicio» a los deudores solidarios que provenga de una *acción* ejercida frente a cualquiera de ellos

El que entendamos que el régimen de la solidaridad nos lleva forzosamente a hablar de DEUDA UNICA y no de pluralidad de obligaciones en conexión solidaria, como es el caso de la fianza solidaria, tiene su máxima expresión de resultado en la *extensión de los efectos de cualquier acción realizada contra uno frente a todos los deudores solidarios.*

Las posiciones activa y pasiva están caracterizadas por la posibilidad de que cualquiera de los cotitulares, de forma individual, ejercite acciones con trascendencia en el crédito o la deuda respectivamente. Ello es producto, como sabemos, de que las titularidades activa y pasiva se ejercen sobre la TOTALIDAD. Las manifestaciones de estas acciones como efecto de la extensión frente a todos, pueden diferenciarse en:

1. El reconocimiento judicial.
2. La interrupción de la prescripción.
3. La transacción.
4. La cosa juzgada.

1. EL RECONOCIMIENTO JUDICIAL

Podríamos decir que el reconocimiento judicial tiene especial trascendencia en la obligación solidaria. Mediante el reconocimiento de la deuda realizado por cualquiera de los codeudores solidarios se podría llegar a las siguientes consecuencias:

1. El reconocimiento podría paralizar la prescripción con efectos al conjunto de los deudores solidarios. Esta consecuencia procedería de la aplicación del artículo 1.974, 1.° del Código Civil.
2. Por el reconocimiento se podría llegar a extender al conjunto de deudores la existencia de la deuda y, en consecuencia, a confirmar la vinculación solidaria de aquellos que ni tan siquiera han intervenido.

Prima facie, parece que la admisión sin contemplaciones de la extensión del reconocimiento judicial de la deuda al conjunto de los deudores solidarios como manifestación del perjuicio puede entrar en profunda contradicción con el artículo 1.232 del Código Civil al disponer que: *«La confesión sólo hace prueba contra su autor.»* Pero, no debe olvidarse que la admisión sin límites de este reconocimiento judicial podría provocar auténticos fraudes ya que el acreedor y deudor solidarios previamente podrían haber llegado a acuerdos que perjudicarían a los deudores solidarios no intervinientes (83).

---

(83) Téngase en cuenta, aunque lo desarrollaremos a propósito de la reclamación judicial, como PUIG FERROL: *Régimen jurídico de la solidaridad de deudores,* cit., cuando analiza el *ius variandi* a favor del acreedor dice: «En todo caso, cabe conjugar algunos de estos inconvenientes conjugando este *ius variandi* del acreedor *ex* artículo 1.144 del Código Civil con el principio de la buena fe (art 7,1 y 1.258 CC) y la condena del abuso del derecho (art. 7,2 CC), como quizá se daría en el caso de sucesivos litigios instados por el acreedor con el único fin de acumular gastos judiciales o eventuales condenas en costas.»

En suma, podríamos concretar que el límite a la extensión del reconocimiento judicial al resto de los codeudores no intervinientes proviene de la *indefensión* que la misma puede suponerles ya que, en principio, éste se realiza sin su presencia. Pero, ¿existe realmente alguna indefensión? A nuestro entender, para contestar a esta pregunta hay que diferenciar las dos posibles consecuencias que el reconocimiento judicial puede ocasionar.

En primer lugar, el reconocimiento de la deuda, que es uno de los mecanismos de interrumpir la prescripción, debe perjudicar al conjunto de los deudores solidarios. A este sentir responde con toda claridad el artículo 1.141, 2.º del Código Civil («las acciones ejercitadas...»). El término «acciones» tiene a nuestro entender un significado amplísimo que sin lugar a dudas debe incluir el reconocimiento judicial. Esta afirmación también encontraría su confirmación en el artículo 1.252, 3.º del Código Civil. No hay que olvidar que en la obligación solidaria la actuación procesal del deudor solidario demandado perjudica a los demás como así lo demuestra que la sentencia dictada contra uno de los deudores solidarios perjudica a todos éstos (84). Mas la extensión del reconocimiento judicial también vendría afirmado por el artículo 1.141, 1.º del Código Civil que, dirigido a la titularidad activa, establece: «Los acreedores solidarios pueden hacer lo que sea útil para los demás.» Ergo, este «acto útil» efectivamente puede ser el propio reconocimiento que la deuda efectúe un codeudor solidario.

En segundo lugar, PUIG FERRIOL, admitiendo, por otra parte, la extensión de la interrupción de la prescripción por el reconocimiento judicial de uno de los codeudores, limita sus efectos fuera del ámbito de la prescripción extintiva. El citado autor considera que: «... Quiere ello por tanto decir que si una persona reconoce la existencia de una deuda —la cual se presume que se fundamenta en una causa verdadera y lícita: arg. *ex* art. 1.277 CC—, por más que declare que la misma afecta solidariamente a diversos obligados, tal declaración vinculará únicamente al reconocedor; por aplicación en último término de lo dispuesto en el artículo 1.259-1 del Código Civil; en consecuencia si el reconocimiento de la deuda en la forma propuesta no proviene, por lo menos, de dos sujetos, no podrá surgir una obligación con el carácter de solidaria. De ello se sigue, pues, la no aplicación de los artículos 1.973 y 1.974-1 del Código Civil fuera del ámbito de la prescripción» (85).

A nuestro entender la conclusión de PUIG FERRIOL merece un comentario. Por una parte, no podemos compartir la exigencia de que para que el resto de los codeudores solidarios se vean afectados por una actuación procesal,

---

(84) En este sentido se pronuncian BALLARIN: *Titularidad solidaria,* cit., pág. 212, y para el derecho italiano MELUCCI: *La teoría delle obbligazioni solidali nel diritto italiano, op. cit*, pág. 96

(85) PUIG FERRIOL. *Régimen jurídico de la solidaridad de deudores,* cit., pág 472.

no olvidemos que normalmente el reconocimiento de la deuda se producirá en el ámbito de un proceso iniciado a instancia del acreedor, de uno de los deudores tengan los mismos que intervenir, o en palabras de PUIG FERRIOL, sean al menos dos los que intervengan. Y no lo creemos porque si ello fuera así, ¿cómo se justificaría que los actos realizados frente a un deudor solidario como pueden ser la novación, compensación, confusión o remisión tengan repercusión (extensión como «acto beneficio») al resto de los codeudores? De la misma manera, ¿cómo se justificaría, exigiendo como exige el autor la intervención de al menos dos de los deudores solidarios, que la sentencia dictada frente a uno de los deudores solidarios perjudique (extensión «acto beneficio o perjuicio») al resto? En último lugar, ¿cómo justificaría el artículo 1.141, 2.º del Código Civil cuando sanciona que la «acción (en este caso podría ser el reconocimiento judicial de la deuda) contra cualquiera de los deudores solidarios (es decir, con la intervención de un único deudor solidario) perjudicarán a todos éstos»?

En suma, la propia naturaleza de la obligación solidaria lleva implícito el poder de disposición de la totalidad de la obligación tanto por los acreedores como por los deudores solidarios. En el primer supuesto, el acreedor puede disponer del crédito mediante la novación, compensación, confusión o remisión (arg. *ex* art. 1.143, 1.º del CC) con efectos frente a todos los acreedores. En el segundo supuesto, el deudor solidario tendrá igualmente el poder de disposición en la actuación procesal como lo demuestra el propio artículo 1.148 del Código Civil al establecer: «El deudor solidario podrá utilizar...» con lo que se demuestra que en ningún caso queda vinculado en su actuación procesal de los elementos de defensa del resto de los codeudores.

El conjunto de deudores solidarios deben quedar vinculados por la actuación procesal que uno de los codeudores efectúe frente a la reclamación de la deuda, pues en la relación externa, y a ésta nos referimos, el deudor reclamado actúa como si fuera el UNICO deudor. Por ello no vemos cómo puede ser aplicable el artículo 1.259, 1.º del Código Civil en la obligación solidaria.

Por otra parte, no hay que olvidar las relaciones internas que la propia solidaridad comporta. Así, el «acto perjuicio» que puede suponer el reconocimiento de la deuda puede provenir, como decíamos anteriormente, de una situación de acuerdo malicioso entre el acreedor y deudor que pretenden del órgano jurisdiccional una sentencia que recoja este reconocimiento de la deuda sabedores de la extensión de la misma al conjunto de los codeudores no intervinientes. A pesar de este temor racional tampoco encontramos razones para limitar la extensión del reconocimiento judicial. Así, los codeudores no intervinientes podrán impugnar la sentencia que recoja este reconocimiento judicial probando la extinción del vínculo ante-

rior al reconocimiento. De la misma forma, y para el supuesto de que el deudor que ha reconocido la deuda no interponga los mecanismos de extinción como previene el artículo 1.148 del Código Civil, la nivelación del perjuicio vendrá ofrecida en la posibilidad que tendrán los codeudores no intervinientes en interponerlas frente al intento de reclamación de su parte por el deudor que pagó la deuda (arg. *ex* art. 1.145, 2.° del CC). Y por último, para el supuesto de que el acreedor se dirija en ejecución frente a cualquiera de los codeudores no intervinientes, ya sea por propia actividad del acreedor o por la infructuosa ejecución debido a la insolvencia del deudor que ha reconocido, por un reconocimiento fraudulento sería de aplicación el artículo 1.147 del Código Civil «sin perjuicio de su acción contra el culpable o negligente», es decir, éste únicamente será quien deba sufrir el pago total de la deuda.

Por último, nada tenemos que objetar a PUIG FERRIOL ni a DÍEZ PICAZO (86) cuando establecen que por el reconocimiento judicial puede tener otras implicaciones, en concreto, la propia modificación del título o la fijación de la obligación anteriormente constituida. En el primer supuesto, efectivamente, estaremos ante una novación modificativa con lo que la aplicación del artículo 1.143, 1.° del Código Civil llevará a la liberación del conjunto de los codeudores solidarios y al nacimiento del régimen de nivelación del perjuicio en la titularidad activa (arg. *ex* art. 1.143, 2.° del CC). En el segundo supuesto, estaremos ante una fijación de la deuda anterior continuando de esta forma vinculados solidariamente a la satisfacción de la misma prestación (87).

---

(86) PUIG FERRIOL: *Régimen jurídico de la solidaridad de deudores...*, cit., pág. 472. DÍEZ PICAZO: *Fundamentos*, cit., pág. 431.

(87) Téngase en cuenta que la opinión de SERRA DOMÍNGUEZ: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigida por Manuel ALBALADEJO, t. XVI, vol. 2.°, arts 1.214 y 1.253 del Código Civil, Editorial Revista de Derecho Privado, págs. 342 y 343 (comentario al artículo 1.238 del CC): «La solución, previamente el autor desecha la existencia de un *litis consorcio* necesario, puede encontrarse a través del artículo 1.141 del Código Civil estimando que cada uno de los litisconsortes solidarios puede hacer lo que sea útil a los demás, pero no lo que sea perjudicial. Por consiguiente, el juramento decisorio por uno sólo de los litisconsortes solidarios producirá prueba plena en cuanto favorezca a todos los litisconsortes, pero podrá ser libremente apreciado por el Juez en cuanto sea susceptible de originar perjuicio.»

Entendemos que la citada conclusión proviene de una confusión entre «acto útil» y «acto perjuicio» en la titularidad activa. El artículo 1.141 carece de un antecedente claro en nuestra legislación, mientras que el artículo 1.143 parece más conforme con la propia naturaleza de la obligación solidaria. A su vez, en cuanto a la titularidad pasiva, el artículo 1.141, 2.° del Código Civil es contundente: siempre perjudicará (extenderá) en sentido positivo o negativo lo efectuado por un deudor solidario al conjunto de los codeudores solidarios no demandados. Es el rigor de la solidaridad; *lo hecho por uno o frente a uno de los deudores solidarios perjudica a todos éstos.*

Sin duda las dificultades que ofrece el reconocimiento judicial de la deuda provienen

Todas estas apreciaciones que anteriormente hemos realizado parten de la necesaria interpretación del artículo 1.259 del Código Civil. El hecho de que nadie puede contratar, en este caso reconocer judicialmente una deuda, a nombre de otro (efectos frente a otro) sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal cobra en la deuda solidaria especial trascendencia.

En la solidaridad nos encontramos ante una formulación muy cercana a la propia representación ya que cualquiera de los titulares solidarios puede efectuar actos con relevancia frente al resto (arg. *ex* arts. 1.141, 1.º y 2.º, 1.143 del CC).

Esta afirmación cobra en la actividad procesal su máxima expresión. Al acreedor le basta el que uno de los deudores solidarios efectúe una determinada actividad procesal para que la misma produzca efectos frente al resto y, por supuesto, sin influirle para nada las relaciones internas que puedan existir entre los codeudores ya que para aquél es *«RES INTER ALIOS ACTA NOBIS, NEC NOCET, NEC PRODEST»* (87 bis).

Ahora bien, como ya hemos hecho referencia, el reconocimiento judicial de la deuda en el que se esté discutiendo la propia existencia de una vinculación solidaria indudablemente *no puede afectar a los no personados*

---

de la inexistencia de un precepto legal, en sede de obligaciones solidarias, que especialmente establezca la solución legislativa. Por ello entendemos que ante este vacío legal el intérprete debe acudir a los conceptos que, en términos generales, históricamente han regulado la solidaridad. Tampoco podemos acudir a la referencia del Codice italiano (arg. *ex* art. 1 309 *non ha effeto riguardo agli altri..),* ya que como vimos (véase págs. 888 y ss.) parte de una regulación de la extensión del perjuicio diferente a nuestro Código Civil. En aquél no existe un precepto de la contundencia del actual artículo 1.141, 2.º y, por supuesto, no existe un precepto como el artículo 1.252, 3.º del Código Civil *(vid.* art. 1.306 en relación con el art. 2 909 del Codice y art. 324 del Codice di Procedura civile). Por ello ya anteriormente habíamos propugnado que nuestra legislación seguía un sistema genuino y, por supuesto, mucho más cercano al derecho romano

En cuanto al derecho francés, aun careciendo de una norma que expresamente regule este supuesto, reconoce en su artículo 2.248 que «La prescription est interrompe par la reconnaissance que le débiteur ou le possesseur fait du droit de celui contre lequel il prescrivait.»

(87 bis) El Tribunal Supremo, de alguna forma, confirma nuestra afirmación en la Sentencia de 20 de octubre de 1986 (A. 5943), ponente Excmo. Sr. don Matías MALPICA GONZÁLEZ-ELIPE, que ante un supuesto en él tras discutir la vinculación solidaria y *afirmarla* entiende: «Se manifiesta ante terceros en forma auténticamente solidaria, sin perjuicio de las interrelaciones de los demandados entre sí, *que son irrelevantes para extraños, a los que les acomoda perfectamente el adagio "res inter alios acta nobis, nec nocet, nec prodest".»*

Con carácter general también se manifiesta la Sentencia de 1 de julio de 1983 al entender que (tras no admitir la alegada pretensión de *litis consorcio)·* «En cuanto la relación jurídico-procesal queda válidamente constituida demandando a cualquiera de los obligados solidarios, sin perjuicio, claro está, de las posteriores reclamaciones entre ellos al amparo del artículo 1.145, párrafo segundo, del mismo Cuerpo legal

en el proceso (arg. *ex* art. 1.232, 1.º CC. «La confesión hace prueba contra su autor»). El pretender que por la actuación de un deudor «presuntamente» solidario pudiera llegarse a la constitución de una condena solidaria sería extralimitar los propios efectos del reconocimiento judicial de la deuda. Además, téngase en cuenta que ni la propia sentencia podría desplegar dichos efectos. El presupuesto de hecho del que parte el artículo 1.252, 3.º del Código Civil es precisamente la «vinculación solidaria».

En definitiva, el reconocimiento judicial que no tome razón del presupuesto fáctico de la existencia de una vinculación solidaria NO PUEDE AFECTAR DIRECTAMENTE AL CONJUNTO DE DEUDORES SOLIDARIOS, sino únicamente podrá constituir una prueba más para el posterior juicio que pueda plantarse frente al resto de los deudores en reclamación de la totalidad de la deuda.

2. LA INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION

La eficacia colectiva que la interrupción de la prescripción ya la veíamos al analizar la *titularidad solidaria activa* como un supuesto de *«acto útil»* con efectos a todos los acreedores solidarios (arg. *ex* art. 1.141, 1.º CC).

El apartado segundo del artículo 1.141 del Código Civil viene a significar, para la titularidad pasiva, lo que el párrafo primero establece para la activa. En aquélla la eficacia colectiva de la prescripción se corresponde con la extensión de un «acto útil» a todos los acreedores.

El ejercicio de una acción judicial o extrajudicial por cualquier acreedor tendente a paralizar la prescripción extiende sus consecuencias perjudiciales a los demás.

En el derecho romano la extensión de los efectos de la prescripción no tuvo un tratamiento uniforme. En la etapa clásica se había entendido cómo un mecanismo de extinción de la obligación (88). La evolución del concep-

---

(88) MASI voz. «Solidarietà», en *Novisimo Digesto italiano, op cit.*, pág. 834: «Fra le cause di estinzione dell'obbligazione solidale, sempre con riferimento al diritto classico, debbiamo distinguere: *a)* quelle aventi efficacia generale a *b)* quelle aventi efficacia particolare... Así dentro de la segunda dice: 4.º la prescripzione estintiva». De la misma forma se pronunciaba ALBERTARIO: *Le obbligazioni solidali, op cit.*, pág. 174: «Una causa, che doveva operare con efficacia particolae sulla obbligazione solidale, era la prescripzione estintiva. Come l'obbligazione solidale può per un soggeto essere suttoposta a una condizione o a un termine e per altri essere pura e semplice, o sottoposta a un termine diverso, cosi la prescripzione per un soggeto poteva avere un punto diverso da quello degli altri. Conseguentemente, l'interruzione della prescripzione operata dal creditore in confronto di uno dei debitori non devrebbe avere alcuna ripercussione per agli altri condebitori.. » De la misma forma lo recogen PUIG FERRIOL: *Régimen jurídico de la solidaridad de deudores*, cit., pág. 468; CAFFARENA: *La solidaridad de deudores, op cit*, pág. 73.

to y regulación de la solidaridad cristaliza en el derecho justinianeo. En este cuerpo legal se consideraba que la prescripción extintiva produce efectos frente a todos los deudores solidarios. Sin duda alguna, la evolución que se produce en el derecho justinianeo, en el sentido de considerar que los deudores solidarios no quedaban liberados mientras no se hubiera realizado el cumplimiento en su totalidad, llevaba a que lo efectuado frente a uno de ellos tuviera repercusiones frente a todos.

La consagración de la extensión de la interrupción de la prescripción en el Derecho justinianeo aparece en su Código (8, 39, 40, 4) que por la importancia que tiene en el conocimiento de la evolución consagrada en el derecho justinianeo reproducimos a continuación:

> «Cum quidam rei stipulandi certos habebant reos promittendi, vel unus forte creditor duos vel plures debitores habebat, vel contrario multi creditores unum debitorem, et alii ex reis promittendi ad certos creditores debitum agnoverint vel per solutionem vel per alios modos, quos in anterioribus sanctionibus interruptionibus et invenimus positos et nos apliavimus, vel forte ad unum quidam ex debitoribus devotionem suam ostenderunt, vel cum plures essent creditores, debitor qui solus existeret ad unum ex his vel quosdam debitum agovit, et quaerebatur si eis vel ei datur licentia adversus alios indevotionem suam exercere ey quasi tempore emenso exactionem recusare, vel quibusdam ex debitoribus debitum agnoscentibus vel in iudicio pulsatis debent et alii aba omni contradictione repelli: nobis pietate suggerente videtur esse humanum semel in uno eodem que contractu qualicumque interruptione vel agnitione adhibita omnes simul compelli ad debitum persolvendum, sive plures sint rei sive unus, sive plures creditores vel non amplius quam unus. Sancimus in omnibus casibus, quos noster sermo complexus est, aliorum devotionem vel agnitionem vel ex libellodmonitionem aliis debitoribus praeiudicare et aliis prodesse creditoribus. Sit itaque generalis devotio et nemini liceat alienam indevotionem sequi, cum ex una stirpe unoque fonte unus affluxit contractus vel debiti causa ex eadem actione apparruit» (89).

---

(89) Aunque en el Derecho romano clásico hemos dicho que no se establecía la extensión de la interrupción de la prescripción el Digesto 45, 2, 18 establecía, con carácter general, la extensión de los actos realizados por uno de los *correi promittendi* al conjunto de ellos:

«Ex duobus reis ejusdem Stichi primittendi factis alterius factum alteri quoque nocet» (POMPONIUS, lib. V ex Plautio)

Así, aunque el texto está básicamente destinado a la situación de la existencia de culpa de uno de los *correi promittendi* no podíamos dejar de mencionarlo a propósito de un supuesto de extensión de los efectos al resto de los codeudores solidarios por lo

En el *derecho intermedio* autores como ACCURSIO: en comentario a la C. 8, 40, 5, seguía la *extensión* de la interrupción de la prescripción en base a la existencia de *unum debitum.* Así: «Si *plures creditores habent unum debitorem, vel unus creditor plures debitores, vel plures habent pluresd debitores:* et aliquis ex debitoribus solvat alicui ex creditoribus: talis agnitio debiti sufficit ad interrumpedam praescriptionens, qua se volunt alii debitores tueri, qui non cognoverunt: quia talis agnitio debiti ab uno debitore facta uni creditori, aliis debitoribus obest, et aliis creditoribus prodest» (90).

No es de extrañar que la recepción del derecho romano consagrado en nuestras PARTIDAS recogiera la inspiración del texto de Justiniano y de los autores del Derecho intermedio sancionando en la P. 3.31.18 que:

«Prescripta una deuda indivisible por uno de los deudores contra uno de los acreedores, aprovecha á todos los primeros, y perjudica á los segundos; é interrumpida la prescripción por uno de los acreedores contra uno de los deudores, aprovecha á todos aquellos y perjudica á todos estos.» El íter histórico se manifestó en los precodificadores franceses. Efectivamente, DOMAT (91) establecerá:

«Si muchas personas fueran acreedores de una misma cantidad, o poseyeren una finca en común, quedarán para todos interrumpida la prescripción por la demanda judicial aunque sea dirigida contra uno solo, pues para la demanda se ha hecho del derecho que a todos competía, y todos participan igualmente del resultado.»

Igualmente POTHIER (92): «L'interpelation qui est fonte à l'un des débiteurs solidaires interrumpt le cours de la prescription contre tous les autres (l. fin. Cod. de duobus reis). C'est encore une conséquence de ce que chacun des débiterus est débiteur du total. Car le crèancier, en l'interpellant,

---

realizado por uno de ellos. De la misma forma lo realizado por el deudor principal responde el fiador: Paul L. 58 & 1 *De Fidej:* «Cùn facto suo reus principalis obligationem perperuat etiam fidejussoribus durant obligatio».

Un estudio detallado puede observarse en DEMANGEAT: *Des obligations solidaires en Droit romain, op. cit.,* págs. 374 y ss en comentario a la L. 18 *de duobus reis.*

(90) ACCURSIO: *Copus iuris civilis,* IV ad C. 8, 40, 5 Parece que esta solución no fue igualmente seguida para la obligación constituida de forma indivisible. ESPIAU: *La obligación indivisible en el Código civil español, op. cit.,* pág. 417 nos dirá· «La formulación no parece haber sido explícitamente acogida por el Derecho romano ni por la doctrina del Derecho intermedio. Cierto que en su *Tractatus de Praescriptionibus* BALBO hará referencia concreta a la indivisibilidad· «Tertio limita et declara praedictam regulam-dirá-nisi praescribatur pars indivisibilis ab ipso toto; quia tunc praescriptio partis extenditur ad totum ratione individui».

(91) DOMAT: *Las leyes civiles en su orden natural, op. cit.,* art. 17, sección 5.a de la posesión y prescripción, pág. 254

(92) POTHIER: *Drott d'Obligations, op. cit.,* núm. 272, 2.º, págs. 250-251

l'a interpellé pour le total de la dette, même à l'egard des débiteurs qu'il n'a pas interpellés, lesquels ne pourraient opposer une prescription contre le créancier, que sur ce qu'il n'auroit pas u sé de sont droit peur le dette dont ils sont tenus mais ils ne peuvent le prétendre, puisque la dette dont ils sont tenus est la même que celle pour laquelle leur codébiteur a été interpelle pour le total.»

Con estos precedentes no es de extrañar que el Code francés regulara en su artículo 1.206 que: «Les persuites faites contre l'un des débiteurs solidaires interrompent la prescription à l'égard de tous»; que de la misma forma nuestro Código Civil regulara en su artículo 1.974, 1.°: «La interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores» (93).

En realidad, el observar las fuentes históricas, en cuanto a la regulación de la prescripción en la obligación solidaria, nos ha demostrado una vez más cómo en la solidaridad se produce el fenómeno de la extensión de efectos al conjunto de deudores por lo efectuado frente a uno de ellos. Los conceptos de TOTALIDAD E INTEGRIDAD en la deuda solidaria llevan a considerar a cada deudor, en su actuación frente al acreedor, como si fuera el UNICO DEUDOR.

Por otra parte, no es menos cierto que si faltara en el Código Civil el artículo 1.974, 1.° podría haber sido suplido por el propio artículo 1.141, 2.° del Código Civil. La contundencia como este artículo acomete la extensión del perjuicio al conjunto de deudores nos hubiera llevado a una idéntica conclusión.

La justificación de la extensión del perjuicio que supone la paralización de la prescripción puede ser entendido desde dos puntos de vista:

---

(93) A diferencia del Code, nuestro Código Civil no regula las consecuencias de la prescripción de la obligación solidaria en los artículos destinados a su regulación. Situación similar se produce con la confusión que aparece regulada en el artículo 1.194 del Código Civil.

Por otra parte, aunque el precepto haga mención de obligación «mancomunada» como dijimos anteriormente (véase evolución legislativa del concepto «perjuicio») debe leerse obligación solidaria. La confusión procede del Proyecto de 1851, donde lo que se entendía como obligación mancomunada debe entenderse obligación solidaria. De esta forma el artículo 1.059 del Proyecto de 1851 establecía: «Cualquier acto que interrumpa la prescripción en favor de uno de los acreedores, o en contra de uno de los deudores mancomunados, aprovecha o perjudica a los demás.»

La extensión de la interrupción de la prescripción también es adoptada por el artículo 1.310 del Codice: «Gli atti con i quali il creditore interrompe la prescripzione contro uno dei debitori in solido, oppure uno dei creditori in solido interrompe la prescrizione contro il comune debitore, hanno effetto riguardo agli altri debitori o agli creditori.»

Por contra el BGB en su parágrafo 425 ha establecido la eficacia personal de la prescripción, y por tanto, la no extensión de la misma al resto de codeudores.

1. Desde la titularidad activa.
2. Desde la titularidad pasiva.

1. Titularidad de acreedores.

La paralización de la prescripción producirá efectos, forzosamente, frente al conjunto de acreedores, en el caso que siempre seguimos de pluralidad de acreedores solidarios, ya que en primer lugar, cualquiera de los acreedores tiene un poder de disposición del crédito por la totalidad e integridad del mismo. En segundo lugar, vendrá justificado por el artículo 1.141, 1.° del Código Civil al establecer que cualquiera de los acreedores puede realizar lo que resulte beneficioso para el resto. De esta forma el acto útil que supone la paralización de la prescripción justificará su extensión al resto.

2. Titularidad pasiva.

La extensión al conjunto de deudores será la consecuencia de la propia naturaleza de las obligaciones solidarias. En la relación externa, actuación de cualquier codeudor ante la reclamación de cualquier coacreedor, lo actuado frente a uno produce efectos frente a todos (94). Es decir, la conse-

(94) Esta es la opinión defendida por el Profesor DÍEZ PICAZO: *La prescripción en el Código Civil,* Barcelona, 1963, págs. 144 y ss., al establecer: «La interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias perjudica por igual a todos los deudores. Esto significa que la reclamación judicial o extrajudicial del acreedor interrumpe totalmente la prescripción, aunque hubiera sido dirigida contra uno sólo de los deudores solidarios y que el reconocimiento de la deuda hecha por uno sólo de los deudores solidarios produce también efectos interruptivos frente a todos los deudores. La primera parte de la proposición anterior parece clara. Está en armonía con la naturaleza misma de la solidaridad y con la norma expresa del párrafo segundo del artículo 1.141. El acreedor ejercita su derecho de crédito dirigiéndose contra cualquiera de los deudores solidarios Las acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores solidarios dice el artículo 1.141, perjudicarán a todos estos »

En el ámbito de la confianza solidaria al ser aplicable el artículo 1.973 y, especialmente, el artículo 1.974, 1.° también se producirá la eficacia colectiva de la paralización de la prescripción. En particular, y a tenor del artículo 1 975 del Código Civil, establece PÉREZ ALVAREZ: *Solidaridad en la fianza, op. cit.,* pág. 243, «que la interrupción de la prescripción de la obligación accesoria de confianza solidaria se ocasiona: 1. De modo directo por la reclamación judicial o extrajudicial hecha por el acreedor a uno de los fiadores, o, también, por cualquier acto de reconocimiento de la obligación hecho por el cofiador solidario. 2 Como consecuencia de la interrupción de la prescripción de la obligación principal: por la reclamación judicial del débito a un deudor y, asimismo, por el reconocimiento judicial de la deuda hecho por uno de los obligados a título principal».

En la doctrina francesa se ha intentado justificar la extensión de la paralización de la prescripción acudiendo a la teoría del mandato mutuo entre los deudores solidarios (véase la exposición a propósito de la obligación solidaria no uniforme) Entre ellos cabe destacar a BARDE, in BARDE-LACANTINERIE, *op. cit.,* t. II, núm. 1147, DEMOLOMBE, *op. cit.,* t. XXVI, núm. 167, pág. 129; AUBRY Y RAU, *op. cit.,* t. IV, párr. 298, nota 6, pág. 21; MOURLON, *op. cit.,* t. II, núm. 1243, pág. 652; PLANIOL, *op cit*, pág 264, MAZEAUD:

cuencia lógica de la UNIDAD de la obligación solidaria: «sunt enim duo correi una obligatione contristic».

¿Tiene algún límite la extensión del perjuicio que proviene de la interrupción de la prescripción?

La cuestión puede plantearse a raíz de que nuestro Código Civil permite que la obligación solidaria pueda constituirse de forma en que los deudores solidarios aparezcan obligados de forma diferente, es decir, lo que entendemos por solidaridad no uniforme.

En páginas anteriores habíamos concluido que el artículo 1.140 del Código Civil puede actuar como un supuesto de exclusión de titularidades. En el ámbito de la prescripción ello puede suponer que para un deudor o deudores solidarios el plazo sea diferente de los demás. Lo cierto es que nuestro Código Civil no soluciona el problema (95).

Ahora bien, si el artículo 1.140 del Código Civil opera en la obligación solidaria como mecanismo de exclusión de titularidades quiere ello decir, en primer lugar, que la interrupción de la prescripción no se ha pronunciado sobre él (sobre los que existe un diferente plazo), en segundo lugar, como consecuencia de su exclusión en la relación externa, igualmente ha quedado excluido de cualquier reclamación (falta legitimación pasiva), y que mientras no llegue el plazo o tenga lugar la condición también ha quedado excluido de la extensión del perjuicio que supone, como establece el artículo 1.974, 1.° del Código Civil, la interrupción de la prescripción.

---

vol. III parte segunda, pág 319; DARRIBA, *op. cit*, pág. 8. En la doctrina italiana MELUCCI, *op. cit.*, págs. 94 y ss.

Por nuestra parte, como ya mantuvimos anteriormente, no es necesario acudir a las figuras externas a la solidaridad para explicar la extensión del perjuicio. En este sentido se pronuncia, en términos generales, HERNÁNDEZ GIL, *«la solidaridad..»*, cit., págs. 406 a 408. En relación a la prescripción CAFFARENA, *op cit.*, pág. 85; GUILARTE ZAPATERO, *op. cit.*, pág. 270. Ambos autores consideran que la propia institución justifica el que se extienda al conjunto de deudores la interrupción de la prescripción ganada frente a uno de ellos.

Por todo lo anterior no encontramos justificada la conclusión a la que llega PUIG FERRIOL cuando dice que: «Realmente el único precepto que fundamenta el régimen de la interrupción de la prescripción que aparece en el artículo 1.974, 1.° es el artículo 1.147, 2.° del propio cuerpo legal, en cambio lo dispuesto en los artículos 1.141 y 1.144 no es argumento convincente.. En consecuencia, la disposición de este artículo 1.971, 1.° en materia de interrupción de la prescripción sólo puede explicarse también en base a la teoría de la representación entre los distintos codeudores o con base a lo dispuesto en el artículo 1.147, 2.°»

(95) Hemos hecho expresa mención del diferente plazo entre los deudores solidarios, ya que, si la obligación solidaria no uniforme proviene del diferente modo de estar obligado (básicamente la situación de una fianza) sería aplicable el artículo 1.975 del Código Civil «La interrupción de la prescripción contra el deudor principal por reclamación judicial de la deuda, surte efectos también contra su fiador» Sobre la reclamación extrajudicial dirigida frente al fiador puede consultarse a GUILARTE ZAPATERO, *op. cit.*, t. XXIII, pág 286, y PÉREZ ALVAREZ, *op. cit.*, pág. 243, nota 434.

Por otra parte, ello no impide que la prescripción operada frente al resto de los codeudores tenga efectos sobre la TOTALIDAD DE LA DEUDA. Ergo, podríamos hablar de una relación de *exclusión-inclusión* en cuanto al «perjuicio». El deudor excluido de la titularidad pasiva no sufre el perjuicio, y el deudor incluido en la titularidad pasiva debe, siempre, sufrir el perjuicio (96). Solucionado el posible límite que podía suponer el artículo 1.140 del Código Civil, relación de exclusión e inclusión de titularidades, cabe cuestionarse un segundo supuesto en el cual el acreedor solidario realice una reclamación de la deuda no en su totalidad sino una reclamación parcial. A nuestro entender pueden producirse las siguientes consecuencias:

1. Que la reclamación parcial no coincida con la «parte» que el deudor reclamado efectivamente deba (relación interna). En este supuesto es evidente que el deudor solidario no dejará de serlo, es decir, tendrá la obligación de realizar el pago de la cantidad reclamada, y a su vez, en la relación interna con sus codeudores podrá reclamar la parte de la deuda que efec-

---

(96) En términos parecidos se pronuncia CAFFARENA, *op cit.*, pág. 82, que aunque analizando la prescripción desde el punto de vista de las excepciones oponibles (arg. *ex* art. 1 148 del CC) establece el carácter personal, lo que para nosotros supone la exclusión de la titularidad pasiva de uno de los deudores solidarios· «Cuando en virtud de lo permitido por el art. 1 140 del CC resulte que la prestación es exigible en distintos momentos para los diversos deudores solidarios resultará también que el momento inicial del plazo de la prescripción será distinto frente a cada uno de los deudores, y así podrá ocurrir que habiendo transcurrido el plazo de la prescripción para un deudor solidario no lo haya hecho respecto de otro u otros deudores. Si así suceden las cosas, creemos que la prescripción habida en favor de un deudor solidario dará lugar a una excepción personal.»

GUILARTE ZAPATERO, *op cit.*, t. XV, vol 2.°, pág. 272 sobre la hipótesis de la obligación prescrita para uno de los deudores solidarios entiende que. «Si la deuda está vencida respecto de alguno, cuando se actúa contra otro de los deudores, la eficacia del acto se limitará a quienes no tengan vencida la deuda sin que respecto de los otros pueda hacer revivir la obligación extinguida.»

En contra se encuentra PÉREZ ALVAREZ, *op. cit.*, pág. 240. El citado autor hace basar su crítica a la solución apuntada por entender que la unidad de la prestación debe llegar a la unidad en el plazo de prescripción A nuestro entender, el régimen de la solidaridad no es éste. En nada se contradice el requisito de la unidad de prestación, por otra parte requisito esencial de la obligación solidaria (la 1 3 ª, 1 de duobus reis Utique enim, cùm una sit obligatio, una et summa est: ut, sive unus solvat, omnes liberantur; sive solvatur ab altero, liberatio contingat), con la posibilidad de que los deudores solidarios estén obligados de diferente forma como establece nuestro artículo 1.140 y establecía la 1. 7 de duobus reis FLORENTINUS, lib, VIII Institutionum. «Ex duobus reis promittendi alius in diem vel sub contraditione obligari potest: nec enim impedimentob erit dies aut conditio quominùs ab eo qui purè obligatus est petatur» En suma, la posibilidad de que los deudores solidarios estén obligados de diferente forma o con diferentes plazos ya en el derecho romano suponía la exclusión de la titularidad por el todo del deudor en quien no se hubiera cumplido el plazo o la condición. En cambio, el que en nada quedaba afectado mantenía la titularidad solidaria pasiva por la totalidad y por tanto podía ser objeto de la reclamación por el todo

tivamente ha pagado con deducción de la parte que a él le correspondía (arg. *ex* art. 1.145 CC). Aquí la prescripción sólo se podrá predicar de la parte de la deuda que realmente se ha reclamado. Sobre esta parte de la deuda se producirá la extensión del acto perjuicio que supone la paralización de la prescripción (97).

2. Si la reclamación del acreedor coincide con la parte de la deuda que realmente debe el deudor en relaciones internas nos encontramos ante una hipótesis de renuncia a la solidaridad, es decir, una modificación *prima facie* de las consecuencias de la prescripción por la totalidad a la idea de parte propia de la obligación mancomunada. La solución a nuestro entender no es la correcta. En primer lugar, no es cuestionable el que el acreedor pueda disponer de la totalidad del crédito. A ello responde el artículo 1.143 del Código Civil. En segundo lugar, jugaría en contra la posible aplicación del párrafo primero del Código Civil como imposibilidad de realizar un «acto perjuicio» para el resto de los codeudores. Aunque exista una aparente razón de limitación de la posibilidad de renunciar a la solidaridad ya nos manifestamos por la preferencia del artículo 1.143 sobre el 1.141 del Código Civil. Como decía DÍEZ PICAZO (98) «... debemos inclinarnos por admitir el pleno poder de cada acreedor solidario para llevar a cabo actos de disposición del crédito o actos modificativos o extintivos de la relación obligatoria, con plena eficacia, tanto frente al deudor como frente a los coacreedores, y sin otra consecuencia que el deber del acreedor que los lleva a cabo de satisfacer a los coacreedores aquello que éstos hubieran percibido si tal acto no se hubiera llevado a cabo». En suma, si tal reclamación parcial supone la renuncia a la solidaridad en nada se perjudicaría al resto de los coacreedores que en régimen interno obtendrían la nivelación del perjuicio («la parte que les corresponde en la obligación»). En tercer lugar, podría entenderse, y esta es la opinión que nosotros propugnamos, que la hipótesis de renuncia a la solidaridad por el acreedor lo sea parcial. Si se reclama únicamente la parte que a éste le corresponde se entiende, por vía analógica con el artículo 1.146 del Código Civil, que el acreedor ha querido constituirlo en deudor mancomunado sin que el resto pierda la categoría de obligados solidarios. Esta posibilidad, que vendría amparada

(97) GUILARTE ZAPATERO, *op. cit.*, t. XV, vol. 2.°, págs. 272 y 273.

(98) DÍEZ PICAZO: *Fundamentos, op cit.*, pág. 412

De la misma forma puede consultarse el también excelente trabajo del Profesor BADOSA, *op cit.*, pág. 85: «El» no poder «s'ha d'interpretar de manera que no elimini la legitimació exclusiva otorgada en l'art. 1.143,1; per tant, no es pot entendre com ineficàcia de l'acte perjudicial; el creditor solidari podrà, doncs, extingir unilateralment garanties i permetre la prescripsció extintiva; l'art. 1.141,1 es refereix a la il.licitud d'aquests actes en la relació interna entre els creditors, de manera que el cocreditor que hagi realizat l'acte perjudicial n'haurà de respondre als altres»

por el artículo 1.140 del Código Civil, significaría que la interrupción de la prescripción que ocasionaría la reclamación judicial únicamente tendría efectos frente al deudor solidario reclamado y en nada perjudicaría a los codeudores que mantendrían su vinculación solidaria (99).

(99) GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, pág. 1020 ya establecía que: «Fúndase este segundo párrafo en que el mismo acreedor ha dividido la deuda, y non inspicitur à quo, sed quid sit petitum: es preciso, pues, para que se interrumpa la prescripción, respecto de todos los deudores mancomunados, que el acreedor pida a uno de ellos el todo, o una porción como haciendo parte del todo.»

Téngase en cuenta que la conclusión a la que llegamos parte de la propia tesis del Profesor DÍEZ PICAZO, *La prescripción..., op. cit.*, págs. 144 y ss. que entiende que el artículo 1.974 es aplicable a la obligación mancomunada. Un descuido del legislador habría ocasionado que donde se menciona obligación mancomunada debe entenderse obligación solidaria. Por otra parte, no hay que descuidar que autores como GUILARTE, *op. cit*, t. XV, vol. 2.º, pág. 273, y CAFFARENA, *op. cit.*, págs. 118 y 119 (nota 186) llegan a conclusiones contrarias. Pese a ello GUILARTE, *op. cit.*, t. XV, vol. 2.º, pág. 274 entiende que: «Admitiendo como válida la interpretación del precepto (se refiere a párrafo tercero del 1.974 CC). ¿Debe llegarse a una solución distinta a la expuesta? Parece que no, porque, en realidad la interrupción prescriptiva sólo debe tener eficacia en relación al objeto a que se refiere, es decir, a la cuota parcial del deudor interpelado.» Por nuestra parte concluir en el sentido de que la reclamación parcial de la obligación solidaria estaba permitida en el derecho romano sin que ello supusiera la renuncia a la solidaridad (L. 3, 1 De duobus reis: « .. Partes autem à singulis peti posee, nequaquàm dubium est. quemadmodùm et à reo et fidejussore petere possumus. Utique enim, cùm una sit obligatio, una et summa est: ut, sive unus solvat, omnes liberantur; sive solvatur ab altero, liberatio contingat.»

Este es el criterio que ha seguido el Code en su artículo 1.210· «Le créancier qui consent à la division de la dette à l'égard de l'un des codébiteurs, conserve son action solidaire contre les autres, mais sous la déduction de la part du débiteur qu'il a déchargé de la solidarieté.»)

En cuanto a la renuncia de la prescripción ganada por cualquiera de los deudores solidarios nuestra opinión es la de la extensión del perjuicio que ello puede suponer. Esta es nuestra opinión que puede ser diferenciada en dos razonamientos· En primer lugar, y siguiendo a CAFFARENA, *op cit.*, pág. 90, se podría entender incluida la obligación solidaria en el artículo 1.937 del Código Civil y, en consecuencia, entender que cualquiera de los codeudores podría utilizar el beneficio de la prescripción. En segundo lugar, y es esta la opinión de PUIG FERRIOL, cit , págs. 470-471, se produciría la extensión en virtud de la aplicación del artículo 1 147, 2.º del Código Civil, es decir, la responsabilidad por la culpa o mora. Nosotros no compartimos ambas opiniones La segunda, pues no vemos relación alguna entre la prescripción y los supuestos de mora o culpa de uno de los codeudores como extensión al resto. Mas, y a mayor abundamiento, no encontramos razonable acudir a la teoría del mandato —como realiza el autor— para justificar la extensión de los efectos. En cuanto a la primera, tampoco la compartimos pues el deudor solidario reclamado puede renunciar a la utilización de excepciones propias («podrá utilizar») e incluso a las excepciones correspondientes a sus codeudores ante la reclamación judicial. Este poder de disposición sería difícil de compatibilizar con la presunta limitación en el ámbito de la prescripción. Por una parte, si el cualquier deudor es reclamado, existiendo la renuncia a la prescripción, no pagará más de lo debido (la totalidad), por otra parte, el deudor que ha pagado podrá reclamar en vía interna la cantidad que le correspondía al deudor renunciante (arg. *ex* art. 1.145 CC). Lo que propugnamos en nada perjudicará a los deudores solidarios.

3. LA TRANSACCION

Nuestro Código Civil no se pronuncia sobre los efectos de la transacción realizada entre un acreedor y un deudor solidarios. Ahora bien, en aplicación de los principios anteriormente consolidados sabemos que en la obligación solidaria los principios de totalidad e integridad tienen como principal manifestación el poder de disposición. Este se traduce en que el poder de disposición de la íntegra obligación quede a la voluntad de cualquiera de los acreedores (arg. *ex* 1143), y, en el poder de disposición que el deudor tiene en su actuación procesal (arg. *ex* art. 1.148 CC). Por último, como elemento aglutinador, tanto en la solidaridad activa como en la pasiva la consecución de un acto útil o acto perjuicio tendrá trascendencia (extensión) al conjunto de los cotitulares (100).

La jurisprudencia en líneas generales ha seguido el principio de extender la interrupción de la prescripción. Así lo demuestra la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1987 *(Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* pág. 844) establece: *«b)* la sentencia recurrida después de afirmar el carácter solidario de la obligación indemnizatoria de los codemandados —solidaridad no combatida por el recurso— entiende, por aplicación del artículo 1.974 del Código Civil, que la interrupción de la prescripción por los requerimientos notariales y posterior demanda de conciliación practicados respecto a alguno de tales codemandados perjudica a todos ellos, por lo que concluye que si el plazo prescriptivo se inició en 4 de febrero de 1976, ... si tal plazo prescriptivo fue interrumpido por los requerimientos... es visto que la acción indemnizatoria se ejercitó antes del transcurso del plazo de prescripción establecido en el artículo 1 968, 2.° del CC.»

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia comentada por GARCÍA CANTERO en *ADC,* núm. 33, año 1980, pág. 800 y ss Establece que, siguiendo a ALBALADEJO en *la interrupción de la prescripción extintiva no seguida de demanda,* RGLJ noviembre de 1967, «si la prescripción es interrumpida tanto por el ejercicio judicial de la acción como la reclamación extrajudicial del derecho, es absurdo no admitir que se interrumpa por la reclamación o el reconocimiento hechos en conciliación, aunque luego no se llegue a presentar la demanda».

La sentencia de 30 de noviembre de 1906: «En las obligaciones solidarias la interrupción de la prescripción con respecto a alguno de los deudores perjudica a todos, pero no cuando el hecho ocurrió después de consumada la prescripción, pues entonces sólo podrá perjudicar al que lo ejecutó y sus causahabientes, pero no a los demás» (Sentencia recogida en BONET CORREA: *Código Civil por concordancias, jurisprudencia y Doctrina,* t. IV, Civitas, Madrid, 1990, pág. 304).

La sentencia de 7 de marzo de 1912: «Reclamado un crédito por uno de los herederos del acreedor aprovecha a los coherederos para interrumpir la prescripción por encontrarse colocado en igual situación jurídica por la unidad del título, sin que se infrinja el presente artículo ni los artículos 1 137 y 1.974» (BONET CORREA, *op cit.,* pág 305).

(100) Conviene recordar la solución que adoptábamos en relación a la antinomia producida entre los artículos 1 141, 1.° y 1.143, 1.° del Código Civil A nuestro entender, los supuestos incluidos en el artículo 1.143, 1.° del Código Civil tendrán plena eficacia extensiva frente al conjunto de cotitulares en el crédito. Los supuestos excluidos como son aquellos que hagan inexigible el crédito no tendrán la consecuencia de extensión al resto de cotitulares.

Es *communis opinio* en nuestra doctrina que la transacción supone la realización de un contrato por el cual mediante recíprocas concesiones las partes evitan un pleito o ponen fin al que había comenzado (101).

Sin analizar la naturaleza de la transacción por razones obvias (102), sí que conviene resaltar que el artículo 1.809 del Código Civil establece la manera en cómo se producen las recíprocas concesiones: «dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa» (103). Ello nos debe llevar necesariamente al análisis de la capacidad para transigir.

Nuestro Código Civil no contiene una regla general sobre la capacidad

---

Habrá, pues, que descubrir si la transacción puede quedar o no excluida de la aplicación del 1.143, 1.° En todo caso, el resultado cosechado por la misma producirá siempre la extensión en la cotitularidad pasiva (1.141, 2.° del CC).

Sobre los principios de totalidad e integridad BADOSA, *op. cit.*, págs 64 y ss.

(101) En este sentido se pronuncia ALBALADEJO: *Derecho civil..., op cit.*, t. II, vol. II, pág. 437: «(después de calificar la transacción como un contrato). Fin del mismo es eliminar la controversia, estableciendo para el futuro una situación segura». El autor, posteriormente, añade que se trata de un contrato de concesiones recíprocas: «aliquid datum, aliquid retentum».

DÍEZ PICAZO: *Fundamentos.. , op cit*, pág. 432: «La transacción es un negocio destinado a dirimir una *litis,* y de la que suscita el reconocimiento en un nuevo título de la anterior relación obligatoria. En la transacción existe siempre la creación entre las partes de una nueva situación jurídica y de una nueva reglamentación de intereses y, al mismo tiempo, la fijación de un quid pro quo».

ENNECERUS: *Derecho de obligaciones..., op. cit.*, vol. II, pág. 498 y ss. (notas de PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER) establece: «El más preciso contenido de la transacción supone lo siguiente: La incertidumbre de una relación jurídica El requisito de eliminación de la incertidumbre mediante recíprocas concesiones»; LACRUZ. *Elementos. ., op. cit.*, t. II, vol. 3.°: «El propósito práctico de los transigentes de superar la contienda que les afecta, se realiza mediante la liquidación de la misma a través de hacerse recíprocas concesiones en relación a sus encontradas pretensiones, según se desprende de la descripción tipificadora de la causa transaccional contenida en el precepto transcrito» (pág. 546).

Sobre la transacción y su eficacia procesal puede consultarse el extraordinario trabajo de PELÁEZ: *La transacción. Su eficacia procesal,* Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1987.

(102) Sobre la naturaleza jurídica nos remitimos al trabajo de PELÁEZ: *La transacción ., op. cit.*, págs. 83 y ss.

(103) El artículo 1.809 de nuestro Código Civil toma razón del artículo 2.044 del Code: «La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation á naître.»

La definición otorgada en el Code fue seguida por el artículo 1.635 del Proyecto de 1836: «Entendiéndose por transacción un convenio por el cual dos o más personas arreglan un negocio dudoso, a fin de evitar el litigio que pudiera promoverse entre ellas, o terminar el que ya está pendiente.» Y el artículo 1.713 del Proyecto de 1851 establecía: «Convenio no gratuito sobre cosas dudosas, que puede ser hecho antes o después de haberse promovido el pleito sobre ellas.» El Codice en su artículo 1.965 establece; siguiendo al Code pero añadiendo el término *reciproche concessioni.* El apartado segundo del 1965 añade que: «Con la reciproche concessioni si possono creacre, modificare o estinguere anche rappoti diversi da quello che ha formato oggeto della pretesa e della contestazione delle parti.»

de las partes para transigir. Unicamente regula supuestos particulares en los artículos 1.810, 1.811 y 1.812.

Por otra parte, no hay que olvidar que todo parece indicar que nuestro Código Civil parte de la idea de que *transigere est alienare.*

Así lo demostraría el hecho de que nuestro actual artículo 1.809 había seguido el artículo 1.716 del Proyecto de Código Civil de 1851. En el comentario a este último precepto GARCÍA GOYENA establecía que: «La transacción es una de las especies de enajenación» (104). No obstante, la mayoría de la doctrina ha realizado precisiones sobre la capacidad para transigir. Así, PELÁEZ (105) entiende que: «Es, desde luego, cierto que algunas transacciones suponen una verdadera enajenación, pero no cabe duda también de que otras pueden incluirse entre los actos de administración.» Más adelante entiende que el aforismo *transigere est alienare* «puede ser cierto siempre y cuando interpretemos con arreglo a la técnica jurídica que el *alienare* significa disposición, porque la salida de un derecho de nuestro patrimonio, y su entrada en otro, es el máximo acto de disposición que puede hacerse, pero no son términos sinónimos o con el mismo contenido, enajenación y disposición».

Analizado, en síntesis apretadísima, el concepto y la capacidad para poder transigir, intentaremos a continuación compaginar estos conceptos con los ejercicios de cotitularidad activa y pasiva en la obligación solidaria.

En primer lugar, hay que preguntar si en abstracto la transacción es posible en la obligación solidaria. En principio tenemos que pronunciarnos en sentido positivo. Efectivamente, hemos llegado a la determinación que para poder transigir debe tener la capacidad de disponer. Pues bien, es una característica reiterada el que la obligación solidaria viene presidida por los principios de totalidad a integridad. A su vez, estos principios se traducen en la capacidad de disponer, tanto del acreedor o del deudor, de la totalidad de la obligación. En suma, la transacción sería una acción que entraría a formar parte de la capacidad de disponer por la totalidad de la obligación que dispensa al acreedor el artículo 1.143, 1.º, y a su vez, una acción que ejercitada sobre cualquier deudor solidario perjudica a todos los codeudores (arg. *ex* art. 1.141, 2.º del CC). A mayor abundamiento, la transacción sería un supuesto más de la capacidad de disposición del deudor en su actividad procesal (arg. *ex* art. 1.148 CC).

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que la transacción conducirá a una novación. Así, PELÁEZ «si la transacción es un contrato de eliminación

(104) GARCÍA GOYENA. *Concordancias..., op. cit.,* pág. 895

(105) PELÁEZ: *La transacción..., op. cit.,* págs. 69-70. La opinión que recogemos procede de la inserción en el texto de la opinión de GULLÓN: «La transacción», en *Tratado práctico y crítico de Derecho Civil,* t. XLIII, vol. II, Madrid, 1964.

de una controversia siendo fuente de una relación jurídica nueva que va a ocupar el lugar de la primitiva, se puede concluir que la transacción produce una novación de las obligaciones anteriores» (106).

Por ello, la transacción entraría a formar parte, aunque no estuviera regulada de forma expresa, de los supuestos admitidos en el artículo 1.143, 1.º del Código Civil. La solución obtenida mediante la transacción, ya sea un acto útil o un acto perjuicio, llevará implícita la extensión al conjunto de coacreedores y, necesariamente, a los codeudores.

En tercer lugar, aún encontraríamos otro argumento en las consecuencias de la transacción. El artículo 1.816 del Código Civil establece que: «La transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada, pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial.»

Con este precepto, y aun teniendo en cuenta las dificultades que ha mostrado la doctrina sobre la existencia de auténtica cosa juzgada, no puede sino que concluirse admitiendo la extensión de la transacción —asimilable a sentencia (arg. *ex* art. 1.252, 3.º CC)— al resto de los vinculados solidariamente (107).

---

(106) En este sentido, PELÁEZ, *op. cit.*, págs. 124-125. En el mismo sentido cabe citar a SANCHO REBULLIDA: *La novación de las obligaciones,* Barcelona, 1964, págs 354 y ss. SÁNCHEZ ROMÁN. *Estudios . , op. cit.,* t. IV, pág 400; LACRUZ: *Elementos..., op. cit.,* págs. 557-558.

Sobre la inclusión de la transacción en los supuestos del artículo 1.143, 1.º hay que citar a GUILARTE, *op. cit.,* t. XV, vol. 2.º, pág. 281; LACRUZ. *Elementos..., op. cit.,* t. II, vol. 1.º, pág. 63; BALLARÍN: *Titularidad,* cit., pág. 212.

(107) Sobre la dificultad de entender la existencia de la cosa juzgada en la transacción nos remitimos al excelente trabajo de PELÁEZ, *op. cit.,* págs 147 a 169 A pesar de todo queremos destacar la conclusión a la que llega PELÁEZ: «Cuando el CC, en el art. 1.816 dice: ..., está utilizando una expresión metafórica con la única finalidad de reforzar la eficacia que tiene para que no quede reducida a ser ley, como cualquier otro contrato (art. 1.091 CC). Verdaderamente, la transacción produce un efecto vinculante similar al de la función positiva de la cosa juzgada...»

Aunque no podemos olvidar que la sentencia y la transacción tienen diferencias importantes como son· el que la sentencia proviene de un órgano jurisdiccional y la transacción de las partes; que la sentencia proviene de la voluntad de la ley y la transacción de la voluntad de las partes; no hay que olvidar que tienen importantes analogías. Así, PELÁEZ, *op. cit.,* pág. 145, después de citar a LUNA establece: «En resumen, todo contrato por su misma esencia consiste en un acuerdo, pero para lograr algo, por ejemplo, intercambio dinero-cosa. La transacción, por el contrario, tiene como causa y razón de ser el acuerdo, la composición de diferencias entre sí misma, de ahí que el ordenamiento podrá garantizar la efectividad superadora de la transacción le atribuya una fuerza superior a la que otorga para todo contrato el artículo 1.901 CC equiparándola en cierta forma a la sentencia (1.816). En el mismo sentido DIEZ PICAZO· *Fundamentos..., op cit,* pág. 432; GULLÓN: *La transacción..., op. cit,* pág. 60. La Sentencia del TS de 26 de abril de 1963 (RA 2418): «Ha de entenderse e interpretarse (se refiere a la cosa juzgada del art. 1.816) sin mengua de la naturaleza contractual que le es propia y por tanto, en el sentido de que una vez acordada la transacción... será éste y sólo él

En cuarto lugar, no podemos estar de acuerdo en las opiniones ofrecidas por PUIG FERRIOL y DÍEZ PICAZO (108).

PUIG FERRIOL, tras recoger las opiniones de DÍEZ PICAZO y HERNÁNDEZ GIL, entiende que: «El régimen de la transacción no puede venir determinado por lo dispuesto en el artículo 1.143 del CC, por cuanto la transacción no tiene el carácter de subrogado del pago, ya que no produce efecto satisfactorio ni liberatorio, sino únicamente obligacional... ni tampoco puede venir determinado su régimen por lo dispuesto por el artículo 1.148 CC por cuanto no tiene el carácter de excepción personal. El régimen de la transacción en la solidaridad es el que se deriva del artículo 1.835 del CC, que si bien la letra se refiere a la fianza es extensible a la solidaridad. En definitiva es *res inter alios acta.*»

Por su parte, DÍEZ PICAZO, sin llegar a la negación absoluta, establece que: «La transacción celebrada por el acreedor con un deudor solidario no perjudica a los demás. Estos últimos, sin embargo, pueden servirse de ella en cuanto les sea beneficiosa, aceptándola» (109).

A nuestro entender, independientemente de las opiniones ofrecidas por autores citados, consideramos que nuestros razonamientos justifican la extensión de los efectos que produzca la transacción. No podemos negar que en el derecho romano la transacción tuviera una eficacia *inter partes,* y a su vez, que el artículo 1.066 del Proyecto de 1851 estableciera que: «Los acuerdos que el acreedor celebrase acerca de la deuda con uno de los deudores mancomunados no aprovechan ni perjudican a los demás...» Pero ¿qué ocurre con la actual regulación de la solidaridad en nuestro Código Civil? Ya dijimos que la actual regulación de la solidaridad se había separado de la regulación establecida por el Proyecto de 1851. En concreto, esta diferencia venía enmarcada por la mayor amplitud de la extensión del perjuicio. De esta evolución es claro ejemplo el apartado segundo del artículo 1.141 del Código Civil. A su vez, no hay que olvidar que el artículo 1.066 no ha tenido su traslado a nuestro Código actual, es decir, en sede de obligación solidaria. La inexistencia de este precepto, unido a la aparición del artículo 1.141, 2.° son elementos que no pueden dejarse de conocer.

Por último, la referencia al artículo 1.835 del Código Civil tampoco debe correr mejor suerte. El buscar la analogía del régimen de solidaridad (deudor solidario) con la fianza (fiador), por otra parte tan importante en la evolución de la institución de la solidaridad y sobre todo en nuestro derecho

---

quien regule las relaciones futuras insitas en la materia transigida, y por ende, los efectos de la cosa juzgada se manifestarán en el escrupuloso cumplimiento de las obligaciones fijadas...»

Sentencia citada por PELÁEZ, *op cit*, pág. 146.

(108) PUIG FERRIOL: *Régimen jurídico..*, cit, págs. 479-480.

(109) DÍEZ PICAZO: *Fundamentos .., op. cit.*, pág. 432.

histórico, corre un grave riesgo. Aun en el supuesto de la fianza solidaria no podemos olvidar que nos encontramos ante una modalidad de fianza y por tanto de obligación subsidiaria en relación a la obligación principal. El concepto de subsidiariedad excluirá siempre el concepto de solidaridad en que la obligación es única aunque configurada por realidades particulares.

Por último, entendemos igualmente que la opinión de DÍEZ PICAZO puede ser contestada. La solución que propone, por otra parte, es la que sigue el artículo 1.304 del Codice (110), no es sino una forma de retomar la explicación que ofrecían los exégetas del Code francés a propósito de la extensión de los efectos del acto realizado por cualquier codeudor al conjunto de codeudores.

Es decir, la solidaridad entendida como una pluralidad de vínculos y, sobre todo, en la representación recíproca de los deudores y de acreedores *ad conservandam vel perpetuandam obligationem non ad augendam* (111).

Solución que hemos considerado inexistente en nuestro Código Civil.

Admitida la eficacia de la transacción al conjunto de deudores hay que analizar qué consecuencias produce.

El artículo 1.816 *in fine* establece: «Pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial.» Con acierto señala PELÁEZ (112) la imprecisión de la fórmula utilizada por el legislador que ha sido corregida por la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 692 al disponer: «Lo acordado por las partes en el acto de la comparecencia, que habrá de ajustarse a las normas generales para la validez de los contratos, así como a las reguladoras de la renuncia y la transacción, si las hubiere, se llevará a efecto por los trámites para la ejecución de las sentencias.»

La transacción judicial, normalmente por el trámite de la comparecencia del 692 para los procedimientos de menor cuantía llevará por sí misma a la aplicación de los trámites de la ejecución de las sentencias de forma análoga a la sentencia firme (113).

En suma, la actuación procesal realizada por uno de los deudores solidarios extenderá sus efectos frente al conjunto de los codeudores. El ar-

---

(110) El artículo 1 304 del Codice: «La transazione fatta dal creditore con uno dei debitori in solido non produce effetto neiconfronti degli altri, se questi non dichiarano di 'volerne proffittare.» (La misma solución con pluralidad de acreedores.)

(111) En este sentido puede consultarse la obra de AUBRY Y RAY, *op. cit.*, párrafo 298, ter. T. III, pág. 22, 3.ª ed ; MOURLON, *op cit*, t III, núm. 1.253, pág. 700, BAUDRY Y LACANTINERIE, *op cit.*, t. XXIV, núm. 1.299, pág. 697; PLANIOL, *op cit.*, t. II, núm. 761, pág. 246; DURANTON, *op. cit.*, t XVIII, núm. 419 bis, pág 453

(112) PELÁEZ, *op cit*, pág 267

(113) Sobre el estudio del artículo 692 ALMAGRO NOSETE, en *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil,* coordinados por Valentín CORTÉS, Ed. Tecnos, Madrid, 1985.

tículo 1.141, 2.º del Código Civil debería aquí leerse como: «La transacción (acción) ejercitada contra cualquiera de los deudores solidarios perjudicarán a todos éstos» (114).

Partiendo de esta extensión la conclusión final tendrá que resolverse atendiendo al resultado que la transacción produzca. Así, dependerá si la transacción provocó una remisión total o parcial de la deuda, o incluso una novación modificativa o extintiva para que la solución final sea una u otra (115).

Y es que evidentemente la transacción no podría obtener un mayor valor que el propio reconocimiento judicial de la deuda o, incluso, que una

---

(114) El propio Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de abril de 1988 (RA 3297). En el fundamento de Derecho cuarto establece: «Con el que se denuncia quebrantamiento de las formas esenciales del juicio e infracción de las normas reguladoras de las sentencias y concretamente del artículo 919 de la misma Ley, y que hace consistir en que como el auto del Juez de Primera Instancia de fecha 7 de mayo de 1986, por el que se fijó una cuantía mayor del precio real de la enajenación de los inmuebles, no fue apelado por la condenada doña. , entiende y pretende que para que ésta se tenga por firme el expresado auto del Juez y no pueda beneficiarle el aquí recurrido y que dictó la Sala *a quo,* a virtud del recurso de apelación que contra aquél interpuso solamente la otra condenada..., cuya pretensión no puede tener éxito pues cuando los condenados al pago de una cantidad tienen el carácter de deudores solidarios . dicho carácter de deudores solidarios hace que los efectos de la actuación procesal de uno de los condenados ALCANCE A SUS COOBLIGADOS SOLIDARIOS, POR VIRTUD DE LA FUERZA EXPANSIVA QUE LA SOLIDARIDAD COMPORTA .»

En el mismo sentido se pronuncian las Sentencias de 17 de julio de 1984 (RA 4075) y la de 26 de septiembre de 1984 (RA 4358).

Lo que aquí mencionamos de la transacción (actuación procesal) también se predicará de la sentencia (recuérdese su similitud). Mas todo ello se enmarca en lo que nosotros entendemos por la libre disposición de la totalidad de la obligación por parte del deudor solidario que interviene en un proceso iniciado por el acreedor solidario. Lo efectuado en el proceso (proviene de la acción del art. 1.141, 2.º del CC) tiene una expansión al conjunto de codeudores En definitiva, la reducción procesal de los principios de totalidad e integridad.

(115) Sobre la incidencia de la remisión total o parcial de la deuda, y de la novación realizada con un deudor solidario nos remitimos a lo expuesto en el capítulo primero.

No hay que olvidar que para los autores que mantienen la teoría de la validez individual de la transacción consideran que ésta se concreta por la totalidad de la obligación aunque únicamente compromete a uno de los codeudores. Esta es la conclusión de AMORTH: *La responsabilidad del deudor solidario . , op. cit.,* pág. 292 y ss. Con esta eficacia personal de la transacción estos autores tienen que acudir a la ficción que supone la existencia de un doble orden de relaciones; las anteriores a la transacción, y las posteriores a la transacción. A nuestro entender, la solución concluida por estos autores se traduciría en un dilema: ¿Estamos ante una obligación solidaria? o, por contra, ¿aparece una obligación alternativa? Las preguntas son lógicas, pues, si se mantuviera la doble situación obligacional el acreedor podría tener la facultad de elegir la prestación inicial o la prestación transaccional. Por nuestra parte, reiterar que la solución ofrecida por los autores italianos no puede ser seguida por nosotros. Las diferencias existentes a la extensión de los efectos al conjunto de deudores solidarios por el acto efectuado sobre uno de ellos así lo demuestran.

sentencia judicial. Si con el reconocimiento judicial le otorgábamos el límite de la imposibilidad de imponer una vinculación solidaria discutida o al menos discutida en el proceso, la transacción no debe correr mejor suerte, es decir, *res inter alios acta.* Ahora bien, si la vinculación solidaria no es discutida la transacción, recuérdese normalmente en el ámbito de un proceso judicial, podría perfectamente equipararse a la cosa juzgada (arg. *ex* art. 1.816 CC).

El que establezcamos esta diferenciación toma razón del hecho de que el deudor solidario, mediante la transacción, puede no pretender «pulir» meras discrepancias en la interpretación, por ejemplo, del contrato, sino, en el que se pactaran condiciones más gravosas o perjudiciales para sus codeudores que, evidentemente, no fueron parte. Llevar la responsabilidad solidaria *ex* artículo 1.147 CC (infracción de la diligencia en la conservación de la cosa) a la actuación procesal procedente de la transacción efectuada SIN CONOCIMIENTO DE LOS CODEUDORES pudiera parecernos inaceptable (115 bis).

En la doctrina italiana puede consultarse a RUBINO, *op cit.*, págs. 271 y ss.; CORRADO «Transazione e obbligazione solidale», en *RDCo*, 1950, II, pág. 48; RAVAZZONI *La Fideiussione*, Milano Dott A. Giuffrè. Editore, 1957, págs. 39 y ss. Todos ellos tienen en común el aplicar la solución del artículo 1.300 (extinción obligación) cuando la transacción provoque una novación (no aplicación del 1.304). En cuanto a la transacción parcial, los autores son partidarios de la aplicación del artículo 1.301 (remisión). El conjunto de codeudores se aprovecharía «automáticamente» de la reducción de la deuda

(115 bis) El Tribunal Supremo en Sentencia del 29 de septiembre de 1984 se pronuncia por considerar a la transacción como una novación provocando con ello el carácter mancomunado de la vinculación entre los deudores y el acreedor. Igualmente, el Tribunal Supremo en Sentencia del 30 de diciembre de 1988 (RA 10075) entiende que la transacción entre el deudor y el acreedor no perjudica al fiador; «La nueva modalidad en el pago de la deuda, concertada entre acreedor y deudor principal, entraña una prórroga, pues, previsto inicialmente un plazo aproximado de cuatro años, los nuevos pactos de pacto se extienden a un período aproximado de siete años, con la clara desventaja para el fiador que el contrato inicial no contenía intereses, mientras los nuevos pactos fijan un interés del 10 por 100 anual, todo lo cual indica la aplicación del artículo 1.851 del Código Civil, es decir, la extinción de la fianza».

Como podemos observar en ambas sentencias, aunque se trate en una de deudores solidarios y en otra de un fiador, la solución otorgada por el TS es la NO EXTENSION DE AQUELLO QUE SUPONGA UN AUMENTO DE RESPONSABILIDAD. Efectivamente, a nuestro entender la formulación ofrecida en ambas sentencias es perfectamente compatible con el artículo 1.141, 2.º del Código Civil e, indirectamente, con la tesis que estamos defendiendo. Es decir, la conexión recíproca que predicamos de los deudores solidarios que encuentra su manifestación en la COBERTURA DE CUALQUIER INFRACCION DE LA OBLIGACION SOLIDARIA *precisamente tiene que partir de LA OBLIGACION SOLIDARIA.* Si de alguna forma la DEUDA ha sufrido alguna modificación (por ejemplo el aumento de interés, el aumento del principal, etc.) no es posible que afecte a los demás ya que para éstos no les sería de aplicación el artículo 1.141, 2.º del Código Civil. Este artículo parte de la existencia de UNA UNICA DEUDA CONOCIDA Y ADMITIDA POR EL CONJUNTO DE DEUDORES SOLIDARIOS. En

4. LA COSA JUZGADA

Vamos a ocuparnos ahora del perjuicio extensible a los codeudores solidarios proviniente de la sentencia dictada frente a uno de ellos (116).

La extensión de los efectos de la sentencia dictada frente a uno de los deudores solidarios ha sido, y es todavía, una cuestión que ha generado una gran controversia (117). La cuestión podría plantearse mediante estas preguntas:

¿La sentencia dictada contra uno de los deudores solidarios tiene autoridad de cosa juzgada contra sus codeudores?

¿La sentencia dictada en favor de uno de los deudores aprovecha a los otros?

¿Qué valor tiene, en favor y en contra de los coacreedores, la sentencia dictada en juicio trabado por uno de ellos frente al deudor común?

Cuestiones como éstas son las que intentaremos contestar a lo largo de estas páginas que introducimos.

Para resolver las preguntas anteriores podemos partir de un principio: la gran confusión que en la doctrina genera el apartado tercero del artículo 1.252, 3.° del Código Civil. Prueba de ello son las palabras de GÓMEZ ORBANEJA (118) que, al referirse al párrafo tercero del artículo 1.252 del Código Civil, establece: «El problema no tiene solución lógica posible. Resístese, por ejemplo, el buen sentido a admitir que la sentencia ganada

---

suma, la transacción efectuada por un deudor solidario que suponga un aumento de responsabilidad quedaría fuera del ámbito de la extensión del «perjuicio» del artículo 1.141, 2.° del Código Civil, ya que no se predica de la IDENTICA DEUDA que todos tienen frente al acreedor, es decir, es OTRA DEUDA. De la misma forma que si la transacción supusiera una liberación de un deudor solidario (por ejemplo quien es parte en la transacción) sería de aplicación el artículo 1 146 del Código Civil («no libra a éste de su responsabilidad para con los deudores») y el artículo 1.148 del Código Civil («De las que personalmente correspondan a los demás sólo podrá servirse en la parte de la deuda de que éstos fueran responsables») pudiendo ser opuesta esta excepción personal del deudor con quien se efectuó dicha transacción. Por tanto, a nuestro entender es perfectamente posible que el deudor efectúe una transacción limitada a un deudor solidario sin que ello imposibilite una nueva reclamación al conjunto de los deudores (arg *ex* 1.144 CC «no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás»), entendiendo por reclamaciones la propia sentencia, incluso, transaccional.

(116) Hay que tener en cuenta que únicamente nos ocuparemos de si en la solidaridad de deudores se produce la extensión de los efectos de la cosa juzgada (positivos y negativos). Por tanto, no entraremos en el análisis de los efectos inherentes a la cosa juzgada, en particular, en la ejecución de la sentencia contra el patrimonio de cualquiera de los deudores solidarios.

(117) Ejemplos de la controversia generada a propósito de la extensión de la cosa juzgada los podemos encontrar en los recientes trabajos, por otra parte extraordinarios, de CARRERAS DEL RINCIÓN: *La solidaridad de las obligaciones desde una óptica procesal, op. cit.*, y CAFFARENA: *La solidaridad..., op. cit.*

(118) GÓMEZ ORBANEJA: *Derecho..., op cit.*, pág. 450.

por el acreedor contra uno de los deudores solidarios pueda, en virtud de la extensión subjetiva de la cosa juzgada, afectar a los demás codeudores, los cuales son dueños, conforme al artículo 1.148 del Código Civil, de oponer todas las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación y las que le sean personales.»

Frente a este posicionamiento (no extensión de la cosa juzgada) se alza el texto categórico del artículo 1.252, 3.° del Código Civil: «Se entiende que hay identidad de personas siempre que los litigantes del segundo pleito sean causahabientes de los que contendieron en el pleito anterior o estén unidos a ellos por vínculos de solidaridad o por los que establece la indivisibilidad de las prestaciones entre los que tienen derecho a exigirlas u obligación de satisfacerlas.»

Ante lo categórico del texto CAFFARENA ha entendido que: «Es difícil pensar que haya (se refiere al legislador) otra cosa que no sea que el deudor litigante solidario en el segundo pleito es como si fuera el mismo deudor antes demandado a los efectos de la cosa juzgada» (119).

En suma, podemos hablar de dos orientaciones antagónicas a la hora de entender los efectos de la cosa juzgada en los deudores solidarios (120). En primer lugar, aquellos autores que niegan la viabilidad de la extensión de la cosa juzgada en los codeudores solidarios (interpretación funcional del término solidaridad); en segundo lugar, los autores que extienden los efectos de la cosa juzgada a los deudores solidarios no litigantes (interpretación literal del término solidaridad (121).

---

(119) CAFFARENA, *op. cit.*, pág. 22.

(120) Véase ASCOLI: «Obbligazioni solidali e cosa giudicata», en *Riv. Dir. Civ.*, 1916, pág. 542

(121) La doctrina procesalista es especialmente contraria en aceptar una interpretación literal del párrafo tercero del artículo 1.252 del Código Civil. Así, ya vimos cómo GÓMEZ ORBANEJA, *op cit.*, t I, pág. 450 se manifestaba en contra de su admisión De la misma forma GUASP, *op. cit.*, t. I, pág. 560 entiende que· «Hay que entender que el límite subjetivo de la cosa juzgada afecta exclusivamente a los sujetos que son parte en ambos procesos. Respecto a tales partes, la identidad subjetiva exige teóricamente una identidad física. las mismas personas, y una identidad jurídica· la misma calidad jurídica entre las partes de uno y otro proceso...»

Con mayor claridad se pronuncia SERRA DOMÍNGUEZ, *op. cit*, t. XVI, vol. 2.°, pág 694 que tras admitir la extensión de la cosa juzgada en sentido positivo entiende que· «La única excepción que singulariza precisamente el aspecto material de las obligaciones solidarias, la constituye la inexistencia de la función negativa de la cosa juzgada en las reclamaciones formuladas por el acreedor contra los diversos deudores solidarios Según el artículo 1 144 " ..". Lo que no impide que la sentencia recaída en el primer proceso frente a uno de los deudores, produzca eficacia positiva de cosa juzgada en el segundo proceso, sin perjuicio claro está de que el nuevo deudor pueda oponer sus excepciones personales en el segundo proceso, en cuanto no fueran deducidas en el primer proceso... y que, de no intervenir, el deudor solidario demandado posteriormente no podrá alegar la excepción de cosa juzgada . »

Con mayor contundencia se expresa CARRERAS DEL RINCÓN, *op. cit.*, págs. 84-85 al

¿Hemos llegado a un callejón sin salida? Esta podría ser la consecuencia que provocaría el analizar los efectos de la cosa juzgada basándonos en el enfrentamiento doctrinal que sobre el tema existe. En consecuencia, nosotros vamos a estudiar los efectos de la cosa juzgada en la obligación solidaria partiendo de su naturaleza jurídica. Para ello acudiremos con especial dedicación al argumento histórico como muestra del peculiar sistema que nuestro Código Civil dispensa de la obligación solidaria.

---

establecer que: «En nuestra opinión, la cosa juzgada *ex* artículo 1.252, 3.º operará fundamentalmente en función positiva o prejudicial, a pesar de que la literalidad del precepto, por los motivos expuestos, pudiera inducir a otra conclusión. Creemos que la interpretación sistemática deba reafirmarnos en nuestra opinión. Estimamos, por tanto, esencialmente cumplido el objeto propuesto en esta Primera parte. la interpretación del término solidaridad en el citado artículo termina cuando se descubre la *ratio legis,* el espíritu y la finalidad de la norma

En la doctrina civilista se destaca la importancia que en la extensión de la cosa juzgada tiene las excepciones interpuestas por el deudor solidario demandado. Así, PUIG FERRIOL, cit., pág. 474 «el acreedor con base al art. 1.144 del Código Civil, presenta una nueva demanda contra otro de los deudores solidarios, ha de estimarse que éste podrá invocar aquellas causas objetivas que hacen referencia a la obligación como tal, y que no fueron objeto de controversia en el anterior litigio, por cuanto según el artículo 1 148 del Código Civil cualquiera de los deudores solidarios puede utilizar todas las excepciones que se derivan de la naturaleza de la obligación. Por tanto aquí ya no puede operar la eficacia general de la cosa juzgada *ex* art. 1.251 del Código Civil, porque no reconoce el requisito de la identidad de personas que el precepto establece entre los obligados solidariamente, pues si se invoca una causa de extinción de la obligación solidaria es porque el vínculo que establece tal solidaridad no existe .. pese a lo dispuesto en el artículo 1.252 del Código Civil, es evidente que esta sentencia no produce efecto de cosa juzgada material en relación con los demás deudores solidarios que no hayan sido parte en el litigio, y ello por la razón fundamental de que en las obligaciones solidarias uno de sus principios cardinales es el que el acreedor puede dirigirse sucesivamente contra todos los deudores solidarios en tanto no haya recibido íntegramente la prestación (arg. *ex* art. 1.144 CC) Por tanto, la sentencia condenatoria obtenida frente a un deudor en nada afecta a los restantes, pues el acreedor puede ejercitar el *ius variandi* mientras no resulte cobrada la deuda por completo (el subrayado es nuestro).

DÍEZ PICAZO, *op. cit,* págs. 431 y 432, establece como principio general que la «sentencia dictada en juicio seguido por el acreedor con un deudor en términos generales, produce efectos para los demás deudores solidarios, pues así lo instituye expresamente el artículo 1.252 del CC». Posteriormente efectúa un detallado análisis de las excepciones interpuestas por el deudor solidario llegando a la conclusión de que la sentencia absolutoria fundada en causas comunes a todos los deudores solidarios, así como la sentencia condenatoria respecto a los medios comunes de defensa opuestos y desestimados, producen efecto de cosa juzgada.

CAFFARENA, *op. cit,* págs. 22 y ss. e incluso GUILARTE, *op. cit,* t XV, vol. 2.º, pág. 277 limitan los efectos de la cosa juzgada a la función preclusiva introduciendo en ella las excepciones deducidas como las deducibles.

HERNÁNDEZ GIL, cit. *RDP,* pág. 411, SCAEVOLA *Comentarios al Código civil,* t. XX, Madrid, 1958, pág. 536; MORÓN PALOMINO: «El proceso civil y la tutela de terceros», en *RDPr.* 1965, julio-septiembre, págs. 152 y ss. e incluso en la doctrina procesalista MONTERO AROCA, *La intervención adhesiva simple, op. cit,* pág 164, mantienen la extensión de la cosa juzgada directa al conjunto de los codeudores solidarios no demandados basándose en la identidad que para ellos recoge el artículo 1.252, 3.º del CC.

La remisión a la evolución histórica de la cosa juzgada tiene que proporcionarnos, en primer lugar, cuál ha sido la razón por la que el párrafo tercero incorpora la excepción considerando equiparados a las partes litigantes del proceso anterior a los codeudores no intervinientes en el proceso; y en segundo lugar, qué aplicación práctica se traduce de esta equiparación.

Como apunta DÍEZ PICAZO (122) el «párrafo tercero del artículo 1.252 del Código Civil, por lo que a la obligación solidaria respecta, no puede ser interpretado sin tener en cuenta el párrafo primero de dicho artículo...». Efectivamente, el párrafo primero del citado precepto establece que: «Para que la presunción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio, es necesario que, entre el caso resuelto por la sentencia y aquel en que ésta sea invocada, concurra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con lo que lo fueron.»

En el primer párrafo del artículo 1.252 del Código Civil se parte del principio de limitación subjetiva de la cosa juzgada. En el derecho romano se seguía la doctrina de *cognitio extra ordinem: Res inter alios iudicata aliis non praeiudicat.* También era empleado el principio *l'eadem quaestio inter easdem* personas.

En suma, de las expresiones anteriores se desprende que la identidad de las personas era condición necesaria para la admisibilidad de la excepción de cosa juzgada (123).

Ahora bien, junto a la limitación de los efectos de la cosa juzgada a las partes intervinientes *(res inter alios)* convergen una serie de excepciones.

---

(122) DÍEZ PICAZO, en la introducción al trabajo de CAFFARENA: *La solidaridad de deudores, op. cit*, pág. III.

(123) En los estudios del derecho romano se demuestra la necesidad de mantener el principio de *Res inter alios iudicatae neque emolumentum adferre his, qui iudicio non interfuerunt, neque praeiudicium,* es decir, el principio de limitación subjetiva de la cosa juzgada En este sentido se pronuncia ALBERTARIO, *op cit.,* pág 195; Enciclopedia Giuridica Italiana, vol. III, parte IV COSA GIUDICATA-CUTTER. Milano Socxietà Editrice Libraria, 1906, págs. 249 y ss.; *Enciclopedia del Diritto,* t. XVIII Giudicato Civile, Milano, 1969, por PUGLIESE, págs 728 y ss.; *Enciclopedia del Diritto,* t. XXIX, Obbligazioni-Omicidio, 1979, por Adolfo DI MAJO, págs. 325 y ss.; *Enciclopedia Giuridica Italiana,* vol XII. parte I; *Obbligazione,* págs. 478 y ss.; DEMANGEAT, *op cit*, pág. 95; SAVIGNY, *op. cit.,* t I, párrafo 19, núm. 10, pág. 207; MOLITOR, *op. cit.,* t. III, pág. 429; Eduardo VOLTERRA. *Instituciones de Derecho Privado Romano* (traducción, prólogo y notas a la edición española de Jesús DAZA MARTÍNEZ), Ed. Civitas, Reimpresión, Madrid, 1988, págs 241, 255; ALBERTI, *op. cit.,* págs. 41 y ss.; BETTI· *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano. Macerata, 1922, págs. 402 y ss.;* en la doctrina española destaca la extraordinaria obra de SERRA DOMÍNGUEZ: *Comentarios .., op cit.,* t. XVI, vol. 2.°, págs. 628 y ss. Igualmente, CARRERAS: *Tratamiento procesal de la excepción de cosa juzgada en el Derecho positivo español,* en FENEC-CARRERAS: *Estudio de Derecho procesal en el Derecho positivo español,* Barcelona, 1962, págs. 265 y ss., y la obra de CARRERAS DEL RINCÓN: *La solidaridad, op. cit.,* págs. 39 y ss.

Estas excepciones operaban por el mecanismo de extender los efectos de la sentencia a otras personas como lo son el sucesor particular y universal o fiador. La justificación de esta extensión, que como vemos rompía con la limitación subjetiva de los efectos de la sentencia, se hacía sobre la base de la identidad física (124).

La regla general habría sido el acudir a la identidad del reparto jurídico. Cuando esta identidad se producía, la excepción de cosa juzgada se podía oponer a todas aquellas personas que por su posición jurídica no alteraban la naturaleza y la individualidad del reparto jurídico ya juzgado. Así: «L'eccezione di cosa giudicata può opporsi a tutte quelle persone per le quali identico è il rapporto giuridico giudicato tra persone diverse fisicamente da quella» (125).

Nuestro Código Civil también acude al expediente de la identidad de personas cuando establece en el párrafo tercero del artículo 1.252, 3.º que: «Se entiende que hay identidad de personas siempre que los litigantes del segundo pleito de los que contendieron en el pleito anterior o estén unidos a ellos por los vínculos de solidaridad o por los que establece la indivisibilidad de las prestaciones entre los que tienen derecho a exigirlas u obligación de satisfacerlas.»

La fuente que inspiró este párrafo tercero fue el «Avant-Projet de Revision du Code Civil» de LAURENT. A éste, en efecto, y concretamente al apartado tercero del artículo 1.380, remite el artículo 1.265 del Anteproyecto de 1882-1888 del que aquél es transcripción literal. Ahora bien, LAURENT, en el precepto citado, se limita únicamente a configurar, por vía negativa, el requisito de la identidad de personas.

El autor nos dirá: «Il faut que la demanda soit entre les même parties: les ayants cause qui ont un droit réel dans la chose, tels que les creanciers hypothécaires, ne sont pas censés être parties dans le jugement qui intervient postérieurement.» Mas adelante nos añadirá el autor que: «On est

(124) *Enciclopedia Giuridica italiana* Direzione di Pasquale STANISLAO MANCINI, *op. cit*, pág. 249.

(125) *Enciclopedia Giuridica Italiana*, *op. cit.*, pág 249. Especialmente importante es el estudio que se ofrece sobre textos del Digesto, y sobre las diferentes teorías para mantener la extensión de los efectos de la cosa juzgada. «Si può affermare adunque che nè l'identità fisica delle persone, ne il concetto della rapresentanza, nè quello legittimo contradditore sono regole per l'ammissibilità dell'eccezione di cosda giudicata, ma la vera regola deve desumirsi dall'identità del rapporto giuridico. L'eccezione di cosa giudicata può opporsi a tutte quelle persone per le quali è identico il rapporto giuridico giudicato; queste persone sono certamente quelle che agitarono il primo giudizio, ma sono anche altre che per regole di diritto sono cosi vincolate con le prime da rappresentare, nel caso concreto, l'identico rapporto. Tutti i successivi paragrafi tendono a rintracciare queste altre persone per le quali non è vera la regola res iudicata aliis non nocet, a rintracciare cioè i casi nei quali il mutamento delle fisiche persone non è un mutamento che getti riverbero alcuno sopra l'identità del rapporto giuridico».

partie dans un jugement quand un y a été représenté par ceux qui sont en cause» (126). Por tanto, todo parece indicar que la extensión de los efectos de la sentencia al conjunto de los codeudores solidarios suponía, como veíamos anteriormente para el derecho romano, una excepción al principio general, y un triunfo de la idea de representación entre los deudores o deudor que estaba en el procedimiento y los que no lo estaban. Esta representación se producía tanto entre los pleitos en los que litigó el causante, como en los que litigó un acreedor o deudor solidario, o de prestación indivisible. Los causahabientes del primero y los coacreedores y codeudores de los segundos deben considerarse representados por aquéllos (127).

Ahora bien, puede predicarse que el párrafo tercero del artículo 1.252 del Código Civil interpreta erróneamente el pensamiento jurídico de LAURENT, aunque, por otra parte, sigue la doctrina del derecho romano en cuanto a la extensión de la cosa juzgada en los supuestos de identidad de personas (misma relación jurídica).

A pesar de estos inconvenientes debemos entender que nuestro legislador de 1888 quiso que los deudores solidarios no fueran entendidos como

---

(126) LAURENT: *Avant-Projet..., op. cit*, t. IV, págs. 371 y ss. La influencia de LAURENT es patente en la Ponencia de GAMAZO. Recuérdese que los vocales de la Comisión fueron Cárdenas, Aldecoa, Danvila y Gamazo, *vid*, LASSO GAITE: *Crónica, op. cit.*, t. I, págs. 55 a 562.

(127) Hoy debemos a ESPIAU ESPIAU, *op. cit.*, págs. 227 y ss. el que en nuestro Código Civil se siga el concepto tradicional de obligación indivisible. El autor establece. «El precepto es enormemente significativo. Parte de la equiparación entre solidaridad e indivisibilidad en cuanto a la legitimación en torno a la exigibilidad del cumplimiento; pero, sobre todo, presupone la existencia de un pleito en el que se demanda la realización de una prestación indivisible en el que contendieron algunas de las personas vinculadas a ella, pero no todas. Pues bien, lo que nos dice el artículo 1.252, 3.º CC es que, en ese pleito, la relación procesal no sólo se constituyó, pese a todo, válidamente, sino que, además, la sentencia que lo resuelve puede dar lugar a la presunción de cosa juzgada en un pleito posterior en el que concurran los restantes acreedores o deudores. Desde la perspectiva de la concurrencia de una pluralidad de deudores, la contradicción entre este precepto y lo dispuesto en el artículo 1 139 CC, si se entiende que éste se refiere a la obligación indivisible mancomunada, es evidente. .» El autor, después de evidenciar la contradicción que supondría el mantener la existencia de una reclamación conjunta (litisconsorcio) con lo regulado en el artículo 1.252, 3.º CC entiende que «En la concepción del CC, pues, esa representación se daría en las relaciones de prestación indivisible .. Así pues, a partir del artículo 1.252, 3.º CC puede sostenerse que en nuestro Código se acoge la regulación tradicional de la obligación indivisible, en cuanto a la legitimación —equiparada a la solidaridad— en torno a la exigibilidad del cumplimiento » En suma, el planteamiento del autor nos parece del todo acertado y evidencia un tratamiento «excepcional» de la exención de la cosa juzgada, tanto en la obligación de prestación indivisible como en la solidaria. En la primera, como luego veremos para la segunda, el 1.252, 3.º CC considera que se extenderá la cosa juzgada a quien no litigó ya que no será un tercero sino un sujeto idéntico (identidad de las personas).

terceros, ya que, aun no habiendo litigado entre ellos, existiría IDENTIDAD DE PERSONAS (arg. *ex* art. 1.252, 3.° del CC) (128).

El acudir al expediente de la identidad de personas en la obligación solidaria como consecuencia del mandato existente entre los codeudores solidarios había sido, por otra parte, la idea que inspiró la doctrina de la

(128) CARRERAS DEL RINCÓN, *op. cit.*, pág. 50, en contra de la expresión literal de nuestro artículo 1.252, 3.° del Código Civil establece que: «Lo paradójico es que ni el art 1.380 del Anteproyecto belga alude a la solidaridad ni LAURENT sostenía la extensión de la cosa juzgada en las obligaciones solidarias; sino que era partidario de la doctrina diametralmente opuesta.»

Lo cierto es que LAURENT: *Principes de Droit civil français*, t. XX, París, 1876, núms. 118 y ss., págs. 244 y ss., no había interpretado la exención de la cosa juzgada al conjunto de los codeudores solidarios. La razón de la falta de extensión era formulada por la inexistencia de un mandato entre los codeudores para litigar. Los mecanismos de defensa, el que cada uno de los deudores puede defender su posición llevaba a la consecuencia de la no extensión de la cosa juzgada. Ahora bien, el propio LAURENT en su discurso sobre la solidaridad entra en profundas contradicciones. En primer lugar, porque en muchas ocasiones el propio autor había acudido a la existencia de un único vínculo, y a la existencia de un mandato entre los codeudores para justificar los efectos en la obligación solidaria. Así, LAURENT, *op cit.*, t XVII, núm. 354, pág 356 nos dirá: «Il ya un lien entre les codébiteurs, ils ont consenti a être tenus pour une même dette, chacun pour le tout Mais chacun n'a pas dans la dette commune un interét pour le tout. des qu'il ya plusieurs personnes interessés au payament d'une dette comme n'importe quel fait .. le lien commun qui unit les codébiteurs a cet effet que chaque débiteur a mandat de faire ce qui est utile à tous, donc tout ce qui peut améliorer leur position à l'égard du créancier...» También había acudido a la teoría del mandato para explicar los efectos de la solidaridad activa *(op. cit.*, t XVII, núm. 254, pág. 261): «Le mandat que se donnet les créanciers solidaires est irrevocable et il passé aux héritеrus »

Estas contradicciones habían intentado ser resueltas por el propio LAURENT, *op. cit*, t. XX, pág. 151, al entender que el fallo aparecía en entender que los efectos de la mora y la prescripción se podían extender a los efectos de la sentencia

En suma, podríamos llegar a la siguiente conclusión· el legislador español quería extender los efectos de la sentencia al conjunto de los codeudores solidarios y para ello acudió al expediente de la identidad de personas entre los codeudores solidarios. La remisión de GAMAZO al Avant-Projet de Code Civil de LAURENT se habría producido por el propio comentario que con efectos generales el propio LAURENT establecía de aquellos sujetos que se representaban en la causa *(vid* LAURENT: *Avant-Projet de revision du Code civil,* t IV, en comentario al artículo 1.380)· «Quand on y a été représenté par ceux qui sont en cause » La representación se produciría entre los codeudores solidarios Partiendo de la limitación del artículo 1.252, 1.° del Código Civil los siguientes párrafos contendrían sendas excepciones a dicha disposición. En concreto, el párrafo tercero estribaría en entender que la identidad de personas se da en aquellos que estén unidos «por vínculos de solidaridad».

La contradicción denunciada por LAURENT, *op. cit*, t. XX, pág. 155 de considerar a la vez a un deudor solidario como tercero y como parte dependiendo del resultado del proceso *(secundum eventum litis)* tampoco se produciría en nuestro derecho. El artículo 1 252, 3.° CC partiría de la consideración de que el deudor solidario no es un tercero, sino todo lo contrario, es decir, una equiparación a la parte litigante por existir una identidad de personas que expresamente sanciona el artículo 1.252, 3 ° del CC.

Los planteamientos que hemos desarrollado nos llevan a entender junto con otros autores *(vid.* CARRERAS DEL RINCÓN, *op cit*, pág 50) que en rigor la remisión que se

exégesis francesa como consecuencia de la concepción que de la obligación solidaria se produjo en la etapa precodificadora francesa (129).

MERLÍN (130), fundado en el argumento del artículo 1.351 del Code francés («L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité») sostenía la extensión de que la cosa juzgada afectaba al resto de los codeudores aunque no hubieran intervenido en el proceso. Entendía MERLÍN que: «Le codebiteur solidaire, pour o contre lequel un jugement a été rendu, ne forme moralment qu'un seul qu'un seul et même individu avec lui».

MERLÍN, bajo la idea de que el crédito y la deuda solidaria son los mismos para cada uno de los acreedores y deudores solidarios, la causa es idéntica para todos, entendía, pues, que aunque físicamente no fueran la misma persona sí lo eran moralmente. La misma idea también había sido mantenida por LAROMBIERE (131), TOULLIER (132), COLMET ET SANTERRE (133), BAUDRY-LACANTINERIE (134), MERCADE (135), DEMOLOMBE (136), PLANIOL (137).

---

efectúa al artículo 1.308 del Avant-Projet de Code civil de LAURENT no es del todo cierta. Ahora bien, no hay que olvidar que en la doctrina del siglo XIX la discusión había sido importante imperando la opinión favorable a la extensión objetiva de la cosa juzgada. Esta afirmación tiene su constatación en el artículo 913 del Anteproyecto de Código Civil de 1836 que establecía que «La demanda que cualquier acreedor entable contra un deudor para el cumplimiento de la obligación mancomunada (leáse solidaria) PERJUDICA A LOS DEMAS, E IGUALMENTE LA SENTENCIA QUE CONTRA EL SE PRONUNCIE, pero aquellos podrán apelar de ella; y si la sentencia fuese favorable al deudor que había litigado, APROVECHARA también a los demás.» Este precepto recogía lo que había sido la opinión mayoritaria de la doctrina francesa del siglo XIX: la extensión de la cosa juzgada, tanto en su aspecto positivo como negativo al conjunto de deudores solidarios.

(129) Sobre la concepción francesa de la obligación solidaria, y sobre la justificación mediante la teoría del mandato de la extensión de los efectos al conjunto de los deudores puede consultarse el capítulo segundo de la introducción.

(130) MERLÍN: *Recueil alphabètique des questions de droit,* Bruxelles, 1829, t. XIII, voz «solidarité» y en el t X, pág. 274.

(131) LAROMBIERE: *Traité, op. cit.,* pág. 408.

(132) TOULLIER: *Diritto civile..., op. cit,* t. X, pág. 199.

(133) COLMET ET SANTERRE. *Cours.. , op cit.,* t. V, pág. 638.

(134) BAUDRY-LACANTINERIE: *Traité..., op. cit,* t. XII, pág. 279.

(135) MERCADE: *Explication .., op. cit,* t. V.

(136) DEMOLOMBE: *Cours..., op cit.,* t. III, pág. 311

(137) PLANIOL: *Tratt..., op. cit.,* t. VII, núm. 1086, pág. 397.

En la doctrina italiana también se manifiesta la extensión de los efectos de la sentencia al conjunto de los deudores solidarios. En concreto para aquellos autores como GIORGI: *Teoría.. ,* t. I, págs. 156 y ss.

Aunque, posteriormente haremos especial mención de la actual regulación de la cosa juzgada en el Código Civil italiano de 1942, la doctrina italiana parte de la teoría

Pero la extensión de la eficacia de la sentencia al conjunto de los codeudores también había sido mantenido por POTHIER (138), en los casos de pluralidad de sujetos: «L'indivisibilité de leur obligation les fait regarder comme n'étant tous qu'une même partie et fait en conséquence réputer le jugement rendu avec l'un d'eux, comme rendu avec les autres.»

---

secundum eventis litis a la hora de la extensión de la cosa juzgada no por ello hay autores que critican esta solución. GANGI: *Le Obbligazioni , op cit*, pág. 236 nos dirá que: «A mio avviso, anche la sentenza pronunziata in confronto di uno dei debitori, purchè fondata su ragioni obiettive e non già personali a questo debitore, avrebbe dovuto avere efficacia anche per tutti gli altri condebitori in ogni caso, *tanto nel caso cioè essa fosse favoravole a quel debitore, quanto nel caso che essa fosse contraria.* Se come è innegabile, il creditore ha il diritto di agire giudiziamente contro ciascuno dei debitori per l'intero debito, la sentenza che dichiara in confronto di uno di essi l'esistenza o inesistenza del debito, per ragioni obiettive, comuni a tutti i condebitori, non può non avere effeto anche per tutti agli condebitori, e così pure la condanna all'adempimento, di uno di essi non può non avere effeto anche contro gli altri, sia perchè, essendo ciascuno di essi obbligato all'adempimento dell'intera prestazione, non può la condanna di uno di essi all'adempimento non avere effeto anche gli altri...»

No hay que olvidar que también autores franceses del siglo XIX negaron la eficacia de la sentencia frente al resto de los codeudores solidarios no demandados Así, AUBRY ET RAU, *op cit.*, t. VIII, pág 279; RODIERE, *op. cit.*, núm. 109, DEVILCOURT, *op cit.*, t. II, pág. 713; DURANTON, *op. cit.*, vol 5.°, núm. 179, pág. 226; MOURLON, *op. cit*, t. XII, pág. 918.

Ahora bien, la mayoría de autores que niegan la eficacia objetiva de la sentencia frente a los deudores solidarios no presentes lo hacen sobre la base de la representación imperfecta que existía entre los deudores solidarios La actuación de un deudor solidario únicamente puede favorecer pero no perjudicar. Piénsese que este planteamiento resulta entre nosotros cuestionable ya que nuestro artículo 1 147, 2.° extiende los efectos de la culpa y mora al conjunto de los codeudores Por tanto, parece insostenible que por un lado perjudique un acto de un codeudor y por otro no (culpa/sentencia). Además, en nuestra legislación el artículo 1 141, 2.° CC sienta el principio que lo efectuado contra uno de los codeudores perjudica a todos. ¿No sería ello contradictorio con la eficacia *secundum eventum litis* de la sentencia? A nuestro entender no cabe duda

Por último, la jurisprudencia francesa reconoce la extensión de la cosa juzgada a los deudores solidarios no litigantes. En este sentido se pronuncia la sentencia de Cass. del 1 de diciembre de 1885 con comentarios de Alex WEILL y François TERRE en *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence civile*, 5 ª ed., Dalloz-Sirey, París, 1970, núm. 166, pág. 489 «En matière d'obligations solidaires, et en raison même de la nature de ces obligations, chacun des codébiteurs solidaires qui peut, aux termes de l'art 1.203 C civ., être poursuivi seul pour la totalité de la dette, et qui a le droit, aux termes de l'art 1.208 du même code, d'opposer au créancier toutes les exceptions qui résultent de la nature de l'obligation, doit être considéré comme le contradicteur légitime du créancier et le représentant nécessaire de ces coobligés.

Dès lors, la chose jugée à l'égard de l'un codébiteur solidaires est opposable á tous les autres. Et c'est á tort qu'un arrêt déclare recevable la tierce opposition formée par le débiteur principal contre un jugement rendu à l'égard de la caution solidaire, alors que ce débiteur n'oppose ni une exception personnelle di des faits de fraude ou de collusion.»

(138) POTHIER, *op. cit*, t II, núm. 908, pág. 301. El propio autor para el caso de la obligación indivisible entendía que: «Lorsque la chose due à plusieurs héritiers est quelque chose d'indivisible .. cette chose n'étant pas susceptible de parts, chacun d'eux

Con mayor fuerza podemos mantener la extensión de la cosa juzgada en la solidaridad pasiva si acudimos a nuestro derecho histórico. Efectivamente, la Partida 3.ª, ley 20, título 22 establecía que:

> «Guisada cosa es, e derecha, que el juicio que fuere dado contra alguno, non empezca a otro... E como quier que el juyzio que es dado contra vno, non deue empecer a otro, assi como de suso diximos; pero cosas y ha, en quel empeceria; e esto seria, quando dos omes se fiziessen debdores de otro sobre una cosa misma cada uno por todo, o quando fuesse algunos promitiendo campo, o viña, o contra cosa qualquier, de manera que cada uno dellos en todo la pudiesse demandar. Ca el juyzio que fuesse dado contra alguno destos sobredichos en razon de aquellas cosas, empeceria a los otros, maguer y non fuessen acertados ala sazon que lo dieron.»

Gregorio LÓPEZ (139), en su comentario a la citada ley, había establecido que: «Véase aquí cómo la sentencia proferida contra uno de los correos de deber perjudicar a los demás: lo que debe tenerse presente, porque lo contrario pretendía BART por derecho común (mientras que) lo juzgado contra uno de los acreedores solidario perjudica también a los demás, como por derecho común pretendía BART» (140).

---

est créancier du total... c'est pourquoi le jugement rendu sur le demande que l'un d'eux a faite de cette chose a eu pour objet la même chose que la demande qu'en feroient les autres; c'est *eadem res* On peut aussi dire que ce jugement n'est pas *res iter alios judicata* à l'égard des autres créanciers... de cette chose...». Hemos considerado pertinentes traer aquí las palabras de POTHIER, pues aunque referidas a la obligación indivisible lo hace bajo el supuesto de una pluralidad de sujetos que deben una misma cosa En la obligación indivisible mancomunada, propuesta la concurrencia de acreedores y deudores, cada uno de ellos puede reclamar la totalidad y cada uno de ellos debe la totalidad Ergo, el planteamiento tradicional que venimos sosteniendo de la obligación indivisible *(vid.* ESPIAU ESPIAU, *op. cit.)* confirma el que en la obligación solidaria, obligatoriedad de pluralidad de sujetos, donde existe un *eadem res debita* las palabras de POTHIER tengan su aplicación. Aunque luego nos extenderemos en su planteamiento, los principios de totalidad e integridad *(totum et totaliter)* en la obligación solidaria se proyectan sobre un mismo objeto *(edem res).* Por tanto, la lógica consecuencia procesal de estos principios será la extensión de la cosa juzgada a aquellos deudores que sin ser demandados ya han obtenido sentencia sobre el objeto debido, es decir, el mismo para todos los codeudores.

(139) Gregorio LÓPEZ: *Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alfonso el X, con las variantes de más interés y con la Glosa del Lic. Gregorio López,* t. II, págs 553 y ss

(140) El inciso final de la Glosa de Gregorio LÓPEZ es del todo esclarecedora. En el derecho intermedio se había seguido cómo un principio sentado que en la solidaridad activa se mantenía la eficacia de la *litis contestatio.* Una vez ejercitada la acción por cualquiera de los acreedores llevaba a la imposibilidad de que el resto de ellos pudiera reclamar la deuda. ALBERTI, *op. cit.,* pág. 207 entiende que: «Il problema quale si presenta alla nostra indagine si risolve praticamente nella determinazione di quali effetti

¿A qué perjuicio se refiere la Glosa de Gregorio LÓPEZ? CARRERAS DEL RINCÓN (141) interpreta que: «Los autores de la época, así como el legislador de Partidas, no se plantearon el problema de la función positiva como hoy lo entendemos. Cuando hoy se habla de que la cosa juzgada (no sentencia) perjudica a los codeudores del deudor solidario condenado se está pensando en que aquéllos no podrán oponer al acreedor común las excepciones comunes que ya hubieran sido opuestas y desestimadas en el pleito anterior, para evitar fallos contradictorios. Con otras palabras, confundían el efecto propio de la sentencia condenatoria, la ejecutabilidad o *actio iudicati* con la cosa juzgada, cuyo principal efecto es la inmutabilidad de las resoluciones judiciales.»

De las explicaciones dadas por CARRERAS DEL RINCÓN se obtiene la siguiente conclusión: la ley de las PARTIDAS estaría admitiendo la posibilidad de la ejecución de la sentencia contra cualquiera de los codeudores aunque no hubiera intervenido en el proceso. La admisión de esta ejecución de la sentencia se haría sobre la base de que la misma tiene los mismos efectos contra todos los deudores solidarios aunque no hubieran intervenido. Ahora bien, aunque si bien es cierto que no acudían al expediente de la identidad de personas si se hacía sobre la base del *eadem res debita* (mismo objeto debido) sistema que POTHIER entendía aplicable a la obligación indivisible (142). En suma, las PARTIDAS habrían abandonado el sistema seguido por el Derecho intermedio de limitar los efectos de la cosa juzgada. En las PARTIDAS la extensión de la cosa juzgada se hacía sobre la base

---

possa avere la res iudicata tanto nella forma assolutoria quanto nelle forma condannatoria, nei riguardi degli altri rei stipulandi, e cioè, in altre parole, se i suoi effeti sianno di carattere subbiettivo oppure obbiettivo, ma relativamente ai due o più rei stipulandi se si recordano gli effetti della *litis contestatio* nei confronti dei medesimi non è neppure possibile formulare i limite della stessa indagine Posto, infatti, como si è popche pagine addietro dimostrato, che la *litis contestatio* efficacemente intervenuta con uno dei rei stipulandi ha effetto consuntivo nei confronti degli altri correi, e libera di conseguenza il promittente di fronte all altro stipulante, ciò si verifica indipendentemente dal fatto che la sentenza sia assolutoria o condannatoria. Per tali ragioni, quindi, una indagine, quale à stata accennata poco sopra, non sarebbe nè utile nè necessaria non essendo, per le ragioni esposte per nulla giustificata » Si esta solución era la adoptada por el derecho intermedio no hay que negar que igualmente autores como ALBERTARIO, *op. cit.*, pág. 199, GONZÁLEZ, *op. cit*, pág. 222; CARRERAS DEL RINCÓN, *op cit.*, pág. 44

Por otra parte, hay que recordar que el derecho de Justiniano en la C. 8, 20, 40, 28 establecía: *Donec per omnia ei satisfiat.* La construcción de la evolución sufrida por la obligación solidaria suponía que el acreedor reclamante, no otro por los efectos de la *litis contestatio,* tuviera a su favor la facultad de reclamar de los otros codeudores la deuda ¿mediante una nueva reclamación o mediante una *actio iudicati?* La segunda solución llevaría incondicionalmente la admisión de la eficacia de la cosa juzgada contra el resto de los codeudores.

(141) CARRERAS DEL RINCÓN, *op. cit.*, págs 47 y ss.

(142) *Vid.* la nota de la pág 16 correspondiente a POTHIER

de la identidad de objeto independientemente de la identidad o no de sujetos. Esta conclusión llevaba a considerar que el conjunto de deudores se vieran perjudicados (extensión), que indudablemente puede significar un beneficio, por la sentencia dictada contra uno de ellos. Los efectos positivos de la cosa juzgada tenían vigencia en la solidaridad (143).

En suma, nuestro derecho histórico, la P. 3.ª, ley 20, título 22 habría mantenido que la sentencia dictada contra uno de los deudores perjudica al resto de los codeudores solidarios aunque no han participado en el pleito. Este perjuicio suponía que en base a la identidad de objeto no se pudiera plantear un nuevo procedimiento sobre el mismo objeto (función negativa) de la cosa juzgada. A su vez, aunque CARRERAS DEL RINCÓN pretenda ver en ello un argumento para justificar la inexistencia de efecto positivo (144), la sentencia generaba un efecto positivo, es decir, al evitar sentencias contradictorias. La inexistencia de mención surge por ser un principio ya admitido en el Derecho intermedio, el cual no se cuestiona. Por «perjuicio» debería entenderse «extensión» tanto de lo beneficioso como de lo perjudicial.

La evolución también tendrá su confirmación en el artículo 913 del Anteproyecto de Código Civil de 1836. La sentencia perjudica al conjunto de los codeudores. La alusión a que la sentencia también «beneficia» supone una confirmación de que ésta produce los efectos positivos. A *sensu* contrario, el concepto perjuicio supondrá que la sentencia de condena se extiende al resto de los codeudores.

El íter histórico nos demuestra que prescindiendo de la «asumida limitación de los efectos de la sentencia de condena al deudor solidario demandado en el derecho romano y derecho intermedio, la precodificación, y, sobre todo, los autores de la escuela de la exégesis, aunque éstos sobre la base de la identidad de sujetos en los deudores solidarios, se habían mantenido los efectos de la cosa juzgada en la obligación solidaria.

Ahora bien, trasladándonos a nuestro derecho, no hay que olvidar que los autores que han estudiado los efectos de la sentencia en la obligación

---

(143) Hay que observar que en la doctrina del derecho intermedio se había admitido el efecto positivo de la cosa juzgada. Así lo prueba el que el deudor solidario que obtuviera una sentencia favorable, la misma pudiera ser alegada por el resto de los codeudores contra la posterior reclamación. La limitación se ofrecía en el sentido de que el resto de los codeudores no podían beneficiarse cuando la absolución provenía de un elemento personal (subjetivo) del codeudor solidario demandado. Por otra parte, la sentencia condenatoria del codeudor solidario no podía extenderse al resto de los codeudores. ALBERTI, *op. cit*, pág. 215 entiende, respecto a la sentencia de condena, que: «Bartolo seguendo in ciò l'opinione di Iacopo Buitrago rutiene che, in ogni caso, la sentenza condannatoria "lata contra unum ex reis debendi" non perjudica gli altri nel caso che non mandatur executioni contra alium licet contra eum remaneat integrae actiones.»

(144) CARRERAS DEL RINCÓN, *op cit.*, pág 48

solidaria consideran que los precedentes históricos son contrarios a nuestro actual artículo 1.252, 3.º, y que la extensión de la cosa juzgada no debe entenderse en un sentido literal (145).

¿Es posible mantener en nuestro derecho la extensión de la cosa juzgada en la obligación solidaria?

Para abordar este tema es imprescindible acudir a las explicaciones vertidas en páginas anteriores acerca de la regulación de la solidaridad en nuestro Código Civil.

A nuestro entender la eficacia de la cosa juzgada se extiende al conjunto de los codeudores solidarios. Esta afirmación, sin duda, parte del tenor literal del artículo 1.252, 3.º del Código Civil («vínculos de solidaridad») y de los autores, como MERLÍN y sobre todo POTHIER.

El mantener la eficacia de la cosa juzgada *ex* art. 1.252 CC se corresponde con la propia naturaleza de la obligación solidaria.

En la solidaridad pasiva el conjunto de deudores se encuentra obligado por un mismo objeto (arg. *ex* art. 1.137 CC) aunque se debe admitir que ello no significa una absoluta identidad de los sujetos (arg. *ex* art. 1.140 CC) (146).

En el aspecto externo la solidaridad pasiva se muestra impregnada por el principio de la unidad, es decir, lo que nosotros venimos denominando como la idea del todo en contraposición de la idea de parte que aparece en la relación interna. En consecuencia, una característica que no se puede negar en la solidaridad es que cuando el acreedor reclama la totalidad de la deuda de un único deudor esta reclamación incide sobre la misma titularidad del resto de los codeudores, es decir, sobre la integridad de la deuda. Ergo, en la solidaridad de deudores el elemento del todo, o totalidad, o integridad es el concepto decisivo. Si estos principios son los que caracterizan a la obligación solidaria no es difícil entender que el traslado procesal de los mismos sea la extensión de la cosa juzgada al resto de los codeudores

---

(145) CAFFARENA, *op. cit.*, págs. 32 y ss.; CARRERAS DEL RINCÓN, *op. cit.*, págs. 57 y ss. Este último autor, que ha sido quien con mayor amplitud y rigor ha estudiado el tema de la eficacia de la cosa juzgada, llega a la conclusión que nuestro artículo 1.252, 3.º CC había tenido como precedente la teoría desarrollada por MERLÍN y POTHIER. Esta conclusión la utiliza para argumentar que los citados autores habían llegado a una gran confusión en el terreno procesal. No había una perfecta distinción sobre la ejecución de la sentencia y cosa juzgada. El acudir al expediente de la identidad de personas había servido para justificar la existencia de una *actio iudicati* contra los codeudores. A *sensu contrario,* esta confusión supondría que en la obligación solidaria no se producen los efectos negativos de la sentencia.

Sobre la limitación del concepto literal del artículo 1.252, 3.º CC en la doctrina civil patria.

(146) Sobre la naturaleza jurídica de la solidaridad, y sobre la exclusión o inclusión de titularidades véase introducción.

no demandados. La extensión de la cosa juzgada, por tanto, deberá comprender:

1. La existencia (fuente de la obligación). En relación a ello comprenderá la validez o invalidez de la misma, la existencia o inexistencia de excepciones que se correspondan con la naturaleza de la obligación (comunes, arg. *ex* art. 1.143 CC).

2. La configuración de la prestación. Es decir, si consiste en una conducta de dar, hacer o no hacer, y si se corresponde con una cosa o un servicio.

Esta consecuencia lógica es defendida por BADOSA (147), HERNÁNDEZ GIL (148), SCAEVOLA (149), DÍEZ PICAZO (150), MORÓN PALOMINO (151), MANRESA (152), PUIG FERRIOL (153), y en posición más extrema CAFFARENA (154) y GUILARTE (155).

---

(147) BADOSA: *Dret..., op. cit.,* pág 83.

(148) HERNÁNDEZ GIL, cit., pág 411.

(149) SCAEVOLA: *Comentarios.., op. cit.,* t. XX, Madrid, 1958, pág. 536

(150) DÍEZ PICAZO: *Fundamentos, op. cit.,* t. I, pág. 431.

(151) MORÓN PALOMINO: «El proceso civil y la tutela de terceros», en *RDPr,* julio-septiembre, 1965, pág. 152. El autor, basándose en la teoría del mandato (posiblemente por seguir las explicaciones de POTHIER) equipara a los deudores no litigantes a la actuación del que intervino en el proceso. Esta equiparación (identidad) la efectúa en función del artículo 1.251 CC (cosa juzgada), y del artículo 1.141, 2.º CC La identidad existente entre los codeudores solidarios supone que: «1.º Si aquél (se refiere a un codeudor no litigante) trata de replantear la controversia podrá oponérsele fundadamente la excepción de cosa juzgada, 2.º Por igual razón cabe entablar contra el tercero, deudor solidario, la ejecución forzosa de la sentencia.»

(152) MANRESA: *Comentarios..., op cit.,* Madrid, 1893, pág. 557 entiende que: «La extensión a todos los interesados del fallo primeramente recaído tendrá plena eficacia respecto a la totalidad de la obligación, a la esencia o validez de ésta, y del acto en que se encuentre su origen...»

(153) PUIG FERRIOL, cit., pág 474. Utilizando la distinción entre sentencia de condena y absolutoria que efectuaba el Derecho intermedio entiende que tanto una como otra producen efectos de cosa juzgada en todo aquello que tenga relación con la naturaleza de la obligación. Es decir, exclusión de las excepciones personales inherentes a cada uno de los deudores.

(154) CAFFARENA: *Solidaridad..., op cit.,* págs. 21 y ss. El autor mantiene la eficacia de la cosa juzgada en relación a la existencia y prestación. En cambio, no extensión de la solidaridad en aquellas excepciones puramente personales a cada uno de los codeudores. La importancia de su innovación se corresponde con la extensión de la cosa juzgada a las excepciones comunes aunque la misma no haya sido alegada (cosa juzgada cubre lo deducido y lo deducible). Mientras que las excepciones personales interpuestas y que obtengan una sentencia absolutoria supondrán la no extensión al resto de los codeudores.

(155) GUILARTE: *Comentarios.., op. cit.,* t. XV, vol. 2.º, pág 278 sigue la distinción entre excepciones comunes y personales. Las comunes producen la extensión de la cosa juzgada siempre (cosa juzgada cubre lo deducido o deducible), las excepciones personales en ningún caso extienden sus efectos.

Efectivamente, podríamos entender que *communis opinio* que los efectos procesales que lleva implícita la obligación solidaria son la extensión de la cosa juzgada, ya sea positiva o negativa, al conjunto de los codeudores solidarios en función de la identidad de personas que en ella se produce.

Mas, no hay que olvidar que en la solidaridad pasiva la existencia de un crédito y una deuda (UNIDAD) no está reñido con la posibilidad de que los deudores se encuentren obligados de diferente forma (arg. *ex* art. 1.140 CC) (156). La no uniformidad en la configuración de la deuda solidaria tendrá importantes consecuencias en los efectos de la cosa juzgada.

A nadie se le puede escapar que así como la prescripción o la mora, situaciones de manifestación del perjuicio, podían tener un tratamiento diferenciado, lo mismo ocurrirá a los efectos de cosa juzgada con las excepciones personales (arg. *ex* art. 1.148 y 1.824, 2.° CC).

Es decir, los efectos de la cosa juzgada no alcanzarán a las excepciones que *personalmente* correspondan a los deudores que no han intervenido en el proceso. El «límite» que imponemos a la extensión de la cosa juzgada deber ser observado, aunque luego volveremos sobre ello, desde dos puntos de vista:

1.° Las excepciones personales del resto de los codeudores que han sido opuestas producirán los efectos de cosa juzgada. Ahora bien, sus efectos son limitados a la posibilidad de su interposición, es decir, a la «parte» con la que participa en la deuda. Es decir, en lo que exceda de la «parte» la eficacia de la cosa juzgada no puede predicarse.

2.° De las excepciones personales al resto de los codeudores que no han sido interpuestas no puede predicarse la extensión de la cosa juzgada.

Esta limitación que ofrecemos, entendemos, únicamente puede predicarse de las peculiares relaciones de titularidad (1.140 CC) y excepciones personales (ej. 1.146 CC) pero no DE LA VERACIDAD de la existencia de la deuda, su modalidad (1.088 CC), o su infracción (1.147 CC). Estas circunstancias deben ser entendidas como juzgadas aunque no se hayan interpuesto las oportunas excepciones a favor de la titularidad pasiva que, si bien está configurada por una pluralidad de sujetos frente al acreedor, actúan como si fueran una UNIDAD.

Tras las páginas anteriores podemos comprobar cómo en sede de extensión de la cosa juzgada en la deuda solidaria *asistimos a una PARADOJA*. Esta circunstancia que denunciamos aparece reflejada en dos vertientes, una de carácter general, y otra de carácter particular.

---

(156) Sobre los efectos de la solidaridad no uniforme, exclusión e inclusión de codeudores solidarios puede consultarse el capítulo primero de nuestra Introducción.

Por *lo que hace referencia a la primera,* asistimos a la contradicción entre la génesis del concepto de la cosa juzgada y el pretendido límite que, como hemos podido comprobar anteriormente, algunos autores pretenden de la sentencia dictada frente a un deudor solidario. El entender la cosa juzgada como *presunción de veracidad* había sido un gran esfuerzo y, a su vez, un gran logro de la doctrina. Efectivamente, las obras de POTHIER y DOMAT recogieron la elaborada doctrina efectuada por los Glosadores a propósito de la máxima: *«Res iudicata pro veritate accipitur».* Esta elaboración doctrinal tuvo su máximo exponente en la escuela histórica representada por SAVIGY. Este autor, nos diría CHIOVENDA (157), que el mérito de la doctrina elaborada por SAVIGY a propósito del valor absoluto de la sentencia consistía, ni más ni menos, en establecer que el contrato entre A y B vale para todos, y así la sentencia entre A y B vale para todos.

Lo cierto es que, prescindiendo de la problemática sobre el valor de la cosa como ficción de verdad (teoría de SAVIGNY) o presunción de verdad (teoría de los Precodificadores y así parece recogerse en nuestro art. 1.252 del CC) (158), nuestro Tribunal Supremo ha mantenido una reiterativa doctrina sobre el valor de la cosa juzgada como PRESUNCION DE VERACIDAD. Así, la Sentencia de 21 de julio de 1988 (RA 5997) en su fundamento tercero nos dirá que: «Partiendo de que la situación de la cosa juzgada material precisa de la concurrente identidad de personas, cosas, acciones y causa o razón de pedir entre uno y otro procedimiento, es de señalar que es indefectible la eficacia vinculativa que entraña, con la preclusión de todo ulterior juicio sobre el mismo objeto y la imposibilidad de decidir de manera distinta al fallo precedente, evitando que la controversia se renueve o que se actúen pretensiones que contradigan al contenido de la sentencia firme, siempre partiendo de una resolución previa sobre idéntico conflicto...» (159).

Presunción de verdad que como veíamos se pretende limitar en los procesos seguidos a instancia del acreedor frente a un único deudor solidario.

Por *lo que hace referencia a la segunda,* la paradoja aparece en cuanto a los precedentes histórico-legislativos y doctrinales. Tanto los primeros (recuérdese el art. 913 del Anteproyecto de 1836 y, sobre todo, la Ley 20, título 22 de la Partida 3.ª y, por último, nuestro artículo 1.252, 3.° del CC)

---

(157) CHIOVENDA: *Principios de Derecho Procesal Civil,* t. I, Madrid, 1925.

(158) Sobre la problemática puede consultarse, con carácter general, la obra de CARRERAS DEL RINCÓN, *op cit.,* págs. 22 y 23 y bibliografía por el autor citada.

(159) Ponente Excmo. Sr. D. Alfonso BARCALA TRILLO-FIGUEROA. En el mismo sentido puede consultarse también la Sentencia de 15 de febrero de 1988, Ponente Excmo. Sr. don Ramón LÓPEZ VILAS, y la Sentencia de 26 de mayo de 1988 (RA 4343), Ponente Excmo. Sr. don Matías MALPICA GONZÁLEZ-ELIPE.

como la inmensa mayoría de las opiniones doctrinales, sobre todo la escuela de la exégesis, sostenían la *extensión de la cosa juzgada.*

Pero, a mayor abundamiento, en este sentido particular de lo que calificamos como paradójico, la propia doctrina elaborada por el Tribunal Supremo confirma la extensión de la cosa juzgada frente a los deudores solidarios. Así, la Sentencia de 5 de junio de 1952 (RA 1511) diría que: «Hay identidad de personas a los efectos de la cosa juzgada, siempre que los litigantes del segundo pleito estén unidos con vínculos de solidaridad con los que del primero en virtud de los que pueden exigir o están vinculados a realizar las prestaciones de que se trate.» Igualmente la Sentencia de 20 de octubre de 1966 (RA 4722): «Se alega por el recurrente que si bien son las mismas en ambos procesos las personas de los litigantes, ha sido cambiada la posición procesal de éstos en el actual, al ser ahora demandada la que era demandante en el primer pleito, y actora los que allí figuraron como demandados, más esta mutación no afecta, conforme a la doctrina constante de esta Sala, a la referida identidad personal, pues lo que importa al efecto, como nota esencial, es que sea la misma la relación jurídica de los que intervinieron sin introducirse ningún elemento ajeno que no concurre cuando los litigantes del segundo pleito están unidos por vínculos de solidaridad...»

Y más recientemente la Sentencia de 16 de junio de 1984 al entender que: «Según reiterada y de sobra conocida doctrina legal, que si la participación responsable no es posible discriminarla o separarla con nitidez, para exigir a cada uno la que le es propia, esa responsabilidad puede ser reclamada de un modo solidario por entenderse constituida en aras de la seguridad jurídica y de la satisfacción de los derechos de los perjudicados, una situación de corresponsabilidad indiferenciada externamente y solidaria desde el lado del acreedor —aunque entre aquellos responsables puedan serlo, según sus acuerdos distinguible (arg. 1.145 CC)— que permite a aquél, por lo mismo, dirigirse contra cualquiera de ellos conforme al artículo 1.144 del Código Civil, o lo que es igual, que no le impone la necesidad de demandar o traer a juicio a todos los partícipes, porque, evidentemente, y por obra de ese vínculo, la situación procesal de *litis consorcio* ya no puede darse por carencia de sus presupuestos en cuanto bastará la presencia procesal de cualquiera —no de todos— para que la decisión sea tomada con la suficiente y eficaz defensa del comparecido y sea vinculante para los demás —ausentes— justamente por obra de la solidaridad (art. 1.252, 3.° CC) determinante de la identidad personal y de los efectos de la cosa juzgada.»

En definitiva, tanto la solución ofrecida por el legislador, como la interpretación que efectúa la jurisprudencia del Tribunal Supremo son de signo idéntico: *Hay extensión de la cosa juzgada de los deudores solidarios en virtud de la IDENTIDAD PERSONAL.*

No obstante, y con ello hemos convenido también nosotros, posiblemente haya que limitar los efectos propios de la cosa juzgada. La limitación aparece, a nuestro entender, por los *defectos o lagunas de que adolece la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con los terceros al proceso pero que les afecta la sentencia.* La afirmación contundente de la *INEXISTENCIA DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO* en la deuda solidaria, aun partiendo de un proceso con una única relación jurídica con pluralidad de titulares el cual concluirá en el pronunciamiento de una sentencia única, unido a la inexistencia de ningún precepto en la LEC que haga referencia expresa a la *intervención provocada o coactiva de los terceros* (160).

Cabría, quizá, plantearse que para evitar estos inconvenientes que aparentemente pueden aparecer pudiera ser necesario, con base al artículo 24,

---

(160) Las lagunas que aparecen en la LEC resultan hasta cierto punto incomprensibles. Si observamos los antecedentes históricos podemos comprobar cómo en las Partidas; Partida III, título XXIII, ley IV se establecía: «Tomar pueden en alzada no tan solamente los que son señores de los pleytos, o sus Personeros qundo fuere dado juyzio contra ellos, assi como mostramos; mas aun todos los otros, quien pertenece la pro, e el daño que viniese de aquel juycio E esto seria como si fuese dada sentencia contra alguno sobre cosa que el ouiesse comprado de otro, e non alasse » La partida V, título V, Ley XXXVI entendía que: «El vendedor, segund de suso diximos, es tenudo a fazer sana la cosa quel vendio al comprador, o de tornarle el precio con todos los daños e los menoscabos quel vinieron entre si gela non ampara ..»

Pero la admisión de intervención de terceros también había sido admitida por otros Cuerpos legales patrios. Así, anterior a las Partidas, el FUERO REAL (Libro III, título X, Ley VII): «Todo home, que alguna cosa vendiere a otro, sea tenudo de la defender con ella a derecho, cuando quier que viere que alguno gela demandare, si el comprador gelo dixere; e si el comprador por si respondiere en el juyzio no lo faciendo saber al vendedor, o no quisiere venir a ver la sentencia, si fuere vencido no se pueda tornar a aquel que la vendio...» En el FUERO VIEJO DE CASTILLA (Libro IV, título II) y, a su vez, LA NUEVA RECOPILACION (libro II, título X, ley XV) entendía que: «Assimismo declaramos, que cuando algún tercero opositor, que fuere el algun peyto que huviese venido a él a coadjuvar al principal, tome el pleyto en el estado en que se hallare, y no pueda recusar conforme a las leyes, y no en otra manera...» Por último también puede consultarse la NOVISIMA RECOPILACION (Libro XI, título II, Ley XVII).

La doctrina procesalista se ha hecho eco de estas lagunas y así GÓMEZ ORBANEJA: *op. cit.*, t. I, págs. 165 y ss , GUASP, *Derecho. ., op. cit.*, págs. 205 y ss., MONTERO AROCA, *La intervención, op. cit*, págs. 5 y ss., son autores que propugnan la admisión de intervención de los terceros afectados por la sentencia.

Ahora bien, aunque nuestro Código Civil recoge algunas figuras de intervención (1.461 CC, garantía que pesa en el vendedor; y el artículo 1.084 CC en la solidaridad entre coherederos). CARRERAS LLANSANA. «Derecho procesal», en *Las enseñanzas del Derecho en España,* AA.VV., Ed. Tecnos, Madrid, 1987, pág. 191, ya anunciaba que: «Autor hay y muy ilustre que ha escrito sobre tal tipo de intervención múltiples páginas... cuando es evidente que nuestro Ordenamiento no admite la figura de la intervención principal...» En suma, aparentemente nos encontramos ante lagunas que difícilmente pueden ser salvadas acudiendo a nuestro Ordenamiento, pues sencillamente NO LAS REGULA.

1.º de la Constitución, realizar una interpretación finalista y por principios que fundamente la posibilidad de llamar al proceso de referencia a terceros pretendientes. La posibilidad de fundar en el artículo 24, 1.º de la CE la posible intervención de aquellos a los que les puede afectar la sentencia mientras persistan las deficiencias de la LEC sin lugar a dudas deberá proceder, y a ello nos dedicaremos en el título segundo, teniendo en cuenta los grados de eficacia de las resoluciones judiciales.

No podemos dejar pasar la oportunidad de esta recopilación, antes de entrar en el análisis de los supuestos concretos de extensión de la cosa juzgada, el establecer una precisión terminológica. Los efectos de la cosa juzgada pueden tener una doble manifestación: *a)* La eficacia que se manifiesta de toda resolución dentro del ámbito del mismo proceso al adquirir la sentencia el grado de inalterable (161), y *b)* La eficacia de la sentencia que ya obtiene el carácter de firmeza hacia el exterior. Es decir, el cierre de toda posibilidad de discusión de un nuevo proceso sobre la misma cuestión debatida (162).

Ahora bien, independientemente de la función de la cosa juzgada formal (apartado *a)* o material (apartado *b)* la sentencia ofrece otros efectos. Así, siguiendo a CARRERAS LLANSANA, la *función positiva* de la sentencia tiene su verdadero valor y trascendencia cuando se ha obtenido una declaración que luego será esgrimida como medio de ataque o de defensa en otro proceso en el que la primera resolución deberá ser tenida en cuenta como «prejudicial» (163). La *función negativa* supondría la imposibilidad de que en un segundo pleito el Juez entre sobre el fondo, es decir, la imposibilidad de que se inicie un nuevo proceso sobre la misma decidida (164).

Ambas manifestaciones de la cosa juzgada, como manifestábamos anteriormente, entendemos que se predican en la vinculación solidaria. Retomando la distinción entre la relación externa e interna que efectuábamos en el capítulo primero (165): la relación externa impregnada por la idea de UNIDAD («todo») supondrá la que la sentencia debe ser única pues, insistimos, una única deuda existe *(eadem res debita)*. En cambio, en la relación interna entre los codeudores la idea es la MULTIPLE («parte») que supondrá la posibilidad de que existan varias sentencias o si existe una única sentencia (el deudor subrogado reclama a cada uno su «parte» pero en un

---

(161) CARRERAS DEL RINCÓN, *op. cit.*, pág. 74

(162) CARRERAS DEL RINCON, *op. cit*, pág. 74, y SERRA DOMÍNGUEZ, *op cit.*, pág. 636.

(163) CARRERAS LLANSANA. «Tratamiento procesal de la excepción de cosa juzgada en el Derecho Español», en *Estudios de Derecho procesal,* Barcelona, 1962, págs 287 y 288.

(164) CARRERAS LLANSANA· *Tratamiento..., op cit.*, págs 287 y 288.

(165) Véanse págs 31 y ss.

mismo procedimiento) es posible que existan pronunciamientos diferentes sobre cada uno de los deudores. En el fondo, como vemos, no podemos dejar de lado la naturaleza jurídica de la solidaridad cuando nos enfrentamos ante el análisis de los efectos de la sentencia.

Iniciemos, pues, el análisis de los supuestos concretos en los que puede entrar en juego la excepción de la cosa juzgada.

4.1. Los efectos de la cosa juzgada tras pronunciamiento iniciado por el acreedor contra un único deudor solidario con fallo condenatorio

La hipótesis que planteamos resulta *prima facie* del todo posible. La solidaridad, en el ámbito de la relación externa, está caracterizada por la idea del TODO (arg. *ex* art. 1.137 «Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria»; arg. *ex* 1.144 CC. «El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios...»; 1.147 CC. «Si hubiese mediado culpa de parte de ellos, todos serán responsables, para con el acreedor...»). El que se imponga la idea del TODO, en contraposición de la idea «parte» —*concursus partes fiunt*—, supone que el acreedor puede reclamar judicialmente la totalidad de la deuda demandando a cualquier deudor solidario, como muestra de las legitimaciones activa y pasiva por la totalidad, y que el proceso versará sobre la totalidad de la deuda obteniéndose un fallo, condenatorio o absolutorio, que se pronuncia de la TOTALIDAD DE LA DEUDA.

La sentencia de condena, como conclusión de un procedimiento instado por el acreedor, tendrá su fundamento en la *infracción de la obligación.* Si la deuda no ha sido pagada (obligación de dar cosa genérica) en el momento de su vencimiento, o la obligación de dar cosa específica no se cumple llegado el momento de su vencimiento, el acreedor puede iniciar la actividad declarativa de la obligación tendente a la obtención de una sentencia que condene al deudor por infringir la obligación (166).

Pues bien, esta fase declarativa, insistimos que puede iniciarse frente a cualquiera de los deudores solidarios, que conduce a una sentencia de condena vendrá determinada no sólo por la existencia de la obligación (*ex* art. 1.214 CC *onus probandi* «Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento...») sino por la propia actividad procesal del deudor solidario demandado.

La actividad a la que hacemos referencia es precisamente la otra vertiente del propio artículo 1.214 del CC («y la de su extinción al que la

(166) Véase el capítulo tercero.

opone»). Es decir, la oposición de excepciones que conduzcan a la obtención de una sentencia absolutoria. Como nos dice BADOSA (167) las excepciones (arg. *ex* art. 1.148, 1.824, 2.°, 1.840, 1.845, 1.853 CC) «son aquellas circunstàncies que sense negar l'existencia del deute, exclouen l'efectivitat del deure de diligencia i, per tant, oposibilitat que es produeixi la responsabilitat del deutor, malgrat la pèrdua o deteriorament de la cosa deguda o l'incompliment de la prestació. Consisteixen, doncs, beneficis per al deudor».

Sin duda, como observamos, la actuación del deudor solidario demandado puede proporcionar la no aparición de la consecuencia lógica de la sentencia de condena, es decir, la fase de ejecución (arg. *ex* art. 919 LEC. «Luego que sea firme una sentencia se procederá a su ejecución siempre a instancia de parte...», arg. *ex* art. 1.429 LEC. «La acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución» (168). Pero, como su nombre indica, las excepciones oponibles frente a la reclamación del acreedor deben ser opuestas por el deudor solidario demandado a los efectos de oponerse a ella. De hecho, y retomando el estudio concreto de la solidaridad, la condena de un deudor solidario puede proceder tras la interposición de excepciones comunes a todos, interposición de excepciones personales propias, y excepciones personales al resto de los codeudores aunque, en este único caso, limitada a la «parte» que deban (*ex* art. 1.148 CC). De hecho, la sentencia de condena puede proceder tras la interposición de todas, algunas o ninguna excepción («podrá utilizar, contra las reclamaciones del acreedor...»).

Cuando la condena proceda tras la interposición de todas las excepciones, todas las posibles, entendemos que el efecto negativo (imposibilidad de reproducir el procedimiento) debe desplegar todos sus efectos. Entendida la función negativa de la cosa juzgada como la imposibilidad de que en un nuevo proceso puedan discutirse cuestiones que ya lo fueron anteriormente supondrá *prima facie* que el acreedor no podrá iniciar un nuevo procedimiento judicial en el intento de reclamar, y con ello obtener una sentencia de condena, la deuda de un nuevo deudor solidario (aplicación del principio *Ne bis in idem).*

La solución que propugnamos no ha sido admitida por parte de la doctrina. DÍEZ PICAZO (169), en contra de esta opinión, mantiene que: «La sentencia que condena a uno de los deudores solidarios no impide al acreedor iniciar un nuevo procedimiento judicial contra otro deudor, pues ello no

(167) BADOSA: *Dret., op. cit.,* pág. 26.

(168) Sobre la sentencia como título ejecutivo seguimos a DE LA OLIVA-FERNÁNDEZ: *Lecciones..., op. cit.,* t. III, págs. 55 y ss.

(169) DÍEZ PICAZO: *Fundamentos..., op. cit.,* t. I, págs. 431 y 432

es sino el ejercicio del *ius variandi* que reconoce el artículo 1.144 del CC». CARRERAS DEL RINCÓN (170) nos dirá que: «Si se admitiera que el deudor común puede oponer la excepción de cosa juzgada a las reclamaciones de los otros acreedores, se estaría negando el derecho al proceso de éstos. A dichos acreedores se les estará negando el derecho, con toda probabilidad, la posibilidad de ejercitar y defender sus derechos, fácilmente pueden quedar en indefensión. Si la sentencia que puso término al primer pleito fue condenatoria quiere decir que el primer acreedor se ha conducido diligentemente. No obstante, dicha sentencia puede no aprovechar o beneficiar a los restantes acreedores solidarios... porque ellos no pueden utilizar dicha sentencia como título ejecutivo frente al deudor común...»

Si observamos las anteriores opiniones, dos serían las razones que imposibilitarían la eficacia de la tesis que aquí defendemos:

a) El *ius variandi ex* art. 1.144 del CC.
b) La indefensión de los acreedores no reclamantes.

Ahora bien, entendemos que ambas opiniones parten de presupuestos que pueden ser contestados. En primer lugar, no siempre, nosotros diríamos que casi nunca, existirá una pluralidad de acreedores frente a un deudor común. A su vez, tampoco es siempre necesario que una pluralidad de acreedores frente a un deudor suponga la necesaria existencia de vinculación solidaria. Y, por último, no entendemos qué tipo de diferencia se puede predicar entre el artículo 1.143, 1.° del Código Civil y la reclamación judicial. Si, partiendo de una solidaridad activa, el acreedor puede incluso novar, compensar o remitir la deuda con cualquiera de los deudores con efectos frente a sus coacreedores, no entendemos cómo la consecución de una sentencia favorable se le puede impedir. A mayor abundamiento, aun en el caso de que el artículo 1.141, 1.° del Código Civil lo entendiéramos destinado a la reclamación judicial, y así lo hemos entendido (171), la sentencia condenatoria del deudor supondría un «acto útil» («Cada acreedor puede hacer lo que sea útil a los demás...», *ex* art. 1.141, 1.° CC). Y, además, tampoco entenderíamos si dicha interpretación prosperara, como interpretar el artículo 1.142 CC que, destinado a la reclamación de la

(170) CARRERAS DEL RINCÓN *La solidaridad., op cit.,* págs 93 y ss

(171) Ya en páginas anteriores nos cuestionábamos la antinomia que parecía aparecer entre el 1.141, 1.° y 1.143, 1.° del CC (véase págs. 870 y ss.). Allí, como ahora, nos pronunciamos sobre la primacía del artículo 1.143 del CC, habida cuenta los propios antecedentes históricos y doctrinales que aparecen en POTHIER, *op. cit,* págs. 243 y 244 y son mantenidos por DÍEZ PICAZO, *op. cit.,* pág. 412, y BADOSA, *op. cit,* pág. 126

Aunque no sea este el momento adecuado no podemos dejar de reconocer que en cuanto a la sentencia de condena con pluralidad de acreedores pueden generarse inconvenientes en el régimen interno (1.143, 2.° CC).

deuda entiende que: «El deudor puede pagar ... a cualquiera... si hubiere sido judicialmente demandado por alguno, a éste deberá hacer el pago.»

En suma, la idea de que en la solidaridad cada uno de los intervinientes actúa impregnado de una titularidad sobre la totalidad, en este caso de la obligación y, en consecuencia, una legitimación, en este caso activa, sobre la totalidad, explica que cualquiera de los acreedores puede disponer de la totalidad de la obligación.

Más difícil parece la contestación a la cuestión planteada por DÍEZ PICAZO y que es seguida por PUIG FERRIOL (172). Es muy cierto que el artículo 1.144 del Código Civil permite al acreedor dirigirse contra uno, varios o todos los deudores solidarios y, sobre todo, que las reclamaciones entabladas contra uno de esos deudores no son obstáculo para las que posteriormente puedan efectuarse, eso si —límite al *ius variandi*— *mientras no resulte pagada la deuda por completo.* Y precisamente por ello, en este artículo, sobre todo en el inciso final, se contempla, a nuestro entender, la posibilidad de que la sentencia firme de condena produzca el efecto negativo de la cosa juzgada. Si observamos el término *cobrada* utilizado por el legislador es significativo en extremo y parece referirse a la sentencia de ejecución, pues no es probable que se refiera a la mera sentencia de condena ya que la misma *perjudica* (arg. *ex* art. 1.141, 2.° y 1.252, 3.° del CC). Es decir, con esta interpretación del artículo 1.144 del Código Civil admitiríamos la *ejecución de la sentencia en el patrimonio de cualquier deudor solidario.*

Además, hay que tener en cuenta que nuestra tesis, efecto negativo de la cosa juzgada, había sido mantenida en el *ius commune.* ALBERTI (173) nos diría que: «Io credo, seguendo l'opinione de SEGRE, che gli effeti consuntivi della» *litis contestatio* «nei confronti della stipulazione correale attiva siano stati rispettati anche nel diritto justinianeo... In primo luogo esiste il silenzio della C. 28 cod. 8, 40 in erito al caso dei rei stipulandi, silenzio questo che si collega al fatto che quasi titti frammenti della compilazione Giustinianea, che parlano ancora di effetti estintivi della litis contestatio si riferiscono alle stipulazione correali attive. Interzo luogo è lógico che (i creditori) non possono più agire contro il debitore per la medisima causa anche per l'evidente inutilità di suessive domande contro lo stesso debitore che dimostrato insolvente nei riguardi di uno dei concreditori...».

Opinión que igualmente COGLIOLO, utilización de «l'actio iudicati», cuando el deudor solidario demandado era insolvente (174). Y, por último,

(172) PUIG FERRIOL..., cit., pág 474

(173) ALBERTI, *op. cit.*, pág. 36.

(174) COGLIOLO, *op. cit*, pág. 332 El autor diría exactamente: «L'attore poteva

tesis de la eficacia de la cosa juzgada negativa en la obligación solidaria que no ha estado exenta de opiniones favorables, incluso, en la propia doctrina procesalista. Así, SERRA nos dirá que: «Terminado por sentencia firme el proceso en que un acreedor solidario reclame del deudor el pago de la deuda, los restantes acreedores no podrán efectuar nuevo proceso contra dicho deudor. Si la sentencia es condenatoria, habrá quedado irrevocablemente la obligación, sin que exista necesidad de ulterior proceso.» El autor continúa diciendo: «Al haberse declarado ya la obligación en forma irrevocable, deviene innecesaria una ulterior actuación jurisdiccional. De lo contrario, podría darse la paradoja de que el deudor tuviera tantos títulos ejecutivos de condena cuantos acreedores solidarios existan...» (175).

Pero si las reflexiones de SERRA son contundentes, CARRERAS LLANSANA, en la misma línea, nos dirá: «Si se solicita una nueva condena del mismo demandado, la única función de la cosa juzgada que pudiera operar es la negativa; el Tribunal posterior deberá siquiera examinar si puede o no tal condena, sino que absolverá al demandado. La excepción entonces absolutamente indispensable» (176). Y, por último, MONTERO AROCA admitirá la eficacia objetiva de la cosa juzgada en la deuda solidaria al entender que: «Si la legitimación corresponde a cada acreedor y deudor individualmente, puede iniciarse y desarrollarse un proceso sin que figuren en él como parte todos los acreedores o deudores y, sin embargo, les afectará la cosa juzgada de modo directo» (177).

---

agire contro i correi del convenuto, se questo era insolvente; una questo agire non è un nuovo giudizio, ma solo un chiedere l'actio iudicati esecutiva contro chi non fu convenuto...»

(175) SERRA DOMÍNGUEZ, *op cit.*, págs. 694-695.

(176) CARRERAS LLANSANA, *op. cit.*, pág.

(177) MONTERO AROCA, *op cit.*, pág 164.

Efecto negativo de la cosa juzgada que no es ajeno el Tribunal Supremo. Efectivamente en Sentencia dictada en 27 de febrero de 1984 (RA 813). Ponente Excmo. Sr don Antonio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, no será que: «El vínculo de solidaridad con que la imposición fue efectuada y aceptada determina la posibilidad de que el imponente, como acreedor que es en la cuenta a plazo fijo convenida con Banco de Santander, una vez cesada la prohibición de disposición por haberse producido la defunción de la otra imponente a que supeditó, puede exigir la entrega del importe total de dicha cuenta de la entidad bancaria deudora aludida, y ésta asume la obligación del pago... a que por virtud de la existencia de solidaridad activa se produce un mandato recíproco de exacción de crédito íntegro entre los acreedores que en virtud de lo normado en los artículos 1.142 y 1.143 del Código Civil, al desenvolver su regulación permite a cualquier acreedor reclamar el cumplimiento de la obligación, y al deudor poder pagar a cualquiera de ellos, e incluso de tener obligación de hacerlo cuando hubiere sido requerido al efecto judicialmente por el acreedor solidario, sin perjuicio de que éste haya de responder a los demás acreedores de la parte que pueda pertenecerles en el crédito...»

Doctrina judicial que se mantenía en las Sentencias de fecha de 18 de noviembre de 1903, 14 de noviembre de 1983 entre otras.

En suma, la extensión de la cosa juzgada en su función negativa, a pesar de la opinión contraria de algunos romanistas (178), tiene incluso su argumento en el propio derecho romano.

Como sabemos (179), la existencia de la *litis contestatio* en el Derecho romano clásico habría llevado a considerar que los efectos de la cosa juzgada no tuviera sentido plantearlos. Ahora bien, PAULO en el Digesto 44, 2, 12, 14 ya hacía referencia a que para los efectos de la cosa juzgada era suficiente *la identidad y que ésta, además, podía ser física.*

De la misma forma, la L. 2 Digesto XLV, 2.°; L. 31 (1) Digesto XLVI, 2 y la L. 5 Digesto XLVI, 1 estarían admitiendo la afirmación de que en la solidaridad pasiva la sentencia dictada contra uno de los codeudores se extendía contra todos ellos. La expresión «Petitione unius tota solvitur obligatio» adquiría su máxima expresión en la solidaridad.

La mayoría de la doctrina, en base a esta máxima, había entendido que no hacía referencia a la sentencia sino a los efectos de la *litis contestatio.* Pero el término *petitione* había sido interpretado por la Glosa como *efectualis,* es decir, el pago de la totalidad de la deuda, e incluso, algún autor lo había interpretado como la «integridad del juicio» y no la simple *litis contestatio* (180).

Por ello FERNÁNDEZ DE RETES, para el *ius commune,* diría que (refiriéndose a la sentencia): *«Proficiat, et noceat caeteris, quia in individuis quilibet est legitimus actor et defensor insolidum.»* Y que, en definitiva, adquirió su máxima expresión en la etapa precodificadora tras la aportación de POTHIER, que más tarde, como sabemos, influyó en la Codificación francesa y los autores de la escuela de la exégesis (181).

---

(178) Entre los autores romanistas que niegan la función de la cosa juzgada cabe citar a ALBERTARIO, *op. cit.,* pág. 197; MASI, *op. cit.,* pág. 835. ALBERTARIO, en concreto, diría que: «Degli effetti della sentenza sulla obbligazione solidale nel diritto classico non parlare. Infatti, prima che la sentenza venisse, se aveva un'altra causa che estingueva con efficacia generale l'obbligazione, a questa era la *litis contestatio* Estinta l'obbligazione con questa, non era neppure da porre il questo se a quali effetti producesse la sentenza ottenuta dal creditore contro uno dei debitori solidali o da un creditori salidali contro il debitori comune...»

(179) Véase al capítulo primero en su introducción (págs. 50 y ss.).

(180) ALBERTI, *op. cit.,* pág 88 con base al fragmento 19 Dig. 45, 2, y tomando la doctrina de AZONE, nos dirá que: «La *litis contestatio* interrompe la prescripcione control'altro e nello stesso modo nell'ipotesis di due rei stipulandi, su unum lites contestatur al l'altro correo giova l'interuzione della prescripcione, ma la *litis contestatio,* intervenuta con uno dei correi, non ha più nella teoria de Azo la forza estintiva totale dell'obbligazione nè nei confronti della stipulazione correale passiva nè nei confronti della stipulazione attiva, nel frammento 2 Dig. 45, 2 e nel 9 Cod. 8, 40 la *petitio,* ridotta AZIONE a *novatio* a *solutio* diventa nel secondo caso un vero e propio pagamento ed anticipa la famosa *petitio effectualis* della Glossa».

(181) FERNÁNDEZ DE RETES. De dividuis et individuis obligationibus commentarius repetitae praelectionis academicae, Cap. II, VI, pág. 615.

En conclusión, el efecto negativo de la cosa juzgada no se encuentra impedido por el artículo 1.144 del Código Civil. En primer lugar, ya que incluso es cuestionable que la *litis contestatio* produjera los efectos extintivos tan afirmados. Si admitimos que únicamente producía la extinción la expresión *efectualis,* es decir, el pago, no habría inconveniente en admitir que el *ius variandi* del acreedor se mantenga tras la sentencia de condena precisamente hasta que la deuda no hubiera sido pagada por completo. La expresión «mientras no resulte cobrada la deuda por completo» coincidiría con la terminología utilizada por Justiniano *(donec per omnia ei satisfiat),* que unido a la función de garantía que cobró la solidaridad en esta etapa del Derecho Romano nos conduciría a coincidir con GONZÁLEZ al entender que se admitiría el pago coactivo, es decir, el que procede tras la ejecución de la sentencia y todo ello hasta que la misma no hubiera sido pagada por completo.

Ahora bien, la interpretación que ofrecemos del artículo 1.144 del Código Civil, mantenimiento del *ius variandi* tras la sentencia de condena, no quita que cualquier deudor solidario, incluso el no interviniente en el proceso, pueda recurrir la sentencia con efecto frente a todos los deudores solidarios. Esta afirmación, que ya la mantenía CAFFARENA (182) es conforme a la doctrina del Tribunal Supremo. La Sentencia del 13 de marzo de 1943 (RA 309) entiende que: «Puede un deudor solidario sólo instar en concepto de demandante la declaración de nulidad de la obligación con igual extensión y efectos frente a los demás condenados y en su beneficio.» Y recientemente la Sentencia de 3 de marzo de 1990 («... teniendo en cuenta las consecuencias legales que produce la solidaridad, es manifiesto que la apelante pudo asumir la representación de los demás condenados... en consecuencia la apelación interpuesta necesariamente ha de afectar a los que con ella litigan unidos con vínculos de solidaridad...) (183), como la de 29 de junio de 1990 («No es incongruencia cuando habiendo apelado un

---

POTHIER, *op. cit*, t. II, núm. 908, pág. 301 diría: «Lorsque la chose due à plusieurs héritiers... est quelque chose d'indivisible. . cette chose n'estant pas susceptible de parts, chacun d'eux est créancier du total... c'est pourquoi le jugement rendu sur le demande que l'un d'eux a faite de cette chose a eu pour objet le même chose que la demande qu'en feroient les autres; c'est *eadem res.* ON peut aussi dire que ce jugement n'est pas «res inter alios judicata a l'egard des autres créanciers de cette chose ».

Sobre esta idea de la existencia de un *eadem res debita* también se alzaba la opinión de MERLÍN en *Recueil. ., op. cit.,* t. X, pág. 274 al entender que: «Le codebiteur solidaire, pour o contre lequel un jugement a été rendu, ne forme moralment qu'un seul et même individu avec lui...»

Véanse páginas anteriores sobre la doctrina de la exégesis.

(182) CAFFARENA, *op. cit.,* págs. 30-31.

(183) Sentencia recogida en *Actualidad Civil* núm. 28, semana 9, 15 de julio de 1990. Ponente: Excmo Sr. don GONZÁLEZ ALEGRE Y BERNARDO.

solo condenado, la Audiencia revoca la sentencia respecto de él y del otro condenado que se abstuvo de ejercitar al alzada, porque establecida en la primera instancia la condena solidaria de ambos, ha de afirmarse que los efectos de la actuación procesal de uno de los condenados alcanzan a sus coobligados solidarios, por virtud de la fuerza expansiva que la solidaridad comporta») (184).

Aún quedaría por plantearnos qué ocurre cuando la sentencia de condena se obtiene sin la alegación de excepciones «personales» al resto de los codeudores.

En principio, la no alegación de cualquier tipo de excepción en nada tiene que perjudicar al acreedor reclamante ya que ni tan siquiera debe sufrir las consecuencias de la *insolvencia* del deudor (*ex* art. 1.144 CC). La no alegación de las excepciones oponibles *exclusivamente* debe perjudicar al deudor reclamado y no al acreedor reclamante. El «no perjuicio» del acreedor supondrá que la sentencia es cosa juzgada y no podrá reproducirse. El «perjuicio» para el deudor condenado se predicará en la nivelación del perjuicio económico. El resto de los codeudores solidarios, que deben sufrir la nivelación económica (1.145, 2.° CC), podrán oponer las excepciones que no interpuso el deudor que pagó la deuda en su totalidad.

El que prediquemos la inexistencia de cosa juzgada en las excepciones no opuestas por el deudor que pagó la deuda en cuanto pretenda la nivelación del perjuicio económico, nos introduce en la diferente eficacia que la cosa juzgada cumple en el ámbito interno de la solidaridad, es decir, la *función positiva.*

Si la función positiva, recuérdese a CARRERAS LLANSANA (185), es la posibilidad de que la sentencia sea tenida en cuenta en un segundo pleito, ésta cumplirá su efecto en el régimen interno de la solidaridad. El deudor condenado por la sentencia que haya efectuado el pago podrá reclamar de los restantes codeudores solidarios la suma declarada en la sentencia (186). Claro está el que dependa la acción de nivelación del perjuicio económico del pago satisfactorio al acreedor (1.145 CC) hace que podamos hablar de una función prejudicial de la cosa juzgada.

La solución que propugnamos evidentemente supone que el deudor solidario que paga la deuda puede iniciar un procedimiento para reclamar la deuda («cuota de contribución económica») al resto de los codeudores. Así, ¿cómo pueden operar las excepciones no ejercitadas ante el acreedor

(184) Sentencia recogida en Doctrina Judicial *La Ley,* núm. 39 de 1990, año 2.° bajo la dirección de Miguel Angel FERNÁNDEZ. Ponente: Excmo Sr. BARCALA TRILLO-FIGUEROA.

(185) CARRERAS LLANSANA *Tratamiento , op. cit,* pág 288.

(186) SERRA, *op cit.,* pág. 694.

por parte del ahora acreedor de los deudores solidarios? La posibilidad de reclamar la deuda excluye cualquier posibilidad, ya lo veíamos anteriormente, de la función negativa de la cosa juzgada. Entendemos que la cosa juzgada no puede plantearse entre los codeudores solidarios. Estos pueden, en consecuencia, oponer cualquier mecanismo de defensa que no fue opuesto por el deudor subrogado en el crédito (1.210, 3.° CC) o, si entendemos la asimilación entre el artículo 1.148 y 1.840 del Código Civil, las excepciones que no pudieron ser opuestas frente al acreedor. La solución procede de la asimilación que efectuamos de los artículos 1.146 y 1.842 del Código Civil. La posibilidad de que existan *excepciones personales* hace que el deudor reclamado que no las opuso, conociéndolas, deba sufrir su posible interposición (187). Solución que ya había sido adoptada por el Derecho italiano (arg. *ex* art. 1.950, 1.917, 1.952, 2.° y 1.918, 2.° Codice civile) y que CIFFO considera que: «La norma dell'art. 1.952, 2.° dettata per la fideiussione trova applicazione in tema di regresso tra debitori solidali. Il debitore solidali, per tanto, convenuto in regresso dal codebitore, non resta soggetto a la cosa giudicata del codebitore e il creditore e puó ancora oppore le accezione che avrebbe potuto opporre al creditore» (188).

En suma, desde el punto de vista de la relación interna entre los codeudores solidarios no cuenta tanto los efectos estrictos de la cosa juzgada como propiamente el pago, de suerte que son los efectos de hecho de la sentencia que condena al pago al deudor solidario demandado los que legitiman a éste para dirigirse frente a los restantes codeudores (189).

En este sentido si el resto de los codeudores solidarios quedan afectados por el pago, a lo que es lo mismo, por el fallo condenatorio, nada impide que, a su vez, el resto de los codeudores le pueda discutir su legalidad, es decir, la alegación de la existencia de fraude procesal e, incluso, la mala gestión de su actuación procesal (por ej. no haber interpuesto algún mecanismo de defensa). Con todo ello, y como nos movemos en el ámbito interno de la solidaridad, posiblemente la mayor garantía de la existencia

(187) BADOSA, *op cit.*, pág. 129.

(188) CIFFO: *Il Giudicato civile.* Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1955, pág. 110. En el mismo sentido, ALLORIO: *La cosa giudicata...*, pág. 134.

(189) La Sentencia del 12 de marzo de 1987 nos diría que: «La deuda de los demandados con la actora fue contraída *in solidum* creando una unidad de obligación frente al acreedor, con propósito de actuación conjunta de las deudas, pero con la consecuencia que la solidaridad atribuye el artículo 1.137 en relación con el artículo 1.144 CC, y con los efectos, para el caso del pago por uno de los deudores de poder repetir del otro la parte que le corresponda. Igualmente la Sentencia de 8 de julio de 1989 ya diría que: «Tratándose de obligación solidaria que cumplió en su totalidad uno de los deudores *in solidum* tiene derecho a reclamar de un codeudor la mitad que le corresponde «en C.J.t. 66, núm. 18, y la Sentencia de 11 de junio de 1955» (RA 2304).

del pago suponga la necesidad de establecer un sistema en virtud del cual el deudor que paga la totalidad no pueda sufrir las consecuencias de la alegación de lo anteriormente comentado (ej. excepciones no opuestas). Esta solución, quizá, y a ello dedicaremos un capítulo en el título segundo, puede ser el arbitrar la solución que el artículo 1.084 del Código Civil entiende para el pago de deudas de la herencia.

Recapitulando todo lo anterior, podríamos entender que en el ámbito externo de la solidaridad rige el principio de la cosa juzgada en función negativa. La sentencia de condena dictada con la participación del acreedor y un deudor solidario no podrá reproducirse afectando a todos los deudores siendo, en consecuencia, independiente la alegación o no de las excepciones que tuvieran frente a la reclamación. La relación interna será, para el acreedor, «*RES INTER ALIOS ACTA NOBIS, NEC NOCET, NEC PRODEST*». En cambio, en las relaciones entre los codeudores la función que cumple la sentencia de condena es la *positiva*. La sentencia podrá ser utilizada como «ataque» frente al resto de los codeudores sirviendo el hecho de pago como presupuesto inalterable. Ahora bien, quedando como cuestionable la posible interposición de excepciones frente a la reclamación del codeudor.

4.2. Los efectos de la cosa juzgada tras procedimiento iniciado por un acreedor solidario contra un único deudor solidario con fallo absolutorio

Anteriormente ya hemos hecho referencia a la posibilidad de que en la solidaridad pasiva existan deudores que se encuentren obligados de diferente forma (arg. *ex* art. 1.140 CC). Esta diferente forma de obligarse por parte de alguno de los codeudores llevaba a que otras manifestaciones del perjuicio inherente a la deuda solidaria tuviera para éstos un tratamiento diferenciado (ej. extensión de la mora, la prescripción).

A ello responde el artículo 1.148 del Código Civil cuando establece que: «De las que personalmente correspondan a los demás codeudores sólo podrá servirse en la parte de deuda de que éstos fueran responsables.»

No obstante esta posible diferenciada situación en relación a la deuda el acreedor podrá pretender del resto de los codeudores la totalidad de la deuda. Cuando esto se produzca el deudor solidario podrá (no obligación) interponer la excepción que pertenezca a otros codeudores (ej. remisión parcial arg. *ex* art. 1.146 CC).

Trasladando lo anterior a la sentencia absolutoria no podemos desconocer que el deudor solidario puede serlo por la alegación de una excepción que se corresponda con la «naturaleza de la obligación» o por alegación de una excepción «personal».

La mayoría de la doctrina ha destacado estas especialidades como elementos destacables a los efectos de la cosa juzgada. Así, DÍEZ PICAZO (190) ha entendido que: *«d)* La sentencia que absuelve a un deudor solidario impide el ejercicio de una acción contra los demás deudores solidarios, si la desestimación de la demanda se ha fundado en una causa aplicable a todos, pero, en cambio, no impide el ejercicio de una nueva acción si la desestimación se funda en una causa estrictamente personal». A la misma conclusión han llegado otros autores como BADOSA (191), PUIG FERRIOL (192), DEMOLOMBE (193), LACOSTE (194), MERLÍN (195), LAROMBIERE (196), BAUDRY-LACANTINERIE ET BARDE (197).

La solución que consideramos adecuada proviene de un amplio debate del *ius commune.* Sobre la base del fr. 1,3 del Dig. 44,5 relativo al proceso del fiador se afirmó que la sentencia dictada frente a un fiador perjudicaba al deudor principal si el mismo tenía por contenido *motivos comunes (in rem).* En cambio, si la sentencia tomaba razón de motivos personales no producía la extensión de los efectos de la sentencia (198). BARTOLO, por vía indirecta, había admitido la extensión de la cosa juzgada a los deudores solidarios que se encontraban vinculados pura y simplemente. En cambio, negaba la extensión en los supuestos en que los codeudores se encontraran vinculados bajo condición: «Disparitis qualitatis, quae sperat reduci ad paritatem, no vitiat stitutio ne correoru h.d. opp. de l. eandem eo sol. plures dont hic, tene ultima: q. hic est disparitas intpe, ibi in culpa. Et ro est: quia hic adveniente conditione reducitur ed. paritate, ibi nunquam reduci speratur op. de l. si id., quod j. eo. so. ibi est disparitas in re, hi in qualitate t. quaero, utrum no dice fit correctum perius Autteriticorum, ut ille qui est obligatus pure, proffit opponere beneficium divisionis pendente conditione alterius? Gl. Tangit. C. eo. auth. hoc. ita Dig. Tangit. hic Dicam j. eo. l. fi ex duobus S. fi a Titio» (199). La afirmación de BARTOLO: «Sententia lata pro uno sive contra unum indistncta nocet aliis», encontró su admisión en

(190) DÍEZ PICAZO, *op. cit.,* t. I, pág. 431.
(191) BADOSA: *Det, op cit.,* pág. 125.
(192) PUIG FERRIOL, *op cit.,* pág. 474.
(193) DEMOLOMBE, *op. cit.,* t. III, pág. 307.
(194) LACOSTE, *op. cit.,* pág. 217.
(195) MERLÍN, *op. cit,* pág. 218.
(196) LAROMBIERE, *op. cit.,* pág. 408.
(197) BAUDRY-LACANTINERIE ET BARDE, *op. cit,* t. XII, pág 280.

Esta distinción también es destacada por autores procesalistas como GÓMEZ ORBANEJA, *op. cit,* pág. 451; SERRA DOMÍNGUEZ, *op. cit.,* t. XVI, vol 2.°, pág 694. Este último llega a la conclusión de que los efectos de la cosa juzgada (arg. *ex* art 1.252 CC) también se producen en la obtención de la sentencia absolutoria con alegación de excepción personal como lo hace el artículo 1 143.

(198) ALBERTI..., *op. cit.,* pág 209
(199) BARTOLO: *In secundum digesti Novi partem,* ecc., ad leg. 16 de duobus reis.

el proemio de legislación española sobre contratos contenido en el *Tratado de Pothier* en el que su traductor entendería: «La demanda que entable el acreedor contra uno de los codeudores para el cumplimiento de la obligación solidaria *perjudica* a los demás, la sentencia que en este caso se diere obliga a los demás condenados lo mismo que si hubieran litigado; y por tanto tienen el derecho de apelaria» (200).

La afirmación de la distinción entre las excepciones *in rem* y las *in personam* a los efectos de la sentencia, apareció en los propios textos del Digesto. El fr. 42,3 del Dig. 12,2 entendía que el fiador «liberado» (sentencia absolutoria) «quia non fuit contractum vel solutum» liberaba igualmente al deudor principal. Ahora bien, si la excepción se refería únicamente al débito personal del fiador no queda liberado el deudor principal. En consecuencia, como afirmaba ALBERTI (201), en la Glosa es perfectamente defendible el afirmar que la eficacia liberatoria del deudor principal aparecía si tomaba razón de una causa común a ambos. Al mismo tiempo, tampoco era inexacto afirmar que en los deudores solidarios se predicaría la misma solución dada la equiparación de la regulación de la fianza a la solidaridad.

En suma, el criterio seguido por el *ius commune* era el de que la sentencia extendía sus efectos al conjunto de los vinculados solidariamente. Ahora bien, la extensión, en cuanto a la sentencia absolutoria, había que diferenciarla en cuanto que procediera de la interposición de excepciones comunes a todos los deudores solidarios *(in rem),* en este caso provocaba la extinción de la obligación, o si procedía de excepciones personales a un deudor *(in personam),* en este caso la sentencia únicamente tenía un efecto subjetivo (202).

A nuestro entender, la distinción es necesaria. Si el deudor solidario ha sido absuelto por la apreciación de una excepción que personalmente le corresponde contra el acreedor reclamante el artículo 1.252 del Código Civil no tiene aplicación. Esta no aplicación no procede por un límite a los efectos negativos de la cosa juzgada, sino, por la inexistencia de la misma. El expediente de la «identidad de personas» utilizado por el 1.252 del Código Civil a los efectos de la cosa juzgada se refiere a INTEGRIDAD DEL CREDITO y no a las situaciones particulares de un deudor solidario sobre la titularidad. Esta sentencia, por tanto, no habrá sido dictada sobre la base de la INTEGRIDAD DEL CREDITO con lo que permanecerán intactas las restantes titularidades correspondientes al resto de los codeudores. En consecuencia, el acreedor podrá reclamar «de nuevo» la totalidad de la deuda de cualquiera de los codeudores solidarios no demandados. Estos

(200) POTHIER: *Tratado de las Obligaciones,* traducción al español con notas de Derecho patrio por una sociedad de amigos colaboradores, t. II. Barcelona, 1978, pág. XVIII.

(201) ALBERTI..., *op. cit.*. pág. 210.

(202) Véase con carácter general a ALBERTI, *op. cit.,* pág 207.

no podrán alegar el efecto negativo de la cosa juzgada AUNQUE, no obstante, podrán utilizar la sentencia absolutoria para REDUCIR, mediante la interposición de excepción «que personalmente correspondan a los demás», LA DEUDA en la «parte» que le correspondía en la deuda.

En consecuencia, no coincidimos con CARRERAS DEL RINCÓN cuando establece: «Si admitimos que tiene apoyo, siquiera indirecto, en el artículo 1.252 del Código Civil (se refiere a la ejecución de la sentencia en el patrimonio de un codeudor solidario), debemos admitir también que el deudor solidario podrá oponer frente a las reclamaciones del acreedor la excepción de cosa juzgada, cuando el primer codeudor hubiere resultado absuelto. Siendo esto inadmisible, también debe serlo lo otro» (203). Las identidades en la titularidad de la deuda y las particulares relaciones de titularidad en la deuda llevan consigo esta especial configuración de la extensión de la cosa juzgada. Por ello, ya habíamos concluido que en la deuda solidaria existe una doble relación: externa e interna. La primera configurada por la idea de UNIDAD en los ejercicios de las titularidades («idea del todo»). La segunda configurada por la idea «de parte». Aunque ambas podían sufrir la aparición de particulares relaciones en el ejercicio de la titularidad. Cuando estas peculiaridades existen y se dicta una sentencia absolutoria es evidente que no se refiere a la INTEGRIDAD O TOTALIDAD del crédito o deuda. La inaplicación del 1.252 del Código Civil se nos muestra como la consecuencia propia.

En suma, si la sentencia absolutoria proviene de la alegación de una excepción común a todos los deudores solidarios la misma ha incidido sobre la INTEGRIDAD del crédito y de la deuda, con lo que la aplicación del artículo 1.252 del Código Civil se nos muestra una vez más como la consecuencia lógica. Por ello no coincidimos con SERRA (204) cuando entiende

(203) CARRERAS DEL RINCÓN, *op. cit.*, pág. 98.

(204) SERRA DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, t. XVI, vol. 2.°, pág. 694.

La tesis de la extensión de la sentencia absolutoria al conjunto de vinculados solidariamente aparece admitido por la Jurisprudencia del TS. Prueba de ello es la STS de 17 de julio de 1984 (RA 4075). Ponente: Excmo. Sr. Rafael CASARES CÓRDOBA que entiende: «... ha de afirmarse que los efectos de la actuación procesal de uno de los codeudores CONDENADOS, alcanzan a su coobligado solidario, por virtud de la fuerza expansiva que la solidaridad comporta, que hace de toda lógica, que la declaración *anulatoria de la condena al pago, respecto de uno de los obligados solidarios, por inexistencia objetiva de indemnizar, afecte, con igual extensión, a los demás que con él fueron solidariamente condenados, ya que otra cosa iría contra la naturaleza y cinexidad del vínculo solidario proclamado en los artículos mil ciento cuarenta y uno, mil ciento cuarenta y ocho y concordantes del Código Civil*».

La claridad de exposición de la sentencia anterior la hacemos propia. Efectivamente, la extensión de las acciones al conjunto de los deudores solidarios, en el ámbito del proceso, debe significar que tanto la sentencia absolutoria o condenatoria que tome razón de la propia titularidad de la deuda, por otra parte idéntica para todos, tiene que afectar a todos los deudores. Si no es así entraríamos en el ámbito de las lamentaciones

que: «Y si es absolutoria (se refiere a la sentencia) por causa personal del acreedor demandante respecto del deudor, extingue igualmente la obligación, por imperativo del artículo 1.143 CC sin perjuicio del derecho de los restantes acreedores a percibir del acreedor demandante la parte proporcional del crédito.»

A nuestro entender, el error del anterior autor reside en que aunque el artículo 1.143 del Código Civil dice: «Con cualquiera de los deudores de la misma clase... extingue la obligación» se está refiriendo a una excepción que corresponde al conjunto de los codeudores solidarios siempre que la misma incida sobre la INTEGRIDAD de la deuda. En cambio, si la misma es «parcial» (p. ej. una remisión parcial de la deuda 1.143 y 1.146 CC) el resto de los codeudores quedan igualmente vinculados aunque con la reducción de la «parte» de la deuda que el acreedor liberó.

TERCERA PARTE. LA INFRACCION DE LA DEUDA SOLIDARIA Y SU EXTENSION AL CONJUNTO DE DEUDORES SOLIDARIOS. ANALISIS DEL ARTICULO 1.147 DEL CODIGO CIVIL

CAPITULO TERCERO. La infracción de la deuda solidaria y su extensión al conjunto de deudores solidarios. Análisis del artículo 1.147 del Código Civil

1. INTRODUCCION

Anteriormente hemos podido comprobar la extensión del «perjuicio» o «beneficio» al conjunto de deudores solidarios por ACCION, esencialmente

---

que el propio BERCOVITZ recoge a propósito de la STS de 23-1-1989 que ante un supuesto de comunidad de bienes entiende incongruente:

1. El que por un lado se extienda la cosa juzgada frente al comunero que ha actuado.
2. Exclusión del beneficio de la cosa juzgada si la sentencia obtenida por otro comunero en un procedimiento posterior sobre la misma causa.
3. Incongruencia con la indivisibilidad ya que si en la que proviene de la obligación se predica la extensión de la cosa juzgada (*ex* art 1.252, 3.° CC), no es comprensible como no se produce en la indivisibilidad real

En suma, igualmente hacemos propias las palabras de BERCOVITZ al decir: «Cierto que ello implicaría una solución (se refiere a la extensión de la cosa juzgada) encaminada más a la protección de los terceros que a la de los comuneros en tales casos. Pero tampoco es evidente que la protección que reciben los comuneros actualmente, al amparo de la doctrina jurisprudencial a la que me he referido, no sea excesiva.»

Véase Comentario a la STS de 23-1-1989 en C.c.j.c. núm. 19 enero/marzo 1989, núm. 494.

procesal, ejercitada por el acreedor frente a un único deudor solidario. Ahora pretendemos analizar la extensión igualmente del «perjuicio» cuando éste proviene de un incumplimiento imputable a un único deudor solidario.

Partiendo de la relación existente en una obligación entre el acreedor y el deudor, conocemos que el deudor es destinatario de un DEBER inherente a su posición jurídica, es decir, *a contrario* del artículo 1.104 del Código Civil («culpa o negligencia consiste en la omisión de aquella diligencia que exija...») el deber de diligencia.

Esta carga de diligencia se proyecta esencialmente en dos momentos: *a)* Un momento anterior a la propia prestación, y *b)* la exigencia de una prestación determinada o realización de la misma (arg. *ex* art. 1.104 «se exigirá») (205).

Esta distinción que ofrecemos en el cumplimiento de la obligación supone que el deudor debe observar una conducta previa pero íntimamente conectada con la propia prestación, es decir, la necesidad de que el deudor adopte todos los mecanismos necesarios a su alcance para que la prestación se haga realidad (diligencia en la conservación *ex* art. 1.094 CC. «El obligado a dar una cosa lo está también a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia») y, además, que el deudor cumpla con la prestación (*ex* art. 1.104 CC).

No obstante, esta apretada aproximación a la infracción de la obligación por parte del deudor, nosotros pretendemos destacar las consecuencias que depara precisamente la infracción de la obligación. Así, cuando no opera la ejecución específica de la deuda originaria por parte del deudor se produce una sustitución de la obligación del deudor, que ya no es la primitivamente contraída, sino que por imperativo de la ley se transforma en una obligación de reparar (arg. *ex* art. 1.101 CC. «Quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios...» y 1.150 CC. «La obligación indivisible mancomunada se resuelve en indemnizar daños y perjuicios...» y el propio artículo 1.147, 2.º CC «todos serán responsables, para con el acreedor, del precio, y de la indemnización de daños y abono de intereses»). Esta exigencia de reparar que es *communis opinio* en nuestra doctrina, como así lo demuestran DÍEZ PICAZO (206), ALBALADEJO (207), PUIG BRUTAU (208), DELGADO ECHEVARRÍA (209) y BADOSA (210), surge como sanción predispuesta por el Orde-

(205) Sobre el concepto de infracción de la obligación por parte del deudor seguimos, como en otros muchos casos, el trabajo del Profesor BADOSA: *Dret D'obligacions .., op. cit.*, págs 19 y ss.. 369 y ss.).

(206) DÍEZ PICAZO: *Fundamentos..., op. cit.*, pág. 704

(207) ALBALADEJO. *Derecho civil,* t II, pág. 192.

(208) PUIG BRUTAU: *Fundamentos..., op. cit.*, t. I, 2.º, pág. 442

(209) DELGADO ECHEVARRÍA: *Elementos..., op. cit.*, t. II, 1.º, pág. 225.

(210) BADOSA: *Dret.. , op. cit.*, págs. 387 y ss.

namiento que es coercible incluso por la fuerza. El deber de reparar ocupa la posición que previamente ocupaba el deber de cumplir la prestación originaria con lo que, en definitiva, la obligación de reparar parte de la existencia de una obligación, la imputabilidad al deudor de dicho incumplimiento y, por último, un nexo causal entre el incumplimiento y el daño causado al acreedor.

Desde el punto de vista práctico (téngase en cuenta que este trabajo de investigación tiene como motivación el observar la solidaridad puesta en «escena»), atendiendo al ámbito del *onus probandi* del artículo 1.214 del Código Civil se impone la conclusión de que pesa sobre el acreedor la carga de demostrar la concurrencia de estos elementos. El advenimiento del daño, la cuantía del mismo, la infracción de la obligación, y que deriva de una preexistente obligación, han de ser probados por el acreedor (211).

Pues bien, este esquema que, insistimos, apretadamente hemos elaborado sobre las consecuencias de la infracción de la obligación por parte del deudor (212) puede ser perfectamente aplicable a la deuda solidaria.

La regla contenida en el artículo 1.147 del Código Civil supone la vinculación de los deudores solidarios al cumplimiento forzoso que toma

---

(211) La necesidad de prueba, por parte del acreedor, de la infracción de la obligación aparece constantemente exigida por la doctrina del Tribunal Supremo. La Sentencia de 8 de junio de 1966 (RA 3023) nos diría que. «Al actor incumbe la prueba de los hechos que sean fundamento de su demanda —*actori incumbit probatio*— sea cualquiera la naturaleza positiva o negativa de los mismos, y al demandado que oponga las excepciones ha de probar los hechos que en ella se funda —*reus in excipiendo fit acto*— y si bien es cierto que la doctrina científica y la Jurisprudencia han dado mayor flexibilidad a este principio, precisando su alcance, no se apartan de su contexto legal, en el sentido de atribuir al actor la obligación de probar los hechos normalmente constitutivos del derecho a la constitución válida del derecho y los extintivos .»

En el mismo sentido se pueden comprobar las Sentencias de 15 de junio de 1961 (RA 2723), de 19 de diciembre de 1959 (RA 4890), etc

La necesidad del *onus probandi* que incumbe al acreedor necesariamente, entendemos que tendrá que proceder en una doble vía Efectivamente, para poder pretender la reclamación de la totalidad de la deuda tendrá que probar: 1.º la existencia de una obligación que de esta forma lo permita, es decir, la existencia de solidaridad entre los sujetos que a tenor del 1.144 del CC permita una reclamación de la totalidad de la deuda. 2.º Indudablemente tendrá que probar la existencia de la infracción de la obligación ya provenga por la obligación de conservar la cosa (*ex* art. 1 096 CC) o el incumplimiento (1.104 CC). Ambas facetas son imprescindibles para que el acreedor obtenga la ejecución forzosa o la ejecución «por equivalente» en base al artículo 1.911 CC.

(212) Téngase en cuenta que mientras para MOLINEO se predicaba la extensión al conjunto de deudores de las consecuencias del incumplimiento· «sed si non essent correi, tunc insons casu illo sibi fortuito liberaretur», y que para LAURENT: *Avant-projet . , op. cit.,* t. V, comentario al artículo 1.207 establecía que: «Le Code civil décide que l'obligation subsiste, en ce sens que les codébiteurs sont tenus du prix de la chose C'est dire qu'ils répondent de la faute de leur codébiteur. Si ils m'etaient pas solidaires, la faute, à leur égard serait un cas fortuit; à raison du lien de solidarité qui les unit tous, la faute de l'un perpétue l'obligation.»

origen de la infracción obligacional que provenga de uno de ellos. Si bien es cierto, y luego tendremos ocasión de comprobarlo, que la solución ofrecida por el artículo 1.147, 2.° del Código Civil no ha tenido un predicado igualitario en la historia y, en consecuencia, en las Codificaciones (213), no podemos dejar de observar que en todo caso existía una *communis opinio* en cuanto a la obligación de reparar el daño causado con una prestación «por equivalente».

Si el modo más adecuado para evitar que en el acreedor se produzca la «frustración» del incumplimiento supone la ejecución específica, puede ocurrir que ésta no sea posible. El interés susceptible de ser satisfecho a favor del acreedor debe ser sustituido por un interés distinto que deberá ser satisfecho mediante la ejecución forzosa no específica (214).

A esta nueva modalidad de reparación del daño diferente a la reparación *in natura,* normalmente reparación pecuniaria, responde el artículo 1.147, 2.° del Código Civil. El Código Civil ha pretendido que el poder del acreedor de imponer al deudor la conducta que exigía la obligación se lleve a cabo mediante la obligación de repararlo en dinero y, a su vez, que este deber sea solidario.

En conclusión, el artículo 1.147, 2.° del Código Civil nos confirmaría que la sentencia de condena a una cantidad líquida («precio» del art. 1.147 del CC) en virtud del artículo 921 de la LEC pueda ser ejecutada en el patrimonio de cualquiera de los deudores solidarios («todos serán responsables...», *ex* art. 1.147 y «podrá decretarse el embargo de sus bienes...», *ex* art. 921 LEC). El título ejecutivo que habrá servido como base a esta ejecución será la sentencia de condena (arg. *ex* arts. 919 y ss. en relación con el art. 1.428 LEC).

2. EL INCUMPLIMIENTO DE UN DEUDOR SOLIDARIO

El artículo 1.147 del Código Civil establece:

> «Si la cosa hubiese perecido o la prestación se hubiese hecho imposible sin culpa de los deudores solidarios la obligación quedará extinguida.
>
> Si hubiese mediado culpa de parte de cualquiera de ellos, todos serán responsables, para con el acreedor del precio y la indemni-

---

(213) Como luego tendremos ocasión de comprobar, la solución del artículo 1.147, 2.° del Código Civil en cuanto incluir la indemnización de daños y perjuicios e intereses al pago del precio, no ha sido seguida por la mayoría de las Codificaciones.

(214) PUGLIATTI: *Esecuzione forzata e diritto sostanziale,* Milán, 1935, pág. 129; LASERRA: *La responsabilità patrimoniale,* Nápoles, 1966, pág. 328 y concordantes.

zación de daños y abono de intereses, sin perjuicio de la acción contra el culpable o negligente» (215).

El precepto está destinado a regular las consecuencias del incumplimiento de la prestación, ya sea, por perecimiento de la cosa, o por imposibilidad de la prestación. En el primer párrafo se sanciona la liberación de todos los codeudores si no hubiera mediado culpa de los deudores solidarios (entendemos que de cualquiera de ellos). En el párrafo segundo extiende los efectos de la culpa al conjunto de los deudores (culpa como acto perjuicio).

---

(215) El Anteproyecto de 1882-1888 recogía el precepto con la misma redacción en su artículo 1.164. *Vid.* PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Anteproyecto del Código Civil, op. cit.*, págs. 364 y ss.

Las principales fuentes de inspiración de este artículo 1.164 del Anteproyecto de Código Civil fueron los artículos 1.207 del Avant-Projet belga de LAURENT y el artículo 711 del Código Civil argentino. El referido artículo 1.207 del Avant-Projet establecía: «Si la cosa hubiese perecido por culpa o durante la mora de uno o varios deudores solidarios, los demás serán responsables del precio de la cosa y de los daños e intereses, sin perjuicio de su acción contra el codeudor por cuya culpa la cosa pereció.»

Por otra parte, el artículo 711 del Código Civil argentino decía que: «La indemnización de pérdidas e intereses en el caso del artículo anterior podrá ser demandada por cualquiera de los acreedores del mismo modo que el cumplimiento de la obligación principal.» Cuestión bien diferente es si intentamos recoger los antecedentes legislativos patrios. El artículo 1.065 del Proyecto isabelino de 1851, en relación con la culpa, entendía que: «Si la cosa ha perecido por culpa de uno o más de los deudores mancomunados (léase solidarios) o hayándose estos constituidos en mora, los otros codeudores quedan obligados a pagar el precio de la cosa, pero no el resarcimiento de daños e intereses. El acreedor podrá solamente repetir los daños e intereses contra los deudores culpables o morosos.» En el sentido de repercutir las consecuencias de la culpa en el deudor culpable se pronunciaba el artículo 917 del Proyecto de Código Civil de 1836 «Si la cosa debida pereciere por culpa o morosidad de un deudor, no se liberarán los otros de pagar la parte del precio que les corresponda a prorrata, pero no estarán obligados a pagar intereses ni a resarcir perjuicios.»

GARCÍA GOYENA: *Concordancias..., op. cit.*, pág. 573, en comentario al artículo 1.064 del Proyecto de 1851, justificaba la no extensión del perjuicio ya que: «Sería injusto que la falta o mora de uno de los codeudores aprovechara a los otros para liberarse de la obligación y enriquecerse; pero no lo sería menos que les perjudicase para agravarla. Podrá, pues, el acreedor pedir el precio de la cosa a los otros codeudores, salvo el recurso de éstos contra el culpable o moroso, pero no los perjuicios e intereses que constituyen una nueva obligación tan personal como lo es la culpa o la mora.

Nótese el cambio producido en la regulación que de la culpa se establece en nuestro actual artículo 1 147 del Código Civil con relación a los precedentes legislativos patrios. La tradicional regulación del incumplimiento de la obligación solidaria, por causas imputables a uno o varios deudores, no hacía extensibles sus consecuencias (indemnización e intereses) al resto de los codeudores, en cambio, el actual párrafo segundo del artículo 1.147 del Código Civil extiende sus efectos al resto de los codeudores como una manifestación de acto perjuicio.

Hay que recordar que en la redacción del artículo 1.064 del Proyecto de 1851 había influido el Code francés (arg. *ex* art. 1.205) y sobre todo la doctrina de POTHIER cuando distinguía (núm. 273) entre la culpa *ad conservandam et perpetuandam obligationem* y

La solución apuntada para el primer párrafo no deja de ser superflua e innecesaria. A nadie se le puede escapar que por la aplicación de los preceptos generales en sede de obligaciones (arg. *ex* art. 1.105 y 1.182 del Código Civil) llegaríamos a esta conclusión. No obstante, hay que destacar que este párrafo primero del artículo 1.147 del Código Civil confirma un principio que hasta ahora hemos venido manteniendo: lo realizado contra un deudor solidario, o lo realizado por un deudor solidario en el ámbito externo de la obligación, extiende sus efectos (positivos o negativos) al conjunto de los codeudores.

Igualmente, también debemos destacar el párrafo primero de este artículo 1.147 del Código Civil por la omisión que efectúa del supuesto en que el incumplimiento sea imputable a uno de los acreedores (ej. *mora creditoris)* (216).

Mientras que la regla contenida en el párrafo primero no muestra síntomas de ruptura, sigue las reglas generales, cuestión diferente parece demostrarse del párrafo segundo (217).

---

la culpa *ad augendam ipsorum obligationem.* La primera tenía el carácter de solidaria, mientras que la segunda tenía un carácter personal.

Puede observarse en GUTIÉRREZ: *Código..., op. cit.,* t IV, pág. 101 cómo triunfó la doctrina de diferenciar entre culpa como *perpetuatio obligationis* y la infracción de la diligencia (responsabilidad).

(216) Aunque la omisión exista ya habíamos resuelto que la antinomia entre el artículo 1 143 y 1.141, 1.° del CC tenía que resolverse por la vía de la distinción entre *acto útil* y *acto perjudicial* en la titularidad activa. El acreedor podría realizar *actos de disposición* del crédito (arg. *ex* art. 1.143 del CC) con plena eficacia al conjunto de los cotitulares en dicho crédito

(217) El artículo 1.147, 1.° del CC sigue el sistema de la no imputabilidad de la sanción al deudor solidario cuando exista una imposibilidad sobrevenida de la prestación y no imputabilidad al deudor de la causa que la origina. El artículo 1 147, 1.° reproduce, de hecho, la relación que se establece entre los artículos 1.105, 1.182 y 1 184 del Código Civil.

Sobre la imposibilidad sobrevenida puede consultarse a CRISTÓBAL MONTES: *El incumplimiento de la obligación,* Tecnos, Madrid, 1989, págs. 146 y ss.; FRANCISCO JORDANO FRAGA: *La responsabilidad contractual,* Civitas, Madrid, 1987, págs. 150 y ss.; GIORGIANI: *L'inadempimiento,* Milán, 1959, págs. 172 y ss.; BADOSA COLL: *Dret..., op cit.,* págs. 383 y ss.; CASTAN, *op. cit.,* págs. 324 y ss.; GONZÁLEZ PORRAS: *Comentarios al artículo 1 182 del CC,* Madrid, 1980, págs. 266 y ss ; COVIELLO *Del caso fortuito in rapporto allo estinzione della obbligazioni,* Lanciano, 1895, págs. 88 y ss.

Aunque no pretendemos hacer un análisis detallado de las causas de exoneración, o como entiende Jordano FRAGA: «Imposibilidad liberatoria-extintiva del deudor», siguiendo la doctrina italiana, no podemos ocultar que en el Código Civil encontramos normas contradictorias. Así, mientras que el artículo 1.096 (obligación de dar) establece «el caso fortuito», el artículo 1.136, 1.° (obligación alternativa) habla de «caso fortuito», el artículo 1.183 (pérdida de la cosa debida) habla de «caso fortuito»; existen otras normas que incluso se hace responder de la «fuerza mayor». Ejemplo de ello lo encontramos en el artículo 457 del Código Civil, haciendo responder al poseedor de mala fe de los deterioros y pérdidas de la cosa incluso por «fuerza mayor». Por último, incluso el

El problema se centra en determinar si las consecuencias de la conducta imputable a uno de los codeudores debe limitarse a su área de responsabilidad («parte») o si, de distinto modo, debe propagarse a toda la obligación y, con ello, a todos los deudores solidarios aunque no participen en ella.

Retomando lo que ya anticipábamos en la introducción, cuando nos encontramos con una vinculación solidaria la infracción de la obligación puede proceder del período inmediatamente anterior a la propia realización de la prestación, es decir, «la diligencia en la conservación de la cosa» (*ex* art. 1.094 CC).

El que exista esta previa situación o componente de la diligencia, evidentemente, nos sitúa en el ámbito de las obligaciones de DAR y, en concreto, de cosa específica (218). Evidentemente, la existencia de una posible infracción mediante la no conservación de la cosa que haga imposible de forma anticipada la posibilidad de cumplir puede aparecer en la deuda solidaria. Claro ejemplo de ello lo encontramos en el ámbito de las obligaciones del comodatario (*ex* art. 1.748 CC. «Todos los comodatarios... responden solidariamente de ella...» (219). Ahora bien, la infracción de la diligencia en la conservación de la cosa únicamente puede aparecer en el ámbito de la prestación específica. Y es aquí donde realmente surgen los problemas en cuanto a la deuda solidaria. Prescindiendo del comodato, como supuesto especialmente regulado por el Código Civil, pudiera pensar-

---

Código Civil adopta, en algunos preceptos, una terminología conjunta (*ex* art. 1.602, 1.625 CC).

Las consecuencias de la no imputabilidad de la infracción de la obligación al deudor, igualmente deudor solidario, supondrá el efecto contrario a la imputabilidad, es decir, la no perpetuación de la obligación, ni el nacimiento de la oportuna indemnización de daños y perjuicios, ni la posible ejecución forzosa En concreto, en la deuda solidaria la concurrencia de algún supuesto anteriormente reseñado supondrá la extensión al conjunto de deudores solidarios de la imputabilidad liberatorio-extintiva Si la deuda era UNICA y ésta perece, si era cosa, por vicios, paso del tiempo (1.561 CC) o por caso fortuito o fuerza mayor (*ex* art. 1.105 CC), es evidente que el conjunto de deudores quedará liberado. Téngase en cuenta que esta afirmación, que ya vertíamos a propósito de la extensión de la cosa juzgada, es una prueba contundente de la existencia de una UNICA DEUDA y UNA UNICA VINCULACION. Podrían aparecer problemas en cuanto a si la imposibilidad liberatorio-extintiva puede aparecer por la insolvencia de un deudor solidario si la misma deviene por la imposibilidad de aportar mayor patrimonio. BADOSA: *Dret..., op. cit.*, pág. 384, comenta la posible liberación del deudor por la inexistencia de culpa si la diligencia exigible ha de corresponderse a las circunstancias de las personas «no ès exigible jurídicament una diligencia que imposi al deudor un sacrifici econòmic que no està al seu abast». No obstante, precisamente el Código Civil, que ha querido proteger al acreedor de la posible insolvencia del deudor (*ex* art. 1.129, 1.° y 1.487 del CC), ha querido ampliar la protección de la solvencia al conjunto de deudores solidarios (*ex* art. 1.144 *in fine*) La diligencia de cada deudor solidario está garantizada con su propio patrimonio, claro está, sin que pueda exigírsele más.

(218) JORDANO FRAGA, *op cit.*, págs 426 y ss.

(219) CAFFARENA, *op. cit.*, pág 350

se, así también se pronuncia CAFFARENA (220), que en la deuda solidaria no puede existir una prestación de DAR cosa específica. El argumento que recoge CAFFARENA puede originar algunos inconvenientes. Si observamos el artículo 1.772 del Código Civil regula el ejercicio de acciones judiciales (remisión del art. 1.141 CC) ante una cosa entregada en depósito a varios depositarios obligados solidariamente. Esta solución adoptada por el Código Civil evidencia que no necesariamente tengamos que estar siempre en la deuda solidaria ante la entrega de cosa genérica (recuérdese el principio *genus nuncuan perit),* siendo posible la obligación de dar cosa específica sin que ello suponga la conversión en obligación mancomunada. Es decir, la unidad en la fuente de acción sería lo que determinará la vinculación solidaria (221). La necesaria UNIDAD de la fuente de generación de la obligación solidaria en nada se quedaría si la misma parte de la perfecta identificación de las contribuciones que a cada uno le corresponde en la deuda (*ex* art. 1.138 CC).

No obstante, la práctica demuestra, prueba de ello es la copiosa jurisprudencia, que en la mayoría de los casos la obligación solidaria estará configurada bajo el principio de una prestación de dar cosa genérica. Pero no por ello el artículo 1.147 del Código Civil carece de interés. El que extienda los efectos de la sentencia de condena al pago del precio (ejecución no específica), los daños y perjuicios e intereses (*ex* art. 1.096 CC). «Cuando lo que debe entregarse sea una cosa determinada, el acreedor, independientemente del derecho que le otorga el artículo 1.101 del Código Civil puede compeler al deudor a que realice la entrega...», 1.124 del Código Civil «... exigir el cumplimiento con el resarcimiento de daños») al conjunto de deudores solidarios supone que la ejecución forzosa y con ello la responsabilidad patrimonial (*ex* art. 1.911 CC) es predicable de cualquiera de los deudores.

2.1. LA CULPA COMO ACTO PERSONAL Y SU CONFIGURACIÓN EN LA DEUDA SOLIDARIA *(si ex duobus reis... alterius factum alteri nocet). Culpa debitoris perpetuat obligationem*

En el artículo 1.147, 2.° del Código Civil encontramos una norma de difícil comprensión si observamos los antecedentes legislativos. Efectivamente, ha sido CAFFARENA (222) quien con especial dedicación ha analizado el problema.

(220) *Op. cit.,* pág. 350.
(221) RUBINO, *op. cit.,* págs. 135 y ss.
(222) CAFFARENA, *op. cit,* págs. 335 y ss.

La extensión de los efectos al conjunto de los deudores por acto realizado por cualquiera de ellos había sido un principio rector en el Derecho romano. La ley 18 DE DUOBUS REIS (Pomponius, lib. V ex Plautio) establecía: «Ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis, alterius factum alteri quoque nocet» (223). DEMANGEAT explicaba el texto del Digesto mediante un ejemplo: Primus et Secundus se sont obligés correaliter à me donner l'esclave Stichus; Primus rend la dation impossible, par exemple, en faisant périr l'esclave: l'obligation corréale n'en sub sistera pas mois, et je pourrai intenter la condictio, soit contre Primus, soit même, si je le préfère, contre Secundus. Ainsi, chaque débiteur répond du fait de son co-débiteur... Cette décision est applicable lors même que Primus, en faisant périt l'esclave aurait ignoré l'existence de l'obligation qui pesait sur lui» (224).

En los supuestos en que existiera negligencia del deudor *(culpa in no faciendo),* y el esclavo hubiera perecido, postrado por enfermedad curable, y dado que aquél no se había obligado sino a dar, y no hacer, la solución era la extinción de la obligación solidaria. Los deudores solidarios quedaban liberados. En general, entendía DEMANGEAT, en las deudas de cuerpos ciertos la obligación subsiste a pesar de la pérdida de la cosa, en dos casos:

1. Si la pérdida es imputable al deudor.
2. Si acaecida por fuerza mayor o caso fortuito, tuvo lugar después que el deudor fue constituido en mora.

DEMANGEAT hacía concurrir los efectos del *factum* y la *mora.* La diferencia se producía en la no equiparación entre el *factum* y *la mora* cuando el acreedor había requerido únicamente a uno de los deudores *(si duo rei promittendi sint alterius mora alteri non nocet* o *Unicuique sua mora nocet quod et in duobus resi promittendi observatur)* (225). ALBERTARIO (226) entendía que la equiparación del *factum y la mora* se mantenía en aquellos supuestos en los que a la obligación solidaria se le añadía una obligación accesoria: *(mora rei fideiussio queque nocet).*

En suma, en el derecho romano la *mora* sólo producía la *perpetuatio obligationis* en aquellos supuestos en los que se había reclamado a la

(223) La misma solución se entendía aplicable a los supuestos de fianza. La Ley 58 & 1 De fidej. establecía que· «Cùm facto suo reus principalis obbligationem perpetuat, etiam fidejussoris durat obligatio.»

(224) DEMANGEAT, *op. cit.,* págs. 374 y ss.

(225) DEMANGEAT, *op. cit.,* pág. 374. En el mismo sentido, MOLITOR, *op. cit.,* t. III, núm. 1.177, pág. 423; SAVIGNY, *op. cit.,* t I, párr. 18, pág. 177.

Los textos son de MARCIANO en Digesto 22, 1, 32, 4 y de PLAUTIO en el Digesto 50, 17, 173, 2.

(226) ALBERTARIO, *op. cit.,* pág 200. *Vid.* a CAFFARENA, *op. cit.,* pág. 336 a quien seguimos en esta exposición.

totalidad de los *reus promittendi;* por otra parte, las contradicciones entre los textos del Digesto (45, 2, 18 y 4, 3, 19) habían llevado a entender que la culpa no perjudicaba al resto de los codeudores.

En el derecho justinianeo, como establece CAFFARENA (227), la solución adoptada fue diferente. La solidaridad aparece como una mutua garantía o corresponsabilidad; así, la mora y la culpa de un deudor repercute necesariamente sobre los demás al igual que ya en el Derecho clásico la mora y la culpa del deudor principal repercutían sobre su fiador (228).

¿Quid en nuestro derecho?

BADOSA (229) nos explica cómo la culpa «personal de un deudor puede tener repercusión colectiva a través de los vínculos de comunidad pasiva».

En la solidaridad pasiva podemos encontrar una distinción entre la perpetuación referida al vínculo obligacional y la no liberación del deudor. La distinción se hace más palpable cuando, tras el enunciado del artículo 1.147,2.º del Código Civil, podemos comprobar como nuestro

(227) CAFFARENA, *op cit.*, pág. 338.

(228) Téngase en cuenta la gran importancia que ha tenido en la construcción del concepto de la solidaridad la reforma operada por Justiniano Como ya mencionamos a lo largo del capítulo primero en su introducción, la reforma de Justiniano viene a reforzar la posición del acreedor en la solidaridad. No es una mera reforma procesal (desaparición de la *litis contestatio)* sino que afecta directamente a la posición pasiva de la obligación solidaria. El deudor solidario continúa siendo un deudor de la totalidad de la obligación, pero lo seguirá siendo mientras la deuda no ha sido pagada por la totalidad. Es aquí donde aparece la fuerza vinculante de la reforma de Justiniano. Al deudor solidario le corresponde ahora un deber de diligencia en el cumplimiento por la totalidad de la deuda. *Ergo,* todos aquellos supuestos que puedan significar un incumplimiento (culpa, mora) no sólo son imputables frente al deudor que los ha generado sino por la expansión del deber de cumplimiento alcanzan al resto de los codeudores. Algunos autores han entendido, como hemos podido ver al citar a CAFFARENA o incluso ALBERTARIO, *op. cit.*, pág. 203, que el deudor solidario en la época de Justiniano se convierte en un fiador de sus codeudores. A nuestro entender ya mostramos nuestra reticencia a equiparar los efectos de la solidaridad a los supuestos de la fianza. Son muchas las cuestiones que separan una de otra. Ahora bien, no es menos cierto que la transformación de Justiniano parece operarse siguiendo la base de la fianza. Justiniano quiso resolver las injusticias que operaban en la solidaridad (especialmente la extinción de la misma por la *litis contestatio)* comparándola con otro supuesto en donde también concurrían una pluralidad de sujetos Independientemente que pensemos que hay una mayor o menor equiparación entre la solidaridad y la fianza en el derecho justinianeo. Lo que no hay que desconocer es que la solidaridad se constituye, en primer lugar, como un sistema de mayores garantías que incluso la fianza, y en segundo lugar que el conjunto de codeudores solidarios no quedarán liberados hasta que no se encuentre pagada la deuda en su totalidad afectándoles a todos lo efectuado por cualquiera de ellos.

(229) BADOSA: *Diligencia y culpa.. , op cit.*, págs. 958 y ss.

Ordenamiento ha seguido el sistema del derecho justinianeo. Los deudores solidarios no quedarán liberados de la obligación solidaria, incluso aquellos deudores en los que no concurría la culpa.

Tiene razón BADOSA (230) cuando establece que el sistema seguido por nuestro Código Civil responde a la idea de que la solidaridad pasiva *perjudica* a los codeudores en cuanto al mantenimiento de la obligación, no en cuanto a su agravación (231).

---

(230) BADOSA: *Diligencia..*, *op. cit*, pág. 959.

(231) Es importante destacar que el principio de la no agravación de la obligación proviniente de acto de uno de los deudores solidarios había sido mantenido por diferentes ordenamientos anteriores al nuestro, y en definitiva, por aquellos autores que habían influido en su redacción. DUMOULIN citado por POTHIER..., *op. cit.*, núm. 273, pág. 252, sostenía que la mora de uno de los rei producía respecto al otro el mismo efecto que su «culpa in committendo». Así, equiparó la «culpa» y la «mora». La gran diferencia estaría en que si la obligación se corresponde con la entrega de un cuerpo cierto, el resto de los codeudores estarán obligados *in solutum* por el valor de la cosa, pero no de los daños y perjuicios que podrían producirse.

POTHIER .., *op. cit.*, núm. 273, pág. 251 de la misma forma había mantenido la existencia de la perpetuación de la obligación solidaria.. «Lorsque la chose due a péri par le fait ou la faute de l'un des débiteurs solidaires, oú depuis qu'il a été mis demeure, la dette est perpétuée non seulement contre ce débiteur, mais contre tous ses codébiteurs, qui sont tous solidairement tenus de payer au créncier le prix de cette chose: car la dette de chaun d'eux étant une seule et même dette, elle ne peut pas subsister à l'égard de l'un, et être éteinte à l'égard des autres» (acaba citando la ley 18 de doubus reis)

La tesis de POTHIER quería poner orden a las discrepancias que, como anteriormente vimos, existían entre los principios («sed si duo rei promittendi sint alterius mora alteri non nocet») y («ex doubus reis eiusdem Stichi promittendi factis, alterius factum alteri quoque nocet») de los Digestos 22, I, 32, 4 y 45, II, 18, respectivamente.

BADOSA: *Diligencia..*, *op. cit.*, pág. 960 (nota núm. 132) establece perfectamente las distinciones existentes: «Una, la de que el perjuicio sólo afecta al codeudor si además era socio (Glossa: Gl. nocet a a 1. ex duobus a Dig. de duobus reis, que atribuye su paternidad a MARTINUS y JOANNES BOSSIANUS y Gl. unicuique a 1. in condemnatione & cum verbum de Dig de regulis juris; DYNUS; Reg. iur. Reg 25, núm. 27; BARTOLUS: S.D.n.p. 1. ex duobus reis (16) núm. 39 y 1. ex duobus reis (18), Dig. de duobus reis; ANGELUS UBALDIS: S.D.n. p.1 ex duobus (18), Dig. de duobus reis; CASTRENSIS. S.D.n.p. 1. ex duobus reis (18), Dig. de duob. reis», «et intellige quantum ad effectum perpetuandi obligationem ne per interitum rei extingatur et quantum usuras»; PERIGLIS: In & Cato, ex 1. IV, núm. 27).

La segunda y «communis evasio» (MOLINAEUS *loc. cit.*, núm 123) consistía en que la extensión del perjuicio al codeudor requería un «factum», mientras que el «non factum» (vgr. la mora) sólo perjudicaba a su autor.

La especial configuración en el derecho intermedio también había sido analizada por ALBERTI, que tras citar a ACCURSSIO establecía que la culpa y mora se extendía al resto de codeudores si existía un vínculo de sociedad. En el mismo sentido, ANGELO DE UBALDI. Más importante, incluso, resulta la opinión recogida por ALBERTI de los autores ALBERICO DE ROSCIATE y JACOBO BUTRIGARIO, para los que «sed si duo rei promittendi sint alterius mora alteri non nocet» se refiere a la mora como *«ad augendam obligationem»*; y «ex duobus reis eiusdem Stichi promittendi factis, alterius factum alteri quoque nocet» se refería a la mora *«ad perpetuandam obligationem»*. Vid. ALBERTI.., *op. cit.*, págs. 308-309.

Resulta que la culpa de un deudor solidario (acto personal) viene a imputarse como propia a los demás codeudores solidarios. La *perpetuatio obligationes* les afectará a todos. Mas, el artículo 1.147,2.° del Código Civil significará el principal argumento que demuestra la relación existente en la obligación solidaria pasiva (organización de la cotitularidad de la deuda) entre *acto propio* de un codeudor con *acto perjuicio* al resto de los codeudores. La culpa, la mora, y, en suma, cualquier acción ejercitada contra cualquier deudor solidario afecta al conjunto de ellos.

Como hemos podido observar, de las discursiones que la culpa de un codeudor había generado en la doctrina del derecho intermedio y en la propia doctrina francesa del siglo XIX, el legislador español podría haber seguido dos sistemas diferentes:

1. Atender al concepto de diligencia como conducta, es decir, personal de cada deudor.
2. Diligencia como exigible y a su papel de contenido jurídico de la deuda, es decir, otorgar el calificativo al deber de diligencia el carácter de solidaria (232).

Con estos precedentes no es de extrañar que en el Código Civil francés se siguiera la máxima de POTHIER, y que hemos visto refrendada por la doctrina del derecho culto, *ad conservandam et perpetuandam obligationem* pero no *ad augendam ipsorum obligationem*. El Code nos dirá en su artículo 1.205: «Si la chose due a péri par la faute au pendant la demeure de l'un de plusieurs des débiteurs solidaires, les autres codébiteurs ne sont point déchargés de l'obligation de payer le prix de la chose (clara relación con las palabras de POTHIER de que "chacun des debiteurs est debiteur du total"); mais ceux-ci ne sont point tenus des dommages et intérèst tant contre les débiteurs par la faute desquels la chose a péri, que contre ceux qui étaint en demeure». La tesis del Code civil francés había sido mantenida por autores como TOULLIER..., *op. cit.*, T. III, núm. 729, pág. 756; DURANTON..., *op. cit.*, T. XI, núm. 217, pág. 256 y LAROMBIERE..., *op. cit.*, artículo 1.205, pág. 623. Fue criticada especialmente por PLANIOL y DEMOLOMBE..., *op. cit.*, T. XXVI, núm. 344, pág. 285 y el propio DEMANGEAT..., *op. cit.*, pág. 374 y ss.

(232) BADOSA: *op. cit.*, pág. 380, establece esta distinción. Por nuestra parte seguimos al autor a la hora interpretar la norma contenida en el párrafo segundo del artículo 1.147 del CC. La diligencia aparece como contraria a la propia culpa. A su vez la preferencia de la diligencia sobre la culpa tiene como consecuencia «observar la diligencia no sólo tiene la mera relevancia exoneradora que hasta el momento ostentaba, sino que adquiere una eficacia específica de la que carecía: es el cumplimiento de una obligación», vid. BADOSA .., *op. cit.*, pág. 57 y pág. 59 y ss. sobre el concepto de diligencia obligacional.

Por nuestra parte, insistir que en las obligaciones solidarias la característica de la diligencia será que ésta se refiere a la totalidad de la obligación Si a la diligencia la hemos calificado como cumplimiento de la obligación entendemos que en cualquier momento, por supuesto en cuanto concurra culpa o mora, ésta tendrá el carácter de solidaria. La aplicación práctica se demostrará en los supuestos en cuanto el cumplimiento no se ha producido. Es decir, la diligencia solidaria estará inmersa en el contenido jurídico de la deuda que no abandonará hasta que no se produzca el cumplimiento de la misma. ¿No podríamos decir que la sentencia dictada contra un deudor solidario

El artículo 1.147,2.° del Código Civil ha seguido un sistema mixto. Por una parte, destaca que el concepto de diligencia prevalece como exponente de exigible. Esta circunstancia se refleja en la relación externa. El acreedor no podrá verse perjudicado por la anomalía que suponga la actuación personal de un codeudor solidario. Por otra parte, el justo equilibrio debe aparecer en la relación interna entre los codeudores. Aquí, nivelación del perjuicio, aparecerá la idea del «todo» (aparentemente antagónico con la relación interna de la obligación solidaria arg. *ex* art. 1.138 CC) (233) como reflejo de la culpa como ACTO PERSONAL.

La razón del paso a un carácter solidario de la indemnización lo explica BADOSA al entender que: «El paso a la responsabilidad igualmente solidaria no se funda, sin embargo, en el carácter obligacional de la diligencia de conservación... Se funda en un argumento teórico que nada tiene que ver con la pretendida obligación de conservar. Es el principio de que el régimen jurídico de una obligación principal, se extiende a todas las obligaciones secundarias que de ella nacen» (234).

Si bien nada tenemos que objetar a BADOSA, nosotros entendemos que la especialidad del artículo 1.147,2.° del Código Civil explica algo más. Efectivamente, CAFFARENA (235) ya apuntó que: «En cambio la idea de

---

que devenga insolvente mantiene «latente» la diligencia en el cumplimiento como componente de la deuda, es decir, solidaria, incluso prescindiendo del artículo 1 252,3.° del C.C.? A nuestro entender creemos que no hay duda alguna.

(233) Téngase en cuenta, aunque más adelante le dedicaremos un especial tratamiento, que esta distinción realizada por el artículo 1.147,2.° del Código Civil nos puede servir para justificar otros problemas que se plantean en sede de obligaciones solidarias. En primer lugar, podríamos entender que el deudor solidario reclamado por la totalidad de la deuda (arg. *ex* art. 1.137 CC) no interpusiera las excepciones oponibles habiendo existido las oportunas comunicaciones, ¿no estaríamos ante un supuesto de infracción de la diligencia? Entendemos que ello ocurre (además el art. 1.148 CC establece: «podra...» con ello, en la relación externa, el acreedor no tendría que sufrir las consecuencias de la no oposición de excepciones personales de otros codeudores. En la relación interna, la diligencia se convertiría en la acción interna contra el deudor demandado que no las opuso. En segundo lugar, el componente de la diligencia, entendida como beneficio del acreedor, sería la posibilidad de ejecutar la sentencia en el patrimonio de cualquiera de los codeudores. Todos los deudores tendrían una diligencia como contenido jurídico de la deuda, es decir, diligencia solidaria Sería el régimen interno el que, en definitiva, nivelara las consecuencias de la ejecución forzosa de la sentencia (diligencia por la parte de cada deudor).

(234) BADOSA: *La Diligencia. ., op. cit.,* pág 381 y ss. En concreto en la pág. 383 sienta el principio de que la norma contenida en el artículo 1 147,2.° puede generalizarse: «creemos que sí, dado que pensamos que el artículo 1.147 revela un principio fundamental del Ordenamiento: el de que la obligación principal determina el régimen jurídico de las obligaciones secundarias que proceden de ella. El carácter personal de la diligencia infringida se manifiesta únicamente en la repercusión o incidencia económica».

(235) CAFFARENA..., *op. cit.,* pág 369. BADOSA ., *op. cit,* pág. 382, también alude a este carácter de asimilación de la solidaridad a la fianza solidaria

garantía (todos los deudores solidarios son frente al acreedor a la vez de deudores principales y garantes de los demás), una garantía superior a la de la fianza puede servir para fundamentar en este punto, como en otros».

A nuestro entender, creemos que el precepto nos demuestra dos consecuencias:

1. Que las soluciones ofrecidas por otros Ordenamientos jurídicos a la extensión del perjuicio procedente de la culpa o mora imputable a un deudor no son admitidas por el Código Civil (236).

2. Que nuestro Código Civil, en sede de obligaciones solidarias, ha seguido un sistema propio. Esta peculiaridad nos lleva a sostener, como principio general, que la regulación de «nuestra» solidaridad se equipara a la efectuada por Justiniano. De ahí que podamos hablar de un mayor rigor en la concepción de la solidaridad en nuestro Código Civil y que prueba de ello son los artículos 1.143, 1.147 y 1.252,3.° del Código Civil. Convenimos, pues, con DÍEZ PICAZO, y en cierta manera con CAFFARENA, al entender que cuando hablamos de solidaridad pasiva «lo que se trata de conseguir fundamentalmente es un refuerzo de la posición del acreedor. La solidaridad pasiva cumple, de esta manera, esencialmente una función de garantía. Se garantiza al acreedor en la medida en que todos los deudores asumen la total responsabilidad del cumplimiento del deber de cada uno de ellos. Cuando se habla de solidaridad de deudores se está aludiendo, en rigor, a una responsabilidad solidaria (237).

---

(236) Vid. lo que estableciamos a propósito de la evolución histórico-legislativa del concepto perjuicio en la deuda solidaria.

Destaca de la construcción francesa el que por mantener el principio de *ad perpetuandam obligationem y no augendam* han tenido que realizar la construcción de la solidaridad en base a la existencia de un mandato de los deudores Así, TOULLIER..., *op. cit.*, T. VI, núm. 731, pág. 758; MERCADE..., *op. cit*, T IV, núm. 609, pág. 501; LAURENT..., *op. cit.*, T. XVII, núm. 310, pág. 308; BARDE IN BAUDRY LACANTINERIE.., *op. cit.*, T. II, núm. 1.224, pág. 336; AUBRY Y RAU..., *op cit.*, T. IV, pág. 298, pág. 46.

Ver, en la doctrina española, CAFFARENA.. , *op. cit.*, págs. 341 y ss., HERNÁNDEZ GIL..., *cit*, pág 406

La doctrina francesa ya había sufrido las duras críticas de DEMOLOMBE..., *op cit.*, t. XXVI, pág. 287 que, en resumen, venía a decir que hubiese sido mejor decir que los deudores solidarios son mutuamente responsables de todas las consecuencias de la culpa o la mora de cualquiera de ellos, porque esta solución sería la única conforme con la naturaleza del vínculo obligativo en la solidaridad

En la doctrina italiana, como consecuencia de que el artículo 1.191 del Código Civil italiano de 1865 siguió al pie de la letra lo estipulado por el Code, autores como GIORGI..., *op. cit.*, t I, pág. 139; MELUCCI..., *op cit.*, pág. 75; mantenían la idea de mandato entre los codeudores y en consecuencia la argumentación del Code y la doctrina de la exégesis.

(237) DÍEZ PICAZO: *Fundamentos.. , op. cit.*, T. I, pág. 420; CAFFARENA ., *op. cit.*, pág. 369 No es de extrañar que el propio BAUDRY-LACANTINERIE..., *op cit.*, núm. 1.307, pág. 424 y ss. comentara. «les autres... deux systèmes opposés. Le premier de ces

Ciertamente existe un cierto paralelismo entre el artículo 1.147,2.° del Código Civil y la responsabilidad del artículo 1.903 del Código Civil y, a su vez, tenemos que reconocer que la principal función que cumple el artículo 1.147,2.° es la de obtener *mayor garantía al extender la responsabilidad patrimonial de la infracción de la obligación al patrimonio de cualquier deudor solidario* (*ex* art. 1.911 CC). Efectivamente, la responsabilidad patrimonial universal tiende a la efectividad, mediante la ejecución forzosa, de la obligación de resarcir que se produce como consecuencia del incumplimiento de la obligación preexistente (deber de reparar el daño causado por incumplimiento mediante el abono de la indemnización, *ex* art. 1.101 CC). Como nos diría DE CASTRO (238) «desde que la deuda nace, surge a su lado la responsabilidad —continúa el autor—, la responsabilidad crea la posibilidad de hacer efectivas, realmente o por subrogación, una deuda, en el caso de que no se cumpla al permitir la utilización de medios ejecutivos (ejecución judicial...). Acompaña la responsabilidad a la deuda jurídica como la sombra al cuerpo, aunque, a veces, como la misma sombra, se queda en simple posibilidad, en potencia».

En definitiva, la responsabilidad de reparar la infracción de la obligación solidaria se convierte igualmente en solidaria al ser cada uno de los deudores solidarios titular de su reparación (*ex* art. 1.147,2.° CC). De aquí deriva que exista la posibilidad de solicitar la oportuna reparación con la consiguiente ejecución forzosa (239).

Resta, por último, analizar algunas implicaciones particulares del modelo de responsabilidad del artículo 1.147,2.° del Código Civil. *En primer lugar,* el diferente tratamiento que dispensa el citado precepto en relación con el 1.150 del Código Civil («La obligación indivisible mancomunada se resuelve en indemnizar daños y perjuicios desde que cualquiera de los deudores falta...»). Es decir, el 1.147,2.° del Código Civil debe ser enten-

---

systèmes renforce la solidarité. Non seulement il maintient les effets admis par le droit français, mais il en ajoute certains. Ici, nos devons citer avant tout le Code civil espagnol Il formule, dans son art. 1.141,2 cette règle générale: ... que les intérêts demandés contre l'un des codébiteurs courent contre tous. Quant à l'interruption de prescription l'art. 1974,1.°, un effet absolu. Jusqu'ici, les solutions du Code civil spagnol concordent avec celles du Code civil français. Mais l'art. 1 147.. cette disposition aggrave la situation que, dans le cas prévu, notre code civil fait à ceux des débiteurs qui ne sont pas en fautte...». El propio autor entiende que lo estipulado en el artículo 1.147,2.° del Código Civil español concuera con el artículo 1.207 del Avant-projet de LAURENT. Vid, también BADOSA, *op. cit.,* pág. 382.

(238) DE CASTRO: «La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los artículos 1.911 y 1.111 del Código Civil», en *RDP,* año XIX, núms. 226-227, julio-agosto 1932, págs. 194 y ss

(239) GIORGI: *Teoría..., op. cit,* pág. 234.

dido cuando la *imposibilidad sobrevenida es predicable de todos los deudores solidarios* (240).

En segundo lugar, puede suceder que el incumplimiento sea únicamente imputable a un deudor solidario, es decir, de tipo subjetivo. Para la mayoría de la doctrina, GUILARTE (241), CAFFARENA (242), MONTES (243), en virtud de la extensión de la responsabilidad que impone la solidaridad, el acreedor podrá exigir de cualquiera de los deudores, no afectados por la imposibilidad subjetiva, la reclamación de la totalidad de la deuda.

Ciertamente no creemos que exista ninguna dificultad en unirnos a estos autores. No obstante, quizá, se tenga que realizar alguna precisión. El que podamos hablar de la posible existencia de una infracción de la deuda solidaria (*ex* art. 1.147,2.° CC) imputable a un único deudor habrá sido ocasionada por la reclamación judicial efectuada por el acreedor. Lo anterior no es sino necesario para que estemos hablando de la infracción de la obligación a tenor del artículo 1.214 del Código Civil («onus probandi»).

Luego la sentencia de condena, que sabemos extiende sus efectos frente a todos, dirigida frente a uno o frente a otro es la que puede dar lugar a un cumplimiento forzoso in natura «o» por «equivalente». Es decir, habría que admitir que el acreedor tiene la posibilidad de pretender una u otra reparación como muestra de su «ius electionis» (*ex* art. 1.144 CC). Esta consecuencia podrá tener significación en el ámbito interno de la solidaridad. Si la prestación era de hacer, no hacer, o de cosa infungible, el objeto de regreso necesariamente tendrá que ser el valor de la prestación. Por otra parte, si la prestación era fungible, indudablemente podrá solicitar un cumplimiento «in natura».

En tercer lugar, y en relación con lo anterior, si la imposibilidad subjetiva *no procede de la culpa del deudor* reclamado, y así se aprecia en el fallo de la sentencia absolutoria, entendemos que el artículo 1.147,2.° debería interpretarse en el sentido de mantener la obligación solidaria, ya que se habrá demostrado la existencia de la obligación, la imposibilidad meramente subjetiva y no imputable del deudor demandado. Así, el acreedor podrá exigir una ejecución «in natura» de cualquiera de los codeudores.

En cuarto lugar, y partiendo de que la infracción es predicable de todos los deudores solidarios, cabe preguntarse que cuantía debe comprender la obligación de reparar. La regla general vendrá recogida en el artículo 1.106 del Código Civil («la indemnización comprende el VALOR...»). Esta es

---

(240) CAFFARENA..., *op. cit*, págs. 351 y ss.
(241) GUILARTE: *Comentarios..., op. cit*, t XV, vol. 2.°, pág 383.
(242) CAFFARENA..., *op. cit*, pág. 352.
(243) MONTES: *La estructura . , op. cit.*, pág. 352.

precisamente la solución que recoge el artículo 1.147,2.° del Código Civil al establecer «el precio». Además, siguiendo a BADOSA (244), en las obligaciones dinerarias la indemnización debe ser el valor de sus intereses (1.108 CC). La posibilidad de compatibilizar el cumplimiento forzoso y la indemnización de daños y perjuicios aparece en el artículo 1.124 del Código Civil («El perjudicado podra escoger entre exigir el cumplimiento a la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos...») y 1.096 del Código Civil («Cuando lo que deba entregarse sea una cosa determinada independientemente del derecho que le otorga el 1.101, puede compeler al deudor a que realice la entrega»).

En suma, la norma contenida en el artículo 1.147,2.° del Código Civil confirma la extensión de la responsabilidad al conjunto de deudores cuando provenga de la infracción culpable de cualquiera de ellos. La sentencia que recoja la existencia de una infracción del deudor solidario reclamado supondrá que el resto de los deudores deben forzosamente responder. Ahora bien, la norma contenida en el artículo 1.147,2.° no debe identificarse con el artículo 1.150 («se resuelve»), sino que el acreedor no podrá pretender que el deudor solidario ejecutado y que pueda cumplir «in natura» cumpla «por equivalente».

2.2. LA «MORA SOLVENDI»

Llama poderosamente la atención que nuestro Código Civil no haga mención de que cualquier deudor solidario incurra en mora. El asombro es aún mayor cuando las Codificaciones efectuadas en el siglo XIX hacían expresa mención a que la incursión en mora de cualquier deudor solidario extendía (perjudicaba) sus efectos al resto de los deudores. Así, el artículo 1.205 del Codice Civile nos diría que: «Si la chose due a péri par la faute ou pendant la demueure de l'un de plusieurs des débiteurs solidaires, les autres codébiteurs ne sont pas déchargés de l'obligation de payer le prix de la chose...». Igualmente, el Codice civile de 1865, en su artículo 1.191, establecía que: «Si la cosa dovuta è perita per colpa o durante la mora di uno o piú debitori in solido, gli altri condebitori non restano liberati dall'obbligio di pagarne il prezzo...» (245).

---

(244) BADOSA: *Dret..., op. cit.*, pág. 388.

(245) Solución que ampara el Codive civile de 1942 al entender, en su artículo 1.307, «Se lo adempimento dell'obligazione é divenuto impossible per causa imputable a uno o più condebitori, gli altri condebitori non seno liberati dell'obbligo solidale di corrispondere il valores della prestazione dovuta» Diferente, como en casi todo, solución ofrece el B.G B. en su parágrafo 425· «Supuestos distintos de los señalados en los parágrafos 422 a 424, mientras que de la relación obligatoria no se deduzca otra

Abundando en la incongruencia de nuestro Código Civil, ésta aparece por la expresa regulación que de la mora se establecía en el artículo 1.065 del Proyecto de 1851. Este precepto entendía que: «Si la cosa se ha perdido por culpa de uno o más de los deudores mancomunados, o hallándose éstos constituidos en mora, los otros codeudores quedan obligados a pagar el precio de la cosa, pero no el resarcimiento de daños e intereses. El acreedor podrá solamente repetir los daños contra los deudores culpables o morosos (246).

¿Quid ante esta omisión? Ciertamente el que el legislador español no haga mención a la posibilidad de incurrir en mora y las consecuencias que ello genera puede entenderse como una expresa renuncia a que tales consecuencias se extiendan al conjunto de deudores. Ahora bien, también puede entenderse que el legislador entendiera que no era necesaria su expresa regulación, pues, quedaría incluida en el artículo 1.147 del Código Civil, es decir, como un supuesto de culpa imputable a un deudor solidario (247).

El contestar a estas preguntas hace necesario el que analicemos las consecuencias que la incursión en mora del deudor tiene en la deuda. Conocido es que la mora (*ex* art. 1.100 CC) supone que el deudor se convierte en responsable de cualquier incumplimiento, incluso, aquél que provenga de un hecho fortuito. De esta forma el «periculum obligationis» se desplaza al ámbito de responsabilidad del deudor que incurre en mora. Mas, independientemente del «periculum in mora», la constitución en mora del deudor supone la necesidad de responder, frente al acreedor, de la indemnización de daños (*ex* art. 1.102 CC) y, si la deuda consiste en la entrega de dinero, el abono de intereses convenidos o interés legal (*ex* art. 1.108 CC) (248).

«Prima facie» puede observarse que las consecuencias que genera la incursión en mora del deudor solidario *son semejantes a las que causa la culpa del deudor,* es decir, la perpetuación de la obligación. Esta semejanza en la solución pudiera ser perfectamente la no alusión del artículo 1.147 CC a la mora: *se encontraría incluida en el precepto.*

Independientemente de que las consecuencias sean idénticas, tanto para la mora como para la culpa, también podría actuar como argumento a favor

---

cosa, sólo aprovechan y perjudican a aquel deudor solidario en cuya persona se produzcan».

(246) El Proyecto de 1851 sigue las enseñanzas de POTHIER y las Codificaciones A propósito de la no repercusión de los daños e intereses, véase págs. 253 y ss. En concreto el estudio de la expresión «perpetuandam et non augmentandam obligationem».

(247) Véase a CAFFARENA, *op. cit.,* pág. 347, en cuanto a las preguntas que puede plantear la omisión por parte del legislador.

(248) Véase ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales,* T XV, vol. 1.º, comentario al artículo 1.100, págs. 353 a 374

de la incursión en mora la propia existencia del artículo 1.141,2.º del Código Civil. Efectivamente, delimitado el hecho de que este artículo encuentra su ubicación en el ámbito externo de la relación solidaria, supone que las actuaciones dirigidas por el acreedor frente a cualquiera de ellos repercuten en los demás y con mayor contundencia si las mismas proceden de la interposición de una acción judicial (art. 1.100 «... desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación...»).

No obstante, nuevamente debemos realizar una limitación a las afirmaciones anteriores. La posibilidad de que en la deuda solidaria se encuentren los deudores obligados de forma diferente (*ex* art. 1.140 CC) —exclusión de titularidades— supondrá que no se predicarán en él las consecuencias de la mora. No podríamos hacer incurrir en mora a quien ni tan siquiera podía ser objeto de una reclamación de la deuda. Pero, esta especialidad en nada destruye los principios generales de su extensión.

¿La extensión de la mora al conjunto de deudores supondrá también la extensión de las consecuencias de la misma, es decir, los intereses o daños y perjuicios? (249). La «communis opinio» de los Ordenamientos jurídicos europeos supone la no propagación o, si se prefiere, la imputación de la CULPA directamente al deudor que incumple. No obstante, el artículo 711 adopta otra solución justificada por VELEZ SARSFIELD al entender que: «el conjunto de deudores deben, pues, sufrir las consecuencias de la culpa del que ha perjudicado al acreedor (plures edadem actionem habeutur unius loco sunt) (250).

---

(249) La doctrina francesa entendió que la demanda de intereses se extendía a todos los deudores; DEMOLOMBE..., *op. cit*, t. XXVI, pág. 296; LAROMBIERE .., *op. cit.*, t. III, pág. 444; BEAUDRY-LACATINERIE..., *op. cit*, pág. 347

Entendemos, siguiendo a DÍEZ PICAZO, que la extensión de los intereses, incluso de la constitución en mora, no debe dejarse únicamente a la acción judicial, sino que es suficiente la acción extrajudicial «El término acción, nos dirá el autor, debe entenderse directamente referido a la iniciación de un procedimiento judicial, pero, no cabe olvidar que la iniciación del proceso produce efectos en orden a la mora (1.100 CC). Por la misma razón, deben considerarse eficaces para constituir en mora a todos los deudores las reclamaciones extrajudiciales, por lo menos en aquellos casos en que, por ser fehacientes, deban producir efectos generales».

(250) LAURENT: *Avant-Projet de Revision du Code civil,* T. IV, pág. 191 y 192. Téngase en cuenta que la solución que propugnamos se mantenía en el artículo 1.207. El propio LAURENT mantenía, tras analizar el artículo 1.205 del Code civil, que la distinción que se producía entre el deudor culpable y los no culpables únicamente tenía predicado en la relación interna. Podríamos decir que si respecto al acreedor la obligación subsiste en tanto que no se extingue, la culpa de un deudor solidario no es causa de extinción, ¡ergo, la deuda subsiste con el carácter que la misma tenía, es decir, solidaria!

En este sentido puede consultarse la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1976 (R.A. 4188, Ponente: Don Francisco BONET RAMON).

La solución de nuestro Código Civil, partiendo de las explicaciones del artículo 1.147, indudablemente sigue la línea instaurada por el Código argentino. El que un deudor incurra en mora provocará que las consecuencias de la misma (*ex* art. 1.102 y 1.108 CC) se extiendan al conjunto de deudores.

3. CONCLUSIONES A LA TEORIA DEL PERJUICIO EN LA DEUDA SOLIDARIA

Una vez elaborado, entendemos, el concepto PERJUICIO en la deuda solidaria, y antes de pasar al análisis del equilibrio del mismo, consideramos oportuno realizar una pausa a los efectos de concretar todas las ideas hasta ahora aportadas.

Partiendo de la distinción que efectuaba la escuela de la exégesis entre la relación externa e interna, éste podría ser el esquema, en cuanto al perjuicio, que aparece en la solidaridad:

A) AMBITO EXTERNO (ARG. *EX* ART. 1.137 Y 1.144 DEL CC)

— Cualquier deudor solidario puede ser objeto de una reclamación de la TOTALIDAD DE LA DEUDA.
— Cualquier acreedor puede reclamar la TOTALIDAD.

La totalidad, como principio rector en la deuda solidaria, demuestra:

PRINCIPIO DE TOTALIDAD

— Cada deudor solidario tiene una titularidad que se proyecta por la totalidad de la deuda.
— La titularidad de cada deudor significa que igualmente tiene una legitimación pasiva por la totalidad.
— A «sensu contrario» cada acreedor solidario tiene una titularidad que se proyecta por la totalidad.
— Cada acreedor solidario tiene una legitimación activa igualmente por la totalidad: puede reclamar el TODO.

B) AMBITO INTERNO. PRINCIPIO DE INTEGRIDAD (CONEXIÓN RECÍPROCA)

— Cualquier deudor solidario puede sufrir las consecuencias de la insolvencia e incumplimiento imputable a un codeudor (Diligencia en el cumplimiento por la totalidad) (*ex* art. 1.147).

— La diligencia en el cumplimiento también se predica en cuanto a la satisfacción de la deuda (*ex* art. 1.145,3.° CC).
— El deudor solidario liberado por el acreedor debe igualmente responder si se realizó el pago de la totalidad, y provenga de la falta de información (el acreedor no puede AUMENTAR LA RESPONSABILIDAD de los deudores) (arg. *ex* art. 1.146).
— El conjunto de acreedores también responden de lo efectuado por cualquiera de ellos en prueba de la posibilidad de disponer por la totalidad (*ex* art. 1.143 CC).

En definitiva, la propagación de efectos, en el ámbito externo e interno, derivan de la propia naturaleza de la solidaridad: La protección del acreedor. Este, en ningún caso —que fueran los normales del artículo 1.105 del Código Civil—, debe soportar cualquier supuesto de falta de cumplimiento imputable a un codeudor. Que la solidaridad se resolviera por estas causas —imputarlo al acreedor— no cumpliría el fin a la que está destinada.

¿Quid de la norma contenida en el párrafo segundo del artículo 1.141 del Código Civil?

La utilización de la expresión «ACCION» es significativo, en extremo, que se refiere a la actividad *procesal,* es decir, la satisfacción del vínculo. Téngase en cuenta que toma razón del artículo 913 del Anteproyecto del Código Civil de 1836, que entendía que: «la demanda que cualquier acreedor entable contra un deudor para el cumplimiento de la obligación mancomunada *perjudica* a los demás codeudores...». Ergo, en el Código Civil actual se sustituye demanda por acción. Sin duda, procede esta denominación del intento de modificar la expresión «actos» del Proyecto de 1851 (arg. *ex* art. 1.059) y, a su vez, en ampliarlo a cualquier supuesto de reclamación, es decir, la extrajudicial que fuera fehaciente.

Podríamos, por lo tanto, efectuar un esquema en cuanto al funcionamiento de la norma contenida en el artículo 1.141,2.° del Código Civil:

AMBITO DE APLICACIÓN: «ACCION»

La reclamación judicial o extrajudicial instada por cualquier acreedor en la persona de cualquier deudor.

CONSECUENCIAS: «PERJUICIO»

I. El ejercicio de la acción interrumpe la prescripción (1.974,1.° CC) frente a todos.

II. El ejercicio de la acción constituye en mora a todos (1.100, 1.101, 1.108).

III. La sentencia dictada contra un deudor solidario perjudica a todos (1.252,3.° CC). La sentencia de condena perjudica a todos: son deudores solidarios CONDENADOS. No podrá reproducirse un nuevo proceso que se refiera a la existencia, validez o características de la obligación.

IV. Actividad procesal del deudor solidario reclamado:

1) La transacción efectuada por éste debe perjudicar a todos siempre y cuando no se discuta la vinculación solidaria (arg. *ex* art. 1.816).

2) El reconocimiento judicial de la deuda por un deudor perjudica a todos sino se discute la vinculación solidaria.

La extensión del PERJUICIO se manifiesta, ya que se ejercita la acción sobre la TOTALIDAD DE LA DEUDA QUE PRESUPONE UNA TITULARIDAD IDENTICA Y A SU VEZ POR LA TOTALIDAD.

LÍMITES A LA EXTENSIÓN DEL PERJUICIO POR LA ACCION DEL ACREEDOR

I. No tenga como base la totalidad de la deuda. La extensión únicamente se predica de la «parte» reclamada.

II. No tenga como base la idéntica relación de titularidad *(exclusión de titularidades, ex* art. 1.140 CC). El perjuicio no se predica mientras no se llegue a la inclusión de las titularidades (llegue la condición o el plazo).

III. Tenga como base la previa demostración de la vinculación solidaria. No se extiende la COSA JUZGADA, no se extiende el RECONOCIMIENTO JUDICIAL, no se extiende la TRANSACCION. Efectos «inter alios».

IV. Tenga como base la existencia de la solidaridad, pero MODIFICA LA MISMA. No extiende sus efectos, ya que la conexión recíproca alcanza a los supuestos de incumplimiento, pero no a sufrir la mala fe o mala negociación de su codeudor.

Las limitaciones a la extensión del perjuicio que acabamos de exponer hace que el artículo 1.141,2.° del Código Civil deba leerse de la siguiente forma: «las acciones (judiciales o extrajudiciales) ejercitadas contra cual-

quiera de los deudores solidarios (y tenga como base la totalidad de la deuda idéntica para todos) perjudicarán a todos éstos».

Mención especial merece la vinculación solidaria que provenga de la *comisión de un ilícito civil* (obligación extracontractual). El artículo 1.902 del Código Civil determina que: «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado».

Si bien nuestro Código Civil no establece la vinculación solidaria cuando sean varios los que han cometido el daño. No obstante:

1. Derecho Romano (Lex Aquilia, D. 9, 2, 11, 2 y 4) establecía el llamado «dammun iniuria datum». (Pero si fueren muchos los que hirieren al siervo, debe examinarse si todos quedan obligados, cual si cada uno de ellos fuere el que matare. Y si realmente apareciere de quién era el dardo que lo mató, el que lo lanzó es el que queda responsable como si fuera el matador; pero si esto no se consiguiere, dice Juliano que todos queden obligados como matadores, y que aunque se accione contra uno, los demás no quedan libres, porque como la Lex Aquilia es penal, lo que uno de ellos paga no revela a los demás).

2. Derecho Comparado. El artículo 1.156 del Codice de 1865, el artículo 2.317 del Código Civil chileno, el artículo 1.081 del Código Civil argentino, el parágrafo 840 del B.G.B. han seguido la idea de vincular solidariamente a todos los responsables del daño.

3. Exégesis francesa. Es «communis opinio» el no acudir a la presunción de la solidaridad (DRAKIDES, LAURENT) y, a su vez, construyen la teoría de la solidaridad imperfecta. Adquiere su máxima expresión, en el derecho moderno, la vinculación solidaria con la doctrina jurisprudencial francesa (VICENT).

4. Jurisprudencia española. De una manifestación sobre la vinculación mancomunada de los culpables (vgr. la Sentencia del 19 de febrero de 1959: «Que nuestro Derecho positivo, en contraste con otros extranjeros y con algún sector doctrinal tendentes a reforzar los vínculos obligatorios con la concurrencia de varios sujetos pasivos, no se establece la solidaridad fuera de pacto y de la común intención de las partes que desean dar unidad a las relaciones jurídicas en cuanto a la prestación, salvo que la ley en sus expresos mandatos y autorizaciones determine lo contrario como excepción, según informan para sus acotados supuestos fácticos los artículos 145, 1.084, 1.731, 1.748 y 1.890 del Código Civil, excepciones que confirman y convalidan la norma general contenida en el artículo 1.137 y 1.138 del Código Civil...») ha pasado a ser mayoritariamente favorable a la vinculación solidaria (vgr. Sentencia del TS de 20 de mayo de 1968, la de 20 de febrero de 1970, la de 1 de mayo de 1973, la de 15 de octubre de 1976:

«la ley crea la solidaridad pasiva, bien como interpretación de la voluntad de las partes, o como garantía para el acreedor, o como sanción de una falta derivada del artículo 1.902 del Código Civil»; las Sentencias de 3 de enero de 1979, 30 de diciembre de 1981, 28 de mayo de 1982: «Se produce la solidaridad entre los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por el ilícito culposo, con pluralidad de agentes y la posibilidad consiguiente de que el perjudicado pueda dirigirse contra cualquiera de ellos, como deudor por entero de la obligación de reparar en su integridad el daño causado, según dispone el artículo 1.144 del Código Civil»; las Sentencias de 13 de septiembre de 1985, 7 de febrero de 1986, 17 de febrero de 1986, 8 de mayo de 1986 y 12 de mayo de 1988: «Es insistente la jurisprudencia en orden a que procede solidaridad entre los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por el ilícito culposo, con pluralidad de agentes y concurrencia causal única cuando no es posible individualizar comportamientos ni establecer las distintas responsabilidades»; las Sentencias de 12 de junio de 1987 y 21 de marzo de 1988 en cuanto a la responsabilidad solidaria del promotor y técnicos cuando ésta no pueda individualizarse o, como dice la Sentencia de 3 de abril de 1987: «... pero si se trata de acciones concurrentes con un tanto por ciento idéntico, no procede imponer la solidaridad, pues los comportamientos culposos y su relevancia están individualizados»). Independientemente de que existen poderosas razones para mantener, a pesar de la doctrina jurisprudencial, la vinculación mancomunada o presunción de mancomunidad (opinión mantenida por ALBALADEJO, MONTES, DÍEZ PICAZO, LACRUZ) lo que a nosotros nos interesa es la aplicación del PERJUICIO, es decir, la extensión del mismo. ¿Es posible aplicar el mismo rigor que proporciona el artículo 1.141,2.° del Código Civil para la solidaridad pactada? Entendemos que no. Esta afirmación procede de un hecho fundamental: la extensión del perjuicio presupone la no discursión sobre la vinculación solidaria (vgr. la extensión de la cosa juzgada parte, por que tal es su presupuesto de hecho, de la existencia de una vinculación solidaria entre los codeudores). En cambio, la responsabilidad que procede de un acto ilícito (culpa) necesitará, precisamente, la constatación de que el hecho ocurrió, es decir, la existencia de una sentencia constitutiva. Precisamente por ello la actuación del sujeto declarado culpable no podrá extenderse al resto. A lo sumo puede predicarse de estas sentencias un valor «reflejo» o «prejudicial» (la existencia del hecho y del daño) pero no la vinculación solidaria. Es decir, únicamente se llegará a la extensión del perjuicio si todos estuvieran presentes en el procedimiento, ya que si extendiéramos los efectos estaríamos provocando auténtica indefensión (vgr. vulneración del artículo 24 de la CE). Por último, téngase en cuenta que el acontecer normal supondrá la existencia de un procedimiento penal, pues, precisamente este Ordenamiento jurídico entiende en su artículo 106 CP. «En el caso de ser *dos o más*

los responsables civilmente de un delito o falta, los Tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno». Precisamente para ello es preciso que haya varios procesados contra quienes se declare responsabilidad criminal, igualmente civil y NO UNICAMENTE UNO.

FRANCISCO JOSÉ BARBANCHO TOVILLAS
Profesor Titular de Derecho Civil. U. B.

La transmisión *inter vivos* del contrato de arrendamiento de vivienda en el Proyecto de Ley de Arrendamientos Urbanos de 28 de diciembre de 1992

SUMARIO: INTRODUCCION.—I. CONCEPTO DE VIVIENDA: A Los términos del Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre. B. La vivienda en el Proyecto de 28 de diciembre de 1992.—II. LA CESION DE VIVIENDA. A. Concepto de cesión. B. Régimen jurídico en el Proyecto. C. El consentimiento del arrendador. D. Exigencia de la notificación. E. Cesión y renta. F. Cesión y subarriendo.—III. EL SUBARRIENDO: A. Concepto de subarriendo. B. El requisito del consentimiento y la existencia de mobiliario. C. Subarriendo parcial. D. Subarriendo y renta. E. La negativa del arrendador.—CONCLUSION.—BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCION

El estudio pormenorizado de un Proyecto, como es el caso, siempre conlleva el riesgo de que resulte precipitado. Que, con la promulgación de la ley, puede resultar, incluso vano y, por tanto, en perjuicio del rigor y profundidad que se exige al estudio. No obstante, pretendo exponer sucintamente la situación del momento con un análisis de los principales problemas planteados, confrontando dicha situación con las soluciones que aporta el nuevo Proyecto o, denunciando las lagunas que no llega a cubrir y las que previsiblemente en el futuro surgirán. Para todo ello resulta especialmente útil el discurso jurisprudencial a lo largo de la vigencia de la ley en vigor, siendo la pauta orientativa acerca de las soluciones previsibles o

deseables para interpretaciones del Proyecto en su andadura inicial como ley (1).

Hacer una valoración de conjunto sobre el Proyecto resulta comprometido y puede llevarnos a unas conclusiones excesivamente simples, ya que pocos aspectos de orden social llegan a afectar tan directamente sobre la base material donde reside la propia persona y la familia. Resultando que sin ser un derecho fundamental *strictu sensu* sí que puede considerarse como un derecho básico, especialmente vinculado a la persona como medio para la propia pervivencia y centro de desenvolvimiento del núcleo familiar. Este es el sentido que recoge la Constitución española de 1978 en su artículo 47, encuadrado entre los *Principios rectores de la política social y económica:* el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada.

No hay que perder de vista la potestad que se otorga a los poderes públicos de carácter general en el artículo 33 de la CE, al establecer la posibilidad de delimitar o restringir el uso y disfrute de la propiedad privada conforme al contenido determinado por las leyes atendiendo a su función social. Y es esta misma función social la que lleva a la necesidad de adecuar la regulación de los arrendamientos urbanos a la situación social del momento.

Han sido pluralidad de sectores, en uno y otro sentido, quienes han denunciado muy negativamente la realidad social (2). Unos desde la posi-

---

(1) Desde que el Ministro de Obras Públicas y Transportes nombró el 3 de mayo de 1991 a Cristina Narbona Directora General de la Vivienda, este departamento del Ministerio comenzó la redacción de una nueva LAU. Sin embargo, hasta la fecha se han sucedido distintos borradores, que han ido reduciendo el alcance de la nueva norma.

Los primeros borradores incluían períodos de actualizaciones de renta, así como la extinción de contratos de vivienda anteriores a 1985.

El nuevo texto, según el Gobierno, contribuirá a medio y largo plazo, al abaratamiento de los alquileres en España, así como a fomentar las diversas medidas sobre la vivienda tomadas recientemente: plan de 460 000 viviendas y Fondos de Inversión Inmobiliaria.

(2) Existen numerosas encuestas acerca de la situación social de la vivienda y de la contratación arrendaticia urbana. El «ABC» del día 19 de diciembre de 1992 publica en la Sección de Economía, pág. 45, una encuesta del CIS sobre los locales comerciales en cuanto a la fecha de celebración y a la renta.

La encuesta referente a las viviendas está tomada del MOPU en el año 89 y en la que se destacan los siguientes datos: el 25,3 por 100 de los contratos son anteriores a 1965; posteriores a 1965 y anteriores al Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, lo constituyen el 54,5 por 100; únicamente el 20 por 100 para los celebrados estando vigente el Real Decreto-Ley. Especifica, a su vez, dentro de los porcentajes, aquellos celebrados con cláusula de revisión de los que se llevaron a cabo sin ella. Afirmando que los contratos anteriores a 1985 afectan a más de 3.000.000 de españoles. Estos mismos datos recoge la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Arrendamientos Urbanos, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, núm. 123-1 de 30 de diciembre de 1992.

ción de los inquilinos (3), la gran mayoría haciéndose eco de los propietarios, o con pretensiones de denuncia general (4).

Uno de los problemas resaltados con especial relevancia lo ha constituido el tratamiento con que se configure a las transmisiones *inter vivos* del derecho arrendaticio, únicamente admitidas la cesión y subrogación de la titularidad del derecho. En el presente trabajo pretendo poner de relieve la problemática sobre esta materia haciendo referencia a los supuestos de transmisión *inter vivos,* en cualquiera de sus formas, de la vivienda, exclusivamente.

De alguna manera viene a establecerse una especie de remiendo a la Ley de 1964, la cual ya constituía un Texto Refundido de las normas anteriores: leyes de 22 de diciembre de 1955, articulada por Decreto de 13 de abril de 1956, que palie los defectos que con el transcurso del tiempo han ido agravando situaciones de inquilinos y propietarios. Ley *que fue en su origen, uno de los más claros ejemplos de justicia social que podrían invocarse. Por encima del respeto a lo pactado estaba el deber social del Estado de no dejar en la calle a quienes, de hacérselo respetar, no podrían salir ya de ella* (5).

---

(3) En defensa de los derechos de los inquilinos alza su voz Enrique PEDRERO como presidente de la Asociación de Inquilinos de Madrid. Llega a manifestar que la situación pretendida en el Proyecto constituye una *demoledora acumulación de normas de carácter retroactivo contra los derechos adquiridos por los millones de inquilinos y demás arrendatarios con contratos anteriores al Decreto-Ley 30/1985, de 30 de abril* «Ley de desahucio total», en *Tapia,* núm 66, octubre de 1992, pág. 11

Pueden también verse en este sentido, entre otros: INFANTE LÓPEZ: *Todo sobre los derechos y deberes del inquilino,* Madrid, 1983, y *Manual práctico sobre los derechos del inquilino,* Madrid, 1986. LLADO. *Guía legal sobre los derechos del inquilino,* 1989.

(4) Son numerosos los trabajos en publicaciones de amplia difusión. Entre otros se pueden mencionar: Daniel LOSCERTALES FUERTES: «Análisis urgente de la LAU», en *Tapia,* núm. 65, septiembre de 1992, págs. 3-7. Este artículo se puede encontrar también en la revista *Administración Rústica y Urbana,* núm. 78, septiembre-octubre de 1992, págs. 16-26

El mencionado núm. 65 de Tapia, de carácter monográfico incluye otros dos artículos: Luis DE LA MORENA Y DE LA MORENA: *A vueltas con la LAU. puntos de vista no vistos,* y otro de Alejandro MARTINO VICO *Los arrendamientos urbanos antiguos o la usurpación de la propiedad. Su relación con el procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH. Urgente exigencia de una nueva ley*

A su vez Luis DE LA MORENA Y DE LA MORENA publicó también *La vieja LAU, ¿hasta cuándo?,* recogido en el Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 1992, núm. 2, págs. 23-28.

LLOVERA SÁEZ: *Manual de los derechos del arrendador,* 1988.

(5) Véase Luis DE LA MORENA Y DE LA MORENA «Un claro supuesto de inconstitucionalidad sobrevenida: la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Tapia,* núm 63, marzo-abril 1992, pág. 19.

I. CONCEPTO DE VIVIENDA

A. Los términos del Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre

Hemos de hacer mención, muy brevemente, en primer lugar al concepto de vivienda a la luz del nuevo Proyecto, ya que será el ámbito sobre el que recaiga el análisis en el presente trabajo.

El Texto Refundido de 1964 no establecía una definición de vivienda de manera expresa, si no que lo hacía contraponiéndolo al de local de negocio, a la vez que enunciaba negativamente supuestos que en ningún caso constituirían viviendas sometidas al régimen de la LAU.

Por vivienda se puede entender una edificación habitable destinada a morada humana, y por local de negocio ha de entenderse, a la luz de la LAU vigente, aquella edificación habitable cuyo destino primordial sea el de ejercerse en ella, con establecimiento abierto, una actividad de industria, de comercio o de enseñanza con fin lucrativo. Quedan comprendidos dentro del concepto de local de negocio no sólo los supuestos en los que se establezcan las actividades mencionadas anteriormente, sino también aquellos supuestos de negocios que suponen una concepción extensa de lo que se haya de entender por industria, comercio o enseñanza. Estos son los recogidos en el artículo 5.2 de la LAU: los locales ocupados por las personas de la Iglesia Católica, Estado, Provincia, Municipio, Entidades benéficas, Asociaciones piadosas, Sociedades o Entidades deportivas comprendidas en el artículo 32 de la Ley de Educación Física y Corporaciones de Derecho Público y en general, cualquiera otra que no persiga lucro cuando estén destinados a actividades económicas.

Son considerados locales, asimismo, los depósitos y almacenes, cualquiera que fuese el arrendatario, y los locales destinados a escritores y oficinas cuando el arrendatario se valga de ellos para ejercer actividad de comercio, de industria o de enseñanza con fin lucrativo, así como los destinados al desarrollo de las actividades llevadas a cabo por las personas que ocuparen los locales de las Instituciones del artículo 4.2.º destinados a actividades económicas, aunque dichos locales no se hallaren abiertos al público.

No obstante, se someterán al régimen del arrendamiento de local de negocio los supuestos en que el arrendatario, su familia o personas que trabajen a su servicio tengan en él su vivienda.

Por el contrario, no perderá el carácter de arrendamiento de vivienda por que concurra la circunstancia de que el inquilino, su cónyuge o pariente, de uno u otro, hasta el tercer grado, que con cualquiera de ellos conviva, ejerza en la vivienda o en sus dependencias una profesión, función pública o pequeña industria doméstica, aunque sea objeto de tributación.

Quedan excluidas de la regulación de la vigente LAU, aún constituyendo fincas de carácter urbano: los arrendamientos de fincas cuyo arrendatario lo ocupe únicamente por la temporada de verano, o cualquiera otra aunque los plazos fueran distintos, los locales destinados a casinos o círculos dedicados al esparcimiento o recreo de sus componentes o asociados; el uso de viviendas y locales que los porteros, guardas, asalariados, empleados y funcionarios tuvieren asignados por razón del cargo que desempeñen o del servicio que presten; los que se trate de finca con casa-habitación en los que sea el aprovechamiento del predio la finalidad primordial del arriendo, presumiendo que se trata de este supuesto, cuando la contribución territorial de la finca por rústica sea superior a la urbana (6).

B. La vivienda en el Proyecto de 28 de diciembre de 1992

Me ha parecido importante partir de estas primeras consideraciones por cuanto el Proyecto, objeto de análisis, establece unos regímenes diversos a los hasta ahora considerados en cuanto al ámbito de aplicación.

El Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, introdujo ya algunas modificaciones en la regulación cual fue, entre otras, la posibilidad para transformar las viviendas en locales de negocio, quedando a voluntad de las partes el sometimiento de la vivienda al régimen de local de negocio, frente a los criterios que establecía la propia LAU.

El Proyecto de Ley recoge criterios muy distintos a los anteriores y es aquí donde me gustaría hacer hincapié: en la delimitación conceptual de lo que se ha de entender por vivienda, de vital importancia, dado que difiere de lo que establece la ley en vigor, si queremos entrar posteriormente en la consideración del nuevo régimen de las transmisiones *inter vivos* de la vivienda a la luz del Proyecto.

---

(6) En cuanto al concepto de finca urbana como objeto propio del contrato de arrendamiento urbano, según lo establece el artículo 1,1, existen gran variedad de criterios para su determinación, cabe resaltar entre otros los recogidos por Ibañez de Aldecoa. «Fincas rústicas y urbanas», en *Pretor,* marzo de 1955; Roca Sastre en su libro: *Derecho Hipotecario,* y Soto Nieto en *Supuestos de inclusión y de exclusión en la nueva LAU.*

La jurisprudencia delimita el concepto estableciendo los siguientes criterios: se trate de un edificio habitable, es decir, reúna los requisitos de edificación, con construcción adherida al suelo, con incorporación íntima y fija, y no mera adherencia exterior, siendo indiferente que lo construido tenga carácter permanente o provisional, y de habitabilidad, bastando para ello si se trata de locales de negocio a que reúna las condiciones necesarias para su destino urbano, cuya determinación compete a las partes. En *Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 16 de noviembre de 1956.* Quedan, por tanto, excluidos los solares sometidos a la regulación de la Ley del Suelo.

No falta, en el Proyecto, una pretensión por parte del Gobierno de fundamentar los criterios básicos de la LAU, apoyándose en las potestades que le otorga la Constitución, teniendo en cuenta que aquélla fue promulgada en 1964. Indudablemente, el sentido de la LAU, como ley de carácter especial, no es otro que el de establecer un régimen distinto del que se regula en el Capítulo II, Título XI del Libro IV del CC, para los supuestos de arrendamientos de fincas urbanas, justificado en todas las leyes referidas a los arrendamientos urbanos por la *escasez de viviendas, determinante de un profundo desequilibrio entre la oferta y la demanda para la adquisición arrendaticia de aquéllas* (7). Aquellos mismos motivos que exponía el legislador de 1955 como *el mismo fin del Derecho que, si realmente, ha de ser concebido como instrumento para la más justa ordenación de las realidades sociales, precisa estar dotado del dinamismo necesario para acompasarse a aquéllas* (8), son los que llevan al legislador de 1992 a motivar la nueva regulación:

> *Por ello la finalidad última que persigue la reforma es la de coadyuvar a potenciar el mercado de los arrendamientos urbanos como pieza básica de una política de vivienda orientada por el mandato constitucional consagrado en el artículo 47, de reconocimiento del derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada.*
>
> Por las razones expuestas: *La regulación sustantiva del contrato de arrendamiento debe partir de una recta diferenciación entre los arrendamientos de vivienda y los destinados a uso distinto al de vivienda, por entender que las realidades económicas subyacentes son sustancialmente distintas y merecedoras de sistemas normativos disimiles que se hagan eco de esa diferencia. (...) El Proyecto abandona la distinción tradicional entre arrendamientos de vivienda y arrendamientos de locales de negocio y asimilados para diferenciar entre arrendamientos de vivienda, que son aquellos dedicados a satisfacer la necesidad de vivienda primaria y permanente del arrendatario, su cónyuge o sus hijos dependientes, y arrendamientos para usos distintos al de vivienda, categoría esta que engloba los arrendamientos de temporada, los de local de negocio y los asimilados a éstos* (9).

---

(7) Véase la Exposición de Motivos de la Ley de Bases de 22 de diciembre de 1955.

(8) *Ibid.*

(9) Véase la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Arrendamientos Urbanos de 30 de diciembre de 1992.

Sin duda alguna la nueva regulación pretende que sea exclusivamente el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada el que informe la futura ley. De tal forma que la protección al arrendatario sólo sea allí donde la finalidad de arrendamiento sea la satisfacción de la necesidad de vivienda del individuo. La regulación de usos distintos al de vivienda quedan al libre pacto de las partes, reconduciendo el régimen al contenido del Código Civil.

El ámbito de aplicación de la Ley se circunscribe al concepto, ya recogido en el Texto Refundido de 1964, de finca urbana, distinguiendo entre el arrendamiento de vivienda y el de otros usos distintos del de vivienda.

Por arrendamiento de vivienda entiende el Proyecto: *el de finca urbana cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario, de su cónyuge no separado legalmente o de hecho o de sus hijos dependientes.* Artículo 2.1. Se aplicará *al mobiliario, trasteros, plazas de garaje, y cualesquiera otras dependencias o espacios arrendados o servicios cedidos como accesorios de la finca.* Artículo 2.2.

Todo arrendamiento de finca que recaiga sobre edificación habitable cuyo uso primordial sea distinto del anterior constituirá el ámbito de los arrendamientos para uso distinto del de vivienda, en especial los que tengan por finalidad ejercer en ella una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente. En la Exposición de Motivos se menciona, con un criterio que facilite la interpretación, los que constituyan segunda residencia, los de temporada, y los tradicionales de local de negocio. El régimen se establece en el Título III, *regulación basada casi de forma absoluta en el libre acuerdo de las partes* (10).

El artículo 4 establece los arrendamientos excluidos del ámbito de la futura ley, entre los que se recogen: *el uso de las viviendas que los porteros, guardas, asalariados, empleados y funcionarios, tengan asignados por razón del cargo que desempeñen o del servicio que presten.* Supuesto que junto con el de finca con casa habitación, cuyo régimen se regirá por lo dispuesto en la legislación de arrendamientos rústicos, aparecían ya recogidos en el Texto Refundido. Las viviendas militares aparecen también excluidas y se remite a su regulación específica.

Indudablemente en lo que a la vivienda se refiere aparece más netamente definido el concepto, viniendo a coincidir con el establecido en el Texto Refundido, y cuyo régimen está recogido en el Título II, artículos 5 a 26.

Hay que tener en cuenta en lo que a la vivienda *strictu sensu* se refiere que, como ya recoge el Texto Refundido, el contrato de inquilinato —de arrendamiento de vivienda habría que entender a la luz del Proyecto— no

(10) Véase la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Arrendamientos Urbanos de 30 de diciembre de 1992.

perderá su carácter por la circunstancia de que el inquilino, su cónyuge o pariente de uno u otro hasta el tercer grado, que con cualquiera de ellos conviva, ejerza en la vivienda o sus dependencias —*espacios arrendados o servicios cedidos como accesorios a la finca,* incorporando la terminología del Proyecto— una profesión, función pública o pequeña industria doméstica, aunque sea objeto de tributación.

Claramente, quedan excluidos del régimen de vivienda los supuestos que se recogían en el artículo 4.2, siempre que no tengan como destino primordial el de satisfacer la necesidad primaria y permanente de vivienda.

Una vez delimitado qué se ha de entender por vivienda a la luz del Proyecto y siguiendo la estructura que en él se establece, entraremos, en un primer lugar al análisis del tratamiento de la cesión, para proseguir posteriormente con el del subarriendo.

II. LA CESION DE VIVIENDA

A. Concepto de cesión

En el Proyecto: *la prohibición de cesión o subarriendo* inter vivos *de la vivienda total o parcial es absoluta, lo que no puede merecer otra cosa que reconocimiento positivo, habida cuenta que en el arrendamiento se cede un piso para las necesidades primarias del arrendatario, cuyo concepto no cabe que pase a un tercero sin el consentimiento del arrendador* (11).

Sin pretender entrar en un minucioso análisis del concepto de cesión, sí que se hace necesario establecer unas nociones que nos vayan clarificando la labor de estudio de la futura ley.

Cabe plantearse en una primera aproximación sobre qué entiende el legislador por cesión, ya que el Texto hoy vigente nos habla de cesión de vivienda, de la posibilidad de subrogar en los derechos y obligaciones al cónyuge y otros parientes, a lo que denomina también cesión, así como la posibilidad de subrogarse las CCAA en los contratos de arrendamiento de los bienes inmuebles que se transfieran por la Administración del Estado y de sus organismos autónomos, así como de los Entes Preautonómicos, artículo 24 en sus apartados 1, 2, 3 y 4. No obstante, el Proyecto recoge un concepto único y encuadra la materia bajo la rúbrica: *Cesión del contrato y subarriendo,* con lo que de alguna manera viene a reflejarse legislativamente la práctica sentada por la jurisprudencia en cuanto a la posibilidad de una cesión de arrendamiento y una cesión de los derechos singulares. De

(11) Véase el artículo de Daniel Loscertales Fuertes: «Análisis urgente de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Tapia,* núm. 65, septiembre de 1992, pág. 4

tal forma que entendía que la cesión de derechos singulares del arrendatario presupone la permanencia del arrendatario en su posición contractual e implica transferencia total o parcial de la facultad de goce sobre el objeto del arriendo y que, como tal, no precisa el consentimiento del arrendador, no existiendo, por tanto, la sustitución de un contrato por otro, como en la cesión del arrendamiento (12). El Proyecto se refiere exclusivamente a la cesión del contrato de arrendamiento.

B. Régimen jurídico en el Proyecto

El artículo 6.1 se limita a recoger sucíntamente la prohibición de cesión por el arrendatario sin el consentimiento del arrendador. Frente a esta norma del Proyecto, el Texto actual recoge en los artículos 23 a 28 varias precisiones.

El actual Texto normativo señala la prohibición de la cesión de vivienda realizada a título oneroso, si bien admite determinadas excepciones. Tales excepciones lo constituyen la posibilidad de subrogarse en los derechos y obligaciones propios del contrato, el cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos legítimos o naturales e hijos adoptivos menores de dieciocho años al tiempo de la adopción que con él convivan habitualmente en la vivienda arrendada con dos años de antelación, o de cinco años cuando de hermanos se trate. No se exigen estos plazos al cónyuge.

Supone una novedad en la regulación la ausencia de esta previsión, que en un principio parece contradecir los principios básicos del Proyecto, tales como la finalidad de facilitar vivienda a quienes en tal situación se encontraren. Si bien es cierto que, por otra parte, tratándose de subrogaciones *inter vivos,* de alguna manera carece de sentido que continuando con vida el titular o titulares del arrendamiento pudiere transmitirse a quienes ya formaban parte integrante del núcleo familiar, y que más bien podía dar lugar a situaciones de fraude de ley, dando lugar mediante la cesión a prolongaciones del contrato a favor de dichos parientes cuando, quien inicialmente era el titular carezca ya del interés inicial de mantener el contrato, bien porque haya celebrado otro, bien porque posea otra vivienda en propiedad, y que de otra manera daría lugar a la resolución del contrato según las causas previstas en el artículo 114.11 en relación con el artículo 62, cuando el inquilino ocupe dos o más viviendas en la misma población o tuviere a su libre disposición, como titular de un derecho real de goce o disfrute, una vivienda desocupada y apta para la satisfacción de sus necesidades y de características análogas a la arrendada.

(12) Véase Peré Raluy· «La cesión de viviendas», en *Pretor,* núm. 46, pág. 7.

Por otra parte, la previsión en el artículo 13 del Proyecto, de la adquisición de la condición de arrendatario del cónyuge para los supuestos de nulidad, separación o divorcio hacen innecesario la previsión de este artículo 24.1, que quizá en su día fuese la solución para estas situaciones en que el núcleo familiar podría verse perjudicado.

Sin embargo, frente a estas previsiones no se han hecho esperar las críticas y voces que en determinados sectores han de preservar los derechos de los inquilinos. De tal forma que la proyectada ley supone, en opinión de Enrique PEDRERO: *las más afiladas herramientas de la Ley de desahucios —aunque contiene otras muchas— cuyo objeto es consumar ese desahucio total. La Ley de desahucios introduce una supresión absoluta del derecho de subrogación, puesto que el cónyuge que, al quedar viudo, continúa en el arrendamiento es cotitular del mismo, y no un subrogado, según ha establecido el Tribunal Constitucional. En cuanto a los hijos, su expulsión de las viviendas a los veinticinco años, por el mero motivo de que se hayan quedado huérfanos, según se prevé en el Anteproyecto de la Ley de desahucios, es algo de una arbitrariedad y una crueldad indecibles, que se califica por sí solo* (13).

En cuanto a la cesión parcial y su admisibilidad, aunque resulte difícilmente concebible hay que entender que su tratamiento puede ser asimilado al subarriendo parcial, ya que resulta irrelevante para el arrendador, ya que éste no podía saber cuándo se produjo (14).

Las Disposiciones Transitorias del Proyecto establecen una consideración respecto a las subrogaciones familiares del artículo 24.1 de la actual Ley, de tal forma que los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985, y por tanto sometidos al régimen de la LAU de 24 de diciembre de 1964, dejará de ser aplicable lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 24 de dicha Ley.

C. EL CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR

Uno de los grandes problemas que plantea el Proyecto en esta materia lo constituye el consentimiento, en cuanto que se limita a prohibir la cesión sin el consentimiento del arrendador. ¿Cuándo ha de verificarse esta notificación? ¿Cuándo se entenderá denegado el consentimiento? Junto a otras cuestiones que quedan sin resolver.

---

(13) Véase Enrique PEDRERO: «Ley de desahucio total», en *Tapia*, núm. 66, octubre de 1992, pág. 11.

(14) El Tribunal Supremo admite la posibilidad de su existencia en Sentencias como la de 2 de junio de 1951 y de 6 de junio de 1948. Puede verse FUENTES LOJO. *Suma de arrendamientos urbanos*, pág. 424.

En la Ley actualmente vigente tampoco se hace alusión a la cuestión. Entendían GARCÍA ROYO y BELLÓN que el consentimiento podía ser tácito cuando se produjese la pasividad del arrendador durante los 180 días desde que fue ocupada la vivienda por el cesionario. Con la Reforma de 11 de junio de 1964 se entendía que durante dos meses desde la notificación (15).

Incluso se admitía la cesión por caducidad de la acción concedida en el artículo 25 de la LAU, en el supuesto que se haya notificado fehacientemente al arrendador por el cedente o cesionario. El plazo de caducidad que se establecía era el de dos meses, computados desde la fecha de la notificación. La acción que se concede al arrendador de no mediar notificación no está sujeta a caducidad.

Ante la falta de esta previsión en el Proyecto podemos proponer las siguientes soluciones:

El artículo 6 del Proyecto encuadra bajo una misma rúbrica la cesión del contrato y subarriendo, con lo que podemos deducir una pretensión por el legislador de un tratamiento paralelo.

Dicho artículo 6 en su apartado 2, refiriéndose al subarriendo establece que deberá mediar en todo caso el consentimiento del arrendador. Este consentimiento se entenderá otorgado si, en el plazo de un mes, el arrendador no responde negativamente por escrito a la solicitud del arrendatario. Por tanto, en cuanto al consentimiento del arrendador respecto a la cesión hemos de entender que se aplicará lo dispuesto para el subarriendo, y no manifestado en un mes desde la notificación se entenderá que renuncia a la acción que le otorga el artículo 25.2, condición 2.ª (16).

Dicho plazo de un mes: ¿Es de prescripción o de caducidad? Dados los términos literales del precepto no cabe discusión y ha de admitirse como plazo de caducidad, quedando fuera las posibles causas de suspensión o de interrupción que no pueden darse en la caducidad, ya que ésta opera de un modo radical y automático sin necesidad de que se alegue por vía de excepción (17).

---

(15) Respecto al consentimiento tácito del arrendador se recogen numerosas Sentencias del Tribunal Supremo, como las de 11 de marzo de 1961 y 25 de noviembre de 1960, que exigen que resulte de actos claros y concluyentes. Sobre el mismo tema en la jurisprudencia, véase Daniel LOSCERTALES FUERTES. *Diez años de jurisprudencia de arrendamientos urbanos,* Madrid, 1989.

(16) Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1953 y de 10 de abril de 1961. En esta última se recogen la naturaleza y efectos de la caducidad: *La caducidad opera por ministerio de la ley, no pertenece al poder dispositivo de las partes, debe aplicarse de oficio por los Tribunales y su efecto es el de perderse o extinguirse el derecho a que se aplica, por lo que a partir de su caducidad no puede ya invocarse ninguna razón que pretenda hacer revivir tal derecho, ni puede afectarle el cambio nuevo de estatuto jurídico que supone la LAU de 1956.*

(17) La jurisprudencia en esta controversia es amplia. Son sentencias ilustrativas

D. Exigencia de la notificación

La actual Ley exige para la eficacia de la notificación que sea realizada dentro de los dos meses de efectuada la cesión, artículo 24.2. Si no se notificare la cesión o fuere posterior al plazo establecido, el arrendador podrá proceder al lanzamiento del cesionario. El Proyecto no prevé un plazo para la notificación, abriéndose un amplio campo de debate para el futuro. No obstante, se puede llegar a la conclusión de que no existe plazo para la notificación, pero únicamente será ésta el medio que poseen el cedente y cesionario para conseguir iniciar el plazo de caducidad previsto para el ejercicio de la acción resolutoria que se concede al arrendador (18). Sin notificación el arrendador podrá lanzar al cesionario, por tratarse de una cesión sin el consentimiento del arrendador y por tanto inválida, según lo dispuesto en el artículo 6.1 y 25.2.2.ª (19).

La notificación puede ser realizada tanto por el cedente como por el cesionario, según recoge la *Sentencia de la Audiencia de Barcelona de 30 de septiembre de 1957.*

El Proyecto no recoge los supuestos que estableció la Ley de 24 de enero de 1984, respecto a la subrogación de las Comunidades Autónomas en los contratos de arrendamiento de los bienes inmuebles que les fueron transferidos por la Administración del Estado y sus Organismos Autónomos; así como en las subrogaciones de los Entes Preautonómicos, según los términos previstos en la Disposición Final 4.ª de la Ley 32/1981, de 10 de julio, así como las del Estado en sentido inverso.

Para estos supuestos se estableció por la jurisprudencia la necesidad de sujección al régimen establecido en la LAU y, por tanto, de la obligatoriedad de la notificación al arrendador. Así lo señaló la *Sentencia de 7 de*

---

las recogidas por Daniel Loscertales Fuertes *Diez años de jurisprudencia de arrendamientos urbanos,* 1989.

Entre otras cabe destacar las siguientes: la de 16 de marzo de 1981 de la Audiencia Provincial de Tarragona y la de 3 de febrero de 1981 de la Audiencia Provincial de Barcelona.

(18) Peré Raluy en su artículo: «La cesión de viviendas», en *Pretor,* núm. 46, entiende que se trata de un supuesto que ha de estar sancionado con resolución contractual, pero no con la nulidad. *No se trata de una nulidad de pleno derecho, pues es susceptible de ser convalidada por consentimiento del arrendador o por caducidad de la acción impugnatoria, ni encaja tampoco en los moldes de la anulabilidad, pues son distintos sus caracteres y consecuencias; se trata de una irregularidad derivada de la falta de poder de disposición imputable al transmitente, irregularidad que, sin embargo, queda subsanada «ope legis» por el mero transcurso de un limitado plazo de caducidad, sin que el arrendador haya ejercitado la acción impugnatoria.*

(19) En la Sentencia de la Audiencia de Santa Cruz de Tenerife de 27 de abril de 1987, aparece claro que ha de ser el de la notificación el momento para que se inicie el plazo de caducidad.

octubre de 1986 de la Audiencia Territorial de Barcelona en un supuesto de cesión del derecho arrendaticio del Ministerio de Cultura a la Generalidad de Barcelona.

E. Cesión y renta

Por el hecho de la cesión, en la actual Ley vigente no se admite la elevación de renta, puesto que el artículo 99.1.4.ª sólo autoriza la elevación *si el inquilino subroga en los derechos y obligaciones dimanantes del contrato de inquilinato a uno de los parientes señalados en el artículo 24.* No se menciona para los supuestos del artículo 25.

El Proyecto, en su Capítulo III, *De la Renta,* no recoge la posibilidad de elevar la renta para los supuestos de subrogación o cualquier otra transmisión. Unicamente recoge la posibilidad de elevación como consecuencia de la realización de mejoras y siempre que éstas sean no suntuarias y reúnan los requisitos que establece el artículo 17.

F. Cesión y subarriendo

Deja el Proyecto de establecer una norma que contemple los supuestos en que tenga lugar la cesión del subarriendo. La actual Ley vigente lo hace en el artículo 27, en que se remite a lo establecido en *los anteriores preceptos.*

Los supuestos que podrían presentarse en cuanto a la cesión del subarriendo son varios. En primer lugar los supuestos en que la cesión se efectúa por el subarrendatario sin el consentimiento del arrendador ni del subarrendador. Podrá resolverse el subarriendo a instancia de ambos según los criterios ya comentados anteriormente, en cuanto a la notificación, consentimiento y plazo de caducidad, así como al ejercicio de la acción que se otorga en el artículo 25.2.2.ª del Proyecto.

Suelen presentarse también los supuestos en que la cesión es consentida solamente por el subarrendador, pero no por el arrendador. En estas situaciones la cesión no originará ninguna acción resolutoria por parte del inquilino subarrendador. Bellón entendía que originaría la resolución del arrendamiento con el consiguiente lanzamiento. Indudablemente a la luz del artículo 6.1 del Proyecto que establece la prohibición absoluta de la cesión sin el consentimiento del arrendador, por parte del arrendatario, hemos de entender que ha de aplicarse también para el caso de que se trate del subarrendatario, otorgando la posibilidad del lanzamiento tanto al arrendador como al arrendatario.

Para los supuestos en que sea el arrendador el que consienta pero no el subarrendador, se prevé la posibilidad de que el subarrendador haga uso de la resolución del contrato en virtud de la causa establecida en el artículo 25.3.2.ª: *La perturbación de hecho o de derecho que realice el arrendador en la utilización de la vivienda.* Motivo plausible en cuanto a la sistemática, ya que recoge bajo el concepto de *perturbación de derecho* todas aquellas cuestiones que en la Ley en vigor aparecen bajo una enumeración casuística y que figuran en el artículo 117. Para esta situación se acudía a lo establecido en el apartado A), en su causa 2.ª: *El subarriendo o la cesión realizados por el subarrendatario, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 27.*

Por último cabe el que, tanto el arrendador como el subarrendador, no hayan manifestado sin consentimiento pero habiéndoles sido notificada la cesión no hayan ejercitado la acción que les confiere el artículo 25.2.2.ª del Proyecto en el plazo de un mes desde la notificación. En tales casos es claro que se entenderá otorgado el consentimiento, al no responder negativamente por escrito a la solicitud del subarrendatario, artículo 6.2.

III. EL SUBARRIENDO

A. Concepto de subarriendo

La regulación del subarriendo aparece recogida en los artículos 10 a 21 del Texto Refundido actualmente en vigor. En contraste, el Proyecto lo recoge exclusivamente en el apartado 2 del artículo 6, y que supone una exposición sucinta de la existente en la actualidad.

En cuanto a la valoración por los diversos sectores no se han producido más que algunas menciones, y generalmente para alabar el régimen proyectado.

1. *Diferencias con la cesión*

En una primera aproximación al concepto de subarriendo hemos de apuntar que el subarriendo no es más que un nuevo contrato de arrendamiento que el arrendatario concierta con un tercero, exigiendo, por tanto, también el precio cierto y el tiempo determiando. Sus diferencias con respecto a la cesión provienen de que ésta supone el traspaso de los derechos y obligaciones del arrendatario a un tercero (20).

(20) Véanse las Sentencias de 17 de diciembre de 1969, 23 de junio de 1947 y 11 de marzo de 1961, entre otras

La distinción entre subarriendo y cesión aparece nítidamente en su discurso conceptual, pero en la práctica puede plantear problemas. Cabe señalarse que el subarriendo supone un nuevo contrato de arrendamiento, mientras que la cesión significa el traspaso de sus derechos y obligaciones a un tercero, con todas las acciones anejas. La cesión es un derecho de simple tracto, mientras que el subarriendo lo es de tracto sucesivo. En la cesión no goza el cedente por razón del precio, de la preferencia establecida en el artículo 1.922 del Código Civil respecto de la clasificación de créditos, en el que se recoge en su número 7 los créditos por alquileres y rentas de un año, sobre los bienes muebles del arrendatario existentes en la finca arrendada y sobre los frutos de la misma, mientras que el cesionario no sólo no puede pretender que la cosa le sea entregada en buen estado, sino que está obligado a recibirla en el estado en el que se encontraba en el momento de la cesión y se elimina por completo la personalidad del arrendatario; en el subarriendo el subarrendador goza, por el precio del subarriendo, de la preferencia establecida en el artículo 1.922 del Código Civil, y el subarrendatario puede exigir que la cosa le sea entregada en buen estado, no desapareciendo personalidad alguna, y que hay dos arriendos y dos relaciones jurídicas diferentes, aunque implícitamente ligados; y que para la cesión se requiere el consentimiento expreso del arrendador y en su defecto el tácito.

2. *Diferencias con el hospedaje*

Expresamente recoge el actual Texto Refundido la exclusión del régimen del subarriendo al hospedaje, artículo 21. El concepto de hospedaje se fundamenta en la distinción de dos clases de hospedaje: uno que podría llamarse de simple albergue o alojamiento, en que el fondista no facilita sino aposento y servicios; y otra, que constituye el hospedaje completo que implica además el suministro de víveres (21).

Las diferencias básicas que señala la doctrina pueden resumirse en las siguientes: en el subarriendo se cede el uso de lo arrendado, mientras que en el hospedaje se cede ese uso, pero unido a la prestación de otros servicios, todo por un precio cierto. El subarriendo exige la autorización expresa y escrita del arrendador, mientras que en el contrato de hospedaje esa

---

Estas cuestiones aparecen ampliamente tratadas en los trabajos de SÁNCHEZ SÁNCHEZ: «El subarriendo y la LAU», en *Pretor,* núms. 75-76, y F CERRILLO: *El subarriendo de viviendas.*

(21) Sobre el concepto y régimen jurídico del hospedaje, véase de PÉREZ SERRANO. *El contrato de hospedaje.* También A. NAVARRETE: «El contrato de hospedaje y el negocio de hostelería», en *Revista de Derecho Mercantil,* octubre-diciembre de 1958, pág. 265 Asimismo, SOTO NIETO: *Subarriendo y hospedaje.*

autorización, cuando los huéspedes no exceden de dos, no es necesaria. Aunque en la teoría resultan fácilmente delimitables, en la práctica ofrecen dificultades cuando se trata de subarriendos parciales (22).

B. El requisito del consentimiento y la existencia de mobiliario

Entre los requisitos exigidos para que pueda realizarse un contrato de subarriendo se requieren la autorización expresa y escrita del arrendador y la entrega al subarrendatario del mobiliario adecuado y suficiente para casa-habitación, artículo 10. No obstante, así lo dispone el artículo 18, no será necesario el consentimiento del arrendador, cuando no exceda de dos el número de subarrendatarios que con el cónyuge y los hijos sometidos a su potestad vayan a ocupar la vivienda, que no se altere el destino de ésta, y que, en el término de treinta días naturales siguientes a la fecha de celebración del contrato lo notifique el inquilino de modo fehaciente al arrendador, con la expresión del nombre del subarrendatario.

Los problemas planteados surgieron cuando no se daban estos requisitos: la falta de consentimiento o la falta de mobiliario. En tal sentido surgieron numerosas posturas, entre las que caben destacar aquéllas que entendían que dicho acto era nulo de pleno derecho por haberse realizado contra lo expresamente dispuesto en la Ley, tesis apoyada por el Tribunal Supremo en varias sentencias; otros que entendieron que no se trataba de un acto nulo sino convalidable, y los que sostenían que de ninguna forma constituiría la falta de autorización como causante de nulidad.

El Proyecto aborda la debatida cuestión estableciendo que *En todo caso deberá mediar el consentimiento del arrendador,* con lo que al mencionarse el requisito de *en todo caso,* habremos de entender que ante la falta del consentimiento el acto será nulo, análogamente a lo que exponíamos en el tratamiento del consentimiento en la cesión, ya que entendemos que la pretensión del legislador encuadrando la cesión y el subarriendo bajo un mismo epígrafe y en el mismo artículo, pretende establecer un régimen único y paralelo.

Para el análisis de la manifestación del consentimiento por parte del arrendador, recordamos lo ya expuesto para la cesión. Con la actual legislación cabe admitir una autorización expresa y verbal, e incluso tácita. Sin embargo, debe estarse a lo escrito y sólo en casos excepcionales debe admitirse aquéllas. El Proyecto afronta estas cuestiones estableciendo el plazo de un mes para contestar a la solicitud del arrendatario, entendiendo

(22) Para una mayor profundización de la problemática aquí esbozada, véase Fuentes Lojo: *Suma de arrendamientos urbanos,* pág. 413.

concedido el consentimiento de manera tácita. Contestación que habrá de ser por escrito. Los problemas pueden plantearse en torno a la notificación por parte del arrendatario, ya que el Proyecto únicamente menciona *a la solicitud del arrendatario.* La solución que aportamos, y que ya quedó de manifiesto en el tratamiento de la notificación en la cesión, se fundamenta en las causas de resolución recogidas en el artículo 25 del Proyecto, entre las que se recogen en su apartado 2: *El subarriendo o cesión inconsentidos.* De tal forma que no mediando notificación por parte del arrendatario-subarrendador, el arrendador podría hacer valer dicha acción en cualquier momento. Sólo le queda al arrendatario para excluir dicha acción la notificación que produciría el efecto de hacer caducar en el plazo de un mes la acción resolutoria si el arrendador no manifiesta su voluntad.

C. Subarriendo parcial

El actual Texto Refundido admite la posibilidad del subarriendo total y parcial, artículo 11. Establece dicho artículo una presunción, en opinión de Sánchez Sánchez (23), *iuris et de iure* de que el subarriendo se entenderá que es total cuando el inquilino no permanezca en la vivienda, y para que sea parcial exige que siga habitándola. El subarriendo total habrá de celebrarse con una sola persona, dispone el párrafo 1 de dicho artículo 11.

Las principales cuestiones se plantearon cuando un subarrendatario realizaba un subarriendo parcial y posteriormente otro venía a completar la totalidad del espacio de la vivienda, convirtiéndose realmente en un subarriendo total. Se vino a establecer por la jurisprudencia que para reputar la existencia de un subarriendo parcial es imprescindible la convivencia del inquilino con el subarrendatario y que, por tanto, si se demuestra que el inquilino trasladó su domicilio a otro piso dejando en el que poseía a otro que lo habita con su familia, ha de estimarse la existencia de un subarriendo total (24).

El nuevo Proyecto sólo admite la figura del subarriendo parcial. Ello me parece que está en congruencia con la intención de la totalidad del Proyecto de facilitar *el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada.* Ya que la posibilidad de celebrar subarriendos totales, entendiendo por tales aquellos en que el subarrendador no convive con el

(23) Véase Sánchez Sánchez: «El subarriendo y la LAU», en *Pretor,* núms. 75-76, pág. 833.

(24) Sentencia de la Audiencia de Barcelona de 8 de noviembre de 1960, recogida en la *Revista General de Derecho,* enero-febrero de 1961, pág. 37 También en la Sentencia de la misma Audiencia, de 27 de enero de 1960, recogida en la *Revista Jurídica de Cataluña,* septiembre-octubre de 1960, pág. 627

subarrendatario —a la luz de la jurisprudencia— supone que aquél dispone de la posibilidad de otra vivienda y por tanto carece de la necesidad de arrendar la vivienda que subarrienda.

D. Subarriendo y renta

Por último una breve referencia al régimen de la renta una vez llevado a cabo el subarriendo. En este sentido mencionar las previsiones de los artículos 12 a 15, en que se establecen una serie de previsiones sobre la cuantía máxima de renta exigible en el subarriendo total y que no podrá exceder del doble de la que corresponda a la del subarriendo y para el parcial no se podrá percibir una renta por cada habitación que supere la cantidad que resulte de dividir el doble de la renta del arrendamiento entre el número de habitaciones, excluidos los servicios con que cuente la vivienda. Los posibles aumentos de renta del arrendamiento darán lugar al aumento proporcional de la del subarriendo.

El artículo 14 establece la posibilidad de participar en el precio del subarriendo por parte del arrendador, y prohíbe el aumento de renta con ocasión del subarriendo. Otorga el arrendador, en el artículo 15, la acción para exigir la renta directamente del subarrendatario, con la posibilidad de que el subarrendador los deduzca de la renta del arrendamiento.

Ante toda esta situación el Proyecto se limita a reconducir el régimen a lo establecido en el Título I: *Del arrendamiento de vivienda,* y a lo pactado por las partes, teniendo en cuenta que el artículo 15 establece que la renta será la que libremente estipulen las partes.

Por tanto, se plantea si sigue existiendo el derecho al precio del subarriendo y si puede dirigirse el arrendador frente al arrendatario. Cuestión que habrá de resolverse en el futuro por la jurisprudencia.

E. La negativa del arrendador

Recoge el artículo 6.2 en su párrafo último, una causa de resolución del contrato de arrendamiento, a favor del arrendatario, por la negativa del arrendador a dar su consentimiento.

Indudablemente, dicha causa pone una cota a la potestad del arrendador y ante la posibilidad de que se resuelva el contrato deberá admitir el subarriendo. Por otra parte, el arrendatario que busque una fuente de recursos quedaría liberado del contrato y con la expectativa de encontrar algún arrendador que acepte el subarriendo.

No queda tan claro la excepción a la causa de resolución: excepto cuando

se funde en razones relativas a la persona del tercero. Resulta difícil predecir qué razones han de ser estas. Así, cualquier motivo reconducido a ser por causa del tercero impedirá resolver el contrato. No cabe duda de la poca precisión del legislador y que deberá ser precisada por la jurisprudencia.

CONCLUSION

Enlazando con las ideas que resumía en la introducción y después de este discurso a través de la regulación de las figuras de transmisión *inter vivos* del contrato de arrendamiento, podemos afirmar que el Proyecto supone una adaptación necesaria conforme a los principios que informan la Constitución de 1978, de los que se derivan junto a esa obligación por parte del Estado a facilitar y asegurar el derecho a la vivienda, queda, por otra parte, abierta la libertad de pacto que siempre animó el ámbito de lo privado. Así que junto a normas que se pueden considerar básicas en esta materia, como por ejemplo, la necesidad del consentimiento del arrendador para que se lleve a cabo la cesión o el subarriendo, aparecen otras con criterios meramente de carácter social, como la posibilidad de que dicho consentimiento sea tácito si no se otorga en el plazo de un mes.

Inspira esta materia el principio de libertad de pacto entre las partes, y en materias tales como fijación de renta, supresión de derechos de subrogación, etc., que vienen a suponer una retirada de la intervención legislativa en esta materia, aunque quizá con los riesgos o perjuicios sociales que ello pudiere ocasionar para aquellos que puedan verse desprotegidos frente a los que se sitúen en la posición más ventajosa en la libertad de mercado, o para aquellos que mantenían unas expectativas de determinados derechos.

JUAN FRANCISCO ESCUDERO ESPINOSA
Universidad de León

BIBLIOGRAFIA

ALAMILLO SANZ, F. J.: «Las crisis matrimoniales y la adjudicación en exclusiva de la vivienda familiar al cónyuge no arrendatario», en *La Ley,* año VI, núm. 1169, 9 de abril de 1985, pág. 1.

ALBACAR LÓPEZ: *Ley de arrendamientos urbanos,* Madrid, 1989.

ASTORQUI, A.: «Algunos aspectos del coarrendamiento de bienes inmuebles», en *Revista General de Derecho,* septiembre de 1976.

AZNAR SÁNCHEZ. *Arrendamientos urbanos,* Madrid, 1988.

CASAS MARTÍNEZ, A.. «La resolución por convivencia», en *Revista de Derecho Privado,* 1953.

CASAS MARTÍNEZ, A.: «Subarriendo de distintas viviendas», en *Revista General de Derecho,* enero-febrero de 1960.

CERRILLO: «Subarriendo y convivencia en la LAU», en *Pretor,* noviembre de 1952.

DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L.: «La vieja LAU: ¿Hasta cuándo?», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid,* núm. 2, 1992.

— «Un claro supuesto de inconstitucionalidad sobrevenida: la LAU», en *Tapia,* núm. 63, marzo-abril 1992.

— «A vueltas con la LAU», en *Tapia,* núm. 65, septiembre 1992.

FUENTES LOJO, J.: *Suma de Arrendamientos Urbanos,* t. I, Bosch, 1983.

GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M.: «Naturaleza y régimen jurídico de los contratos de cesión de vivienda y traspaso de local de negocio», en *Anuario de Derecho civil,* abril-junio de 1958, pág. 569.

INFANTE LÓPEZ: *Manual práctico sobre los derechos del inquilino,* Madrid, 1986.

— *Todo sobre los derechos y deberes del inquilino,* Madrid, 1983.

LOSCERTALES FUERTES, D.: «La duración de los arrendamientos urbanos hechos con posterioridad al Real Decreto-Ley 2/85», en *Tapia,* núm. 63, marzo-abril 1992.

— «Análisis urgente del Anteproyecto de la LAU», en *Administración Rústica y Urbana,* núm. 78, septiembre-octubre de 1992, pág. 16.

— *Diez años de jurisprudencia de arrendamientos urbanos,* Madrid, 1989.

LLADÓ: *Guía legal sobre los derechos del inquilino,* Madrid, 1989.

LLOVERA SÁEZ: *Manual de los derechos del arrendador,* Madrid, 1988.

MADRUGA MÉNDEZ, J.: *Transmisión de derecho arrendaticio de viviendas,* Ed. Montecorvo, Madrid, 1966.

MARTÍN RETORTILLO, C.: «El incumplimiento de condiciones como causa de deshaucio en los arrendamientos urbanos», en *Revista Jurídica de Cataluña,* 1956, pág. 179.

MARTINO VICO, A.: «Los arrendamientos urbanos antiguos o la usurpación de la propiedad. Su relación con el procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH. Urgente exigencia de una nueva Ley», en *Tapia,* núm. 65, septiembre de 1992.

MORENO MOCHOLI: «Convivencia, subarriendo y hospedaje», en *Revista de Derecho Privado,* núm. 431.

NART, I.: «Ex arrendamiento», en *Anuario de Derecho civil,* julio-septiembre de 1951.

OGAYAR, T.: «Transmisión subjetiva del contrato de arrendamiento urbano», en *Propiedad y construcción,* 1959, pág. 11.

PEDRERO, E.: «Ley de desahucio total», en *Tapia,* núm. 66, octubre de 1992.

PERE RALUY: «La cesión de viviendas», en *Pretor,* núm. 46.

RAMS ALBESA, J. J.: «Uso, habitación y vivienda familiar», en *Tecnos,* 1987, pág. 112.

REBOLLEDO VARELA, A. I.: «La vivienda familiar y la LAU», en *La Ley,* 1984, t. 2, págs. 503 y ss.

REYES MONTERREAL, J. M.: «El coinquilinato o contrato de convivencia», en *Revista General de Derecho,* abril-mayo 1951.

SÁNCHEZ SÁNCHEZ: «El subarriendo y la LAU», en *Pretor,* núms. 75 y 76.

SOTO NIETO: «Problemas de convivencia», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* de 15 de enero de 1954.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: «La atribución del disfrute de la vivienda familiar arrendada», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid,* núm. 5, 1991.

La protección registral al consumidor y la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 1993

SUMARIO. I. INTRODUCCION.—II. LA DIRECTIVA 93/13/CEE, DE 5 DE ABRIL DE 1993: 1. Coincidencia con las normas civiles ordinarias. 2. La ampliación del ámbito de aplicación de la Directiva.—III. CONTROL REGISTRAL DE LAS CONDICIONES GENERALES.—IV. ACCIONES JUDICIALES DE TUTELA.

I. INTRODUCCION

La política de defensa de los consumidores ha ido creciendo ininterrumpidamente en importancia en la consideración de las Instituciones comunitarias, que comenzaron a desarrollar su acción en este campo, aún antes de que el Tratado de Roma se reformase para abarcar esta competencia, por medio de resoluciones políticas, programas operativos y una estructura organizativa «ad hoc».

Por su parte, el Acta Unica de 1986 incorpora por primera vez de manera formal la consideración de la protección al consumidor como uno de los objetivos del Mercado interior, y cuya materia se incorpora al proceso de armonización legislativa comunitaria en virtud del nuevo artículo 100-A del Tratado de la CEE, de conformidad con el cual se dispone que la defensa de los consumidores gozará en las normas armonizatorias de «un nivel de protección elevado».

La función armonizadora de las legislaciones nacionales en materia de protección de los consumidores se ha desarrollado por la Comunidad (hasta la promulgación de la Directiva núm. 13 de 1993) de forma sectorializada, y no con carácter horizontal o general, en atención a la distinta naturaleza de los intereses tutelables en cada caso. La protección de los consumidores ha sido directamente invocada por la Comisión europea para justificar sus

iniciativas en los campos de la multipropiedad, la responsabilidad de los prestadores de servicios y de los suministradores de productos, así como en materia de créditos al consumo y de ventas a plazo y a domicilio.

Además de ello, se ha de destacar la elaboración y aplicación del «plan trienal de acción sobre política de los consumidores en la CEE (1990-1992)», en el que entre otras cosas se insiste en la necesidad de una política útil para los consumidores, lo cual implica una gestión y *control eficaz*. La jerga comunitaria distingue gráficamente entre los mecanismos de seguridad cautelar y los de mero resarcimiento, hablando de seguridad «río arriba» y «río abajo» respectivamente, tratando, cuando resulta posible, de potenciar el primero de estos mecanismos: es por ello que, desde la perspectiva comunitaria, las soluciones judiciales —«río abajo»— son insuficientes por sí solas.

De ahí la importancia de la actividad que en este terreno desarrollan las instituciones jurídicas extrajudiciales de Derecho preventivo o cautelar, como los Registros de la Propiedad, mediante el control de legalidad previo que por vía de la calificación realizan respecto de los contratos seriados o en masa que pretenden su acceso al mismo. Esta idea, desarrollada doctrinalmente a través de destacados estudios científicos, contrastada en numerosos Congresos y Seminarios internacionales y aplicada en la práctica en la relación con aquellos contratos generadores de derechos reales susceptibles de inscripción registral integrados por condiciones generales o cláusulas tipo como son, principalmente, los préstamos hipotecarios, los «leasing» inmobiliarios y las compraventas de inmuebles con precio aplazado garantizado mediante condiciones resolutorias, dicha actuación registral protectora de los consumidores en los ámbitos mencionados —digo— ha tropezado con el criterio restrictivo que al respecto viene manteniendo la Dirección General de los Registros y del Notariado desde sus famosas Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990, criterio abundantemente reiterado con posterioridad, desviándose de la línea marcada por los autos de los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia recaídos en vía de recurso gubernativo, e incluso de ciertos pronunciamientos previos de la propia Dirección General como el que tuvo lugar mediante Resolución de 7 de septiembre de 1988. Las Resoluciones citadas en primer término al igual que otras posteriores que las confirman como las de 8, 9, 10, 11 y 14 de octubre de 1991, la de 4 de mayo de 1992 y otras de junio y julio de 1992, resuelven una serie de supuestos prácticos muy similares entre sí, consistentes básicamente en la celebración de contratos de compraventa realizados en serie por una misma entidad con particulares, en que parte del precio se aplaza, garantizándose dicho aplazamiento —que es retribuido mediante la fijación de un interés— por medio de condición resolutoria explícita y de cláusula penal para el caso de incumplimiento. El Registrador consideró abusivas las siguientes cláusulas:

1.ª «El vendedor, al consignar el precio pagado, en el momento de ejercitarse la resolución, podrá deducir directamente dichas cantidades por entender que, en caso de ser aplicable el artículo 1.154 CC, correspondería solicitar judicialmente la moderación de la pena al comprador, y no al vendedor perjudicado por su incumplimiento», lo cual, a juicio del Registrador, suponía invertir la posición procesal de las partes, y en consecuencia, la inversión de la carga de la prueba, con infracción del artículo 10, número 8 de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984 (LCU).

2.ª Además, la calificación del Registrador consideraba que tal cláusula incurría igualmente en la prohibición del artículo 10, número 5 LCU relativa a las «cláusulas en que se impongan al consumidor indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales». No se trata de realizar una valoración cualitativa sobre si la penalización que contiene la escritura es injusta, sino de apreciar la nulidad establecida por la Ley respecto de las cláusulas penales que no sean sustitutivas de una indemnización por daño, sino que tengan mero carácter punitivo y de lucro.

La argumentación parecía bien fundada por cuanto que la propia escritura calificaba la cláusula de «estrictamente penal»; porque —en segundo lugar— concurrentemente con la cláusula penal se pactaba una indemnización por uso durante el período de ocupación del inmueble por el comprador consistente en una cantidad mensual alzada; y porque —por último— se pactaba que en caso de resolución el vendedor adquiriría en pleno dominio las obras e instalaciones hechas por el comprador en el inmueble restituido.

Frente a ello, y frente a la conveniencia de evitar mediante la denegación de tales cláusulas que respecto de las mismas operen las presunciones de validez derivadas de la legitimación registral, la DGRN arguye la ininvocabilidad del artículo 10 LCU por parte de los Registradores, prescindiendo de su propio criterio contrario sentado en la citada Resolución de 7 de septiembre de 1988 en materia de variabilidad de intereses en préstamos hipotecarios. Asimismo, y en la misma línea, la propia DGRN había defendido la denegación de ciertas renuncias abusivas como la de pago y cancelación parcial del crédito hipotecario por ir contra el orden público registral (R. 27 de enero de 1986).

La fundamentación invocada por la Dirección General de los Registros en apoyo de su tesis en materia de tanta trascendencia resulta decepcionante tanto por su parquedad, como por su falta de análisis. Se limita al respecto a señalar que los Registradores —y, por ende, tampoco los Notarios— no pueden invocar una pretendida vulneración del artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 para justificar una calificación denegatoria, porque la limitación de medios de calificación de que

dispone, circunscritos al propio documento calificado y a los asientos del Registro, le impide apreciar si las concretas estipulaciones debatidas tienen carácter abusivo conforme a dicha Ley.

La argumentación que subyace en tal planteamiento parece ser la de evitar un juicio —por vía de calificación registral—, sin contención entre partes, acerca de la aplicación anticipada de la sanción de nulidad a las cláusulas contractuales debatidas. El problema consistiría, pues, en la falta del principio de «audita parte» en el procedimiento registral.

Más matizada era la postura de parte de la doctrina hipotecaria que, apreciando las ventajas del control registral de las cláusulas abusivas en los contratos inscribibles en función de la efectividad y operatividad del mismo, advertían, sin embargo, de la existencia de ciertas dificultades formales en el proceso interpretativo de la aplicación de las normas consumeristas en sede registral. Tales dificultades estriban en lo siguiente:

1.º La inseguridad en la determinación concluyente del carácter de consumidor, con arreglo a su noción legal, del contratante que interviene fuera del marco de su actividad empresarial o profesional habitual, lo cual constituye, sin embargo, presupuesto de aplicación de la legislación consumerista.

2.º La indeterminación de ciertos conceptos jurídicos que conducen a la calificación de la cláusula como abusiva, como son los de «desequilibrio importante de las prestaciones» o el de «exigencias de la buena fe».

3.º Por último, se consideraba un difícil handicap el hecho de que la calificación como abusiva de una cláusula puede determinar, no sólo su ineficacia, sino la de todo el contrato cuando la supresión de aquélla altere el equilibrio equitativo de las prestaciones recíprocas, con ausencia de las partes interesadas en dicho juicio.

Pese a tales dificultades, el criterio restrictivo mantenido por la Dirección General de los Registros y del Notariado ha recibido duras críticas doctrinales, atendiendo fundamentalmente al dato del tiempo social actual en que tiene lugar la aplicación del Código Civil y la legislación hipotecaria en un contexto de sociedad de masas (art. 3, n.º 1 CC). Piénsese que el antiguo concepto de bien inmueble raíz, inmovilizado, ha quedado trasnochado tras la explosión demográfica y el desarrollo del Estado del bienestar, que ha producido la incorporación masiva de la población a la propiedad inmueble, y cuya movilización y masificación ha generado un auténtico «mercado económico» de la propiedad inmobiliaria. A todo ello, se suma el hecho de que siendo el Estado el que recibe el mandato constitucional de protección de los consumidores (art. 51) y el de la organización de la Institución registral (art. 149, n.º 1, 8), parece obvia la conclusión de que

de dicha organización habrán de resultar las facultades suficientes para permitir a los Registradores la defensa del consumidor de viviendas y de servicios financieros referidos al sector inmobiliario.

Ahora bien, lo que en este momento nos planteamos es la forma y medida en que la situación descrita anteriormente se haya podido ver alterada por la promulgación de la Directiva del Consejo de la Comunidad n.º 13 de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

II. LA DIRECTIVA 93/13/CEE, DE 5 DE ABRIL DE 1993

Pues bien, no procede, dado el limitado objeto del presente estudio, realizar en esta sede un análisis exhaustivo sobre el contenido de la Directiva, su ámbito de aplicación, las reglas interpretativas que contiene sobre las condiciones generales de la contratación, los sistemas de control que arbitra frente a las cláusulas abusivas, etc. Por el contrario, las referencias subsiguientes a la Directiva mencionada pretenden tan sólo poner de relieve aquellos aspectos prácticos de la misma que determinan un nuevo «statu quo» de las relaciones entre la calificación registral y los contratos de adhesión, así como subrayar la coincidencia entre ciertos criterios interpretativos extraídos de la legislación civil e hipotecaria común y los preceptos tuitivos de los consumidores sancionados por la Directiva.

1. Coincidencia con las normas civiles ordinarias

Por lo que se refiere a la coincidencia de las normas del moderno Derecho del Consumo con numerosos principios institucionales del Derecho Contractual tradicional proviniente de los Códigos decimonónicos, se ha de subrayar, a los efectos que nos interesan de delimitar el ámbito de la calificación registral, la importancia de este dato, por cuanto que la propia Dirección General de los Registros ha admitido la invocación por los Registradores en apoyo de sus calificaciones de la Ley de Consumidores, cuando se trata de argumentos legales coincidentes con otros emanados del Código Civil.

En este sentido hemos de destacar el hecho de que desde mediados de siglo se constata el fenómeno de la masificación del tráfico jurídico y económico, para cuya fluida canalización las empresas oferentes de bienes y servicios elaboran las denominadas condiciones generales de la contratación que imponen a sus clientes en forma de contratos de adhesión. He ahí las dos notas caracterizadoras de tal fenómeno: la prerredacción unilateral de las cláusulas y su rígida imposición.

Este fenómeno se trata de justificar desde el punto de vista económico por razón de la necesaria rapidez de las operaciones y en atención a la denominada «calculabilidad del riesgo». Desde el punto de vista jurídico, a su vez, los contratos de adhesión se tratan de justificar en base al dogma de la autonomía de la voluntad, que ve en el contrato, como autocomposición de intereses, la realización intrínseca de la Justicia («qui dit contractual, dit juste», según la célebre frase de FOUILLÉ). Sin embargo, en la práctica tales justificaciones venían a encubrir irritantes situaciones de desigualdad entre las partes contratantes, que se erigía en fuente de cláusulas y prácticas abusivas en perjuicio del consumidor o parte débil de la relación contractual. Por ello, ya antes de que se produjese la reacción legislativa frente a tales situaciones (Ley israelí de 1964 sobre contratos «standard», Ley sueca de 1971 sobre prohibición de cláusulas contractuales impropias o excesivas, Ley alemana de 1976, Ley inglesa de 1977, etc., incluyendo nuestra Ley de 1984, elaborada presurosamente por razón de las gravísimas consecuencias sociales derivadas del consumo humano de aceite de colza), antes de la reacción legislativa —digo— la doctrina y la jurisprudencia de los distintos países salieron al paso de tales abusos, luchando contra ellos en base a la axiología contractualista que emanaba de los Códigos decimonónicos.

En nuestro país fue pionero en esta tarea el profesor Federico DE CASTRO, quien abordó el estudio de las condiciones generales de la contratación en su discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia en el año 1960. Tres eran los cauces que el Ordenamiento ofrecía en la lucha contra las cláusulas y condiciones abusivas, a juicio del profesor DE CASTRO, cuyo análisis premonitorio conservan aún gran parte de su valor:

1.° La Ley imperativa. A pesar del carácter liberal e individualista que presidía el espíritu de los Códigos del XIX, desde un principio quedó claro que uno de los límites inmanentes e infranqueables del principio de la autonomía de la voluntad, era el respeto a la ley imperativa, por residual que fueran las normas de tal carácter en la regulación del Derecho contractual («pas de nullité sans loi»). Pero es claro que el *esquema imperativo* de las figuras contractuales típicas fueron reglamentadas con un exquisito respeto a la reciprocidad y equivalencia de las obligaciones.

2.° El orden público. Es un límite, junto a la propia ley y a la moral, al principio de libertad de pacto recogido en el artículo 1.255 del Código Civil. Actualmente se ha de entroncar el concepto de orden público con el de los llamados «valores superiores del Ordenamiento» de que habla el artículo 1.° de nuestra Constitución, y que están llamados a informar permanentemente todas las instituciones jurídicas. Y siendo ello así, es obvio que los pactos leoninos o vejatorios, por inicuos y contrarios a la conmu-

tatividad propia de los contratos onerosos son repudiados por el orden público.

3.º Pero mayor importancia a los efectos de la protección de los consumidores presenta la nueva interpretación de la naturaleza de las «normas dispositivas», es decir, de todas aquellas normas configuradoras de las relaciones contractuales típicas no definitorias de los requisitos de existencia y perfección de los contratos y no sancionatorias de su nulidad, que en principio son meramente supletorias de la voluntad de las partes. Así, se considera que las partes contratantes, si bien se pueden apartar del marco legal definido por las normas dispositivas, ello habrá de ir acompañado, para ser eficaz, de una adecuada justificación causal, permitiendo al contrato seguir cumpliendo la finalidad económica amparada por el Ordenamiento.

De todo ello resulta que los principios consumeristas se localizaban ya en estado gestante en los clásicos principios e instituciones del Derecho contractual, tales como el deber de comportarse de buena fe, la equivalencia de las prestaciones, la prohibición de enriquecimiento injusto, el sistema de la atribución objetiva de la carga de la prueba, etc. Y ello no sólo como valores abstractos inmanentes en el Ordenamiento, sino incluso bajo una clara formulación positiva. Así, podemos citar el artículo 1.102 del Código Civil, sobre nulidad de la renuncia a la acción para exigir responsabilidad por razón de dolo; el artículo 1.200 del Código Civil, sobre la improcedencia de la compensación por deudas que procedan del depósito; el artículo 1.214 del Código Civil, sobre atribución de la carga de la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento; el artículo 1.172 del Código Civil, sobre atribución de la facultad de imputación de pagos exclusivamente al deudor; el artículo 1.256 del Código Civil, sobre imposibilidad de rescisión unilateral del contrato; el artículo 1.288 del Código Civil, sobre interpretación desfavorable para el causante de la oscuridad del pacto; el artículo 1.476 del Código Civil, sobre nulidad del pacto de exención de responsabilidad del vendedor de mala fe en caso de evicción, y el artículo 1.275 del Código Civil, sobre nulidad del contrato con cláusula ilícita o contraria a la moral, es decir, no equitativa, etc.

Pues bien, todo ello es susceptible de calificación registral directa. Pero veamos, además, la influencia en este terreno de la Directiva de 5 de abril de 1993.

2. La ampliación del ámbito de aplicación de la Directiva

Con carácter previo hay que observar que la Directiva que comentamos es una Directiva de mínimos, en el sentido de contener una armonización

legislativa que representa el mínimo común denominador de las respectivas legislaciones consumeristas de los países miembros, y ello con objeto de permitir en buena parte la subsistencia de las normas nacionales que cuentan con un importante grado de desarrollo (muy especialmente en Alemania). A ello se une el dato de la nueva redacción dada al artículo 129-A del Tratado constitutivo de la CEE por el todavía nasciturus Tratado de Maastricht, según el cual las acciones adoptadas por la Comunidad en materia de consumidores no impedirán el mantenimiento por parte de los Estados miembros de medidas de mayor protección.

Precisamente porque nos encontramos ante una Directiva de mínimos que tan sólo contempla una armonización parcial de la materia, es por lo que su aprobación —y con objeto de alcanzar el elevado nivel de protección demandado por el artículo 100-A del Tratado— debe traer como consecuencia una aceleración del proceso abierto de reforma de nuestro Derecho de condiciones generales, actualmente contenido en el artículo 10 LCU, para lo que se cuenta con importantes trabajos prelegislativos como es la propuesta de Anteproyecto de Ley de condiciones generales de la contratación, publicado en el Boletín Oficial del Ministerio de Justicia en el año 1988, y que está llamado a convertirse en la norma de incorporación a nuestro Derecho interno de la Directiva antes de concluir el plazo señalado por ésta al efecto en su artículo 10 del 31 de diciembre de 1994. Por consiguiente, y a reserva de las modificaciones que se puedan operar sobre el citado Anteproyecto que ya fue redactado, considerando la propuesta de Directiva ahora aprobada, así como la Resolución del Consejo de Europa de 16 de noviembre de 1976, realizaremos un análisis conjunto de ambas normas: la Directiva Comunitaria y el proyecto legislativo previsto para su desarrollo en nuestro Derecho interno.

Pues bien, en mi opinión, de la conjunción de ambos textos resulta un estado normativo que supera las dificultades para su aplicación práctica en el fecundo campo extrajudicial representado por las funciones notarial y registral a que habíamos aludido con anterioridad y que han de producir, sin duda, una modificación en el criterio restrictivo expuesto de la Dirección General en atención a la ampliación que opera de su ámbito de aplicación respecto de la actual LCU.

1. Por lo que se refiere al *ámbito material* de aplicación de la Directiva, destaca el hecho de que por primera vez la Comunidad Europea dicta en materia de consumidores una norma horizontal, esto es, no vertical o sectorializada como las que se habían venido dictando hasta la fecha en materia de créditos al consumo, responsabilidad de proveedores de servicios, etc., sino aplicable con carácter general a toda la contratación, incluyendo de forma directa la contratación inmobiliaria y de servicios financieros hipotecarios. Tan sólo quedan excluidos los contratos en que no resultan

comunes las cláusulas tipo, citando la Directiva en su preámbulo entre el grupo de los excluidos los contratos de trabajo, los relativos a derechos sucesorios y al estatuto familiar, así como los relativos a la constitución y estatutos de sociedades, razón por la que la Directiva resultará difícilmente invocable en las calificaciones de los Registradores Mercantiles.

2. De otro lado, en relación con el *ámbito subjetivo,* se prevé una importante novedad en relación con la situación actual definida por el concepto restringido de consumidor del que parte el artículo 1.° de nuestra LCU, englobando en el mismo tan sólo al destinatario final de los bienes o servicios, quedando excluido de su protección el pequeño y mediano empresario que, a su vez, se enfrenta a las condiciones generales prerredactadas por sus respectivos proveedores. Entre otros efectos negativos dicha concepción restringida, desde el punto de vista subjetivo de las personas y entidades susceptibles de protección consumerista, produce el de excluir del ámbito de protección de la Ley de Consumidores al usuario-arrendatario en un contrato de «leasing» o arrendamiento financiero sobre inmuebles, puesto que conforme a la Disposición Adicional 7.ª de la Ley 26/1988, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, se exige que el bien objeto del contrato se destine por el usuario a una explotación agrícola, ganadera, industrial o comercial, dado que en tal caso el usuario por definición no es consumidor final, al integrar el inmueble, a su vez, en un proceso de producción o comercialización.

Pues bien, la novedad surge porque, a pesar de que la Directiva restringe todavía más el concepto de consumidor tutelable al excluir del mismo a las personas jurídicas, incluso siendo destinatarios finales del producto o servicio [art. 2.*b)*], por el contrario el anteproyecto de Ley incluye en su ámbito de protección a la parte débil del contrato, sea ésta un consumidor en sentido estricto o una PYME (art. 1.°). Por tanto, la cuestión no es ya la de si interviene o no un consumidor, sino la de si median o no condiciones generales.

3. Pero la modificación de mayor importancia sobreviene precisamente en relación con el *elemento objetivo* de las condiciones generales. En este punto la Directiva dota al sistema de una gran flexibilidad al sustituir el concepto tradicional de condición general y de contrato de adhesión por el de condición o cláusula no individualmente negociada —que al igual que aquéllas son cláusulas predispuestas e impuestas—, pero que no impiden, en caso de que alguna de ellas haya sido efectivamente negociada, la calificación global del contrato como un contrato de adhesión.

En relación con tales cláusulas tipo se sienta la importante presunción de que no han sido individualmente negociadas, correspondiendo la carga de la prueba en sentido contrario al profesional o empresario predisponente (art. 3, n.° 2). En base a tal esquema, el anteproyecto de Ley establece en

su artículo 8 que las cláusulas de las condiciones generales serán ineficaces cuando perjudiquen, en contra de las exigencias de la buena fe, los intereses del contratante sometido a esas condiciones generales. Hasta aquí el enunciado del artículo viene a coincidir con lo dispuesto sobre cláusulas abusivas por el 10 LCU de 1984. Sin embargo, a continuación y con el propósito deliberado, expresado en el preámbulo del anteproyecto, de evitar la necesidad de una explícita declaración judicial al respecto, se sienta la *presunción* de que tal perjuicio existe cuando se produzca en favor del predisponente una situación injustificada o desproporcionadamente ventajosa atendiendo el tipo contractual de que se trate, o cuando el contenido de las cláusulas impida que el contrato alcance el fin económico protegido por el Ordenamiento jurídico.

Dado el juego de presunciones establecido por la Directiva y por el anteproyecto de Ley, que vienen a excusar mayores pruebas al respecto y a excusar igualmente la necesidad de un juicio valorativo judicial, no cabrá ya invocar la limitación de medios calificatorios con que dota al Registrador el artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

En este mismo orden de cosas, hay que significar que en relación con la situación definida por el artículo 10, n.º 2 LCU, el nuevo esquema normativo integrado por la Directiva y el Anteproyecto de Ley, flexibiliza sus requisitos de aplicación, y así:

a) no es preciso que las cláusulas hayan sido redactadas por quien las imponga, pudiendo haberlo sido por un tercero;

b) desaparece el requisito de que las cláusulas se utilicen por el predisponente en todos sus contratos de forma idéntica, siendo suficiente con que sean generalmente empleadas de forma que sin ser igual, sea sustancialmente parecida, y

c) se exige exclusivamente que el consumidor no haya podido influir en el contenido, no que carezca de la posibilidad de obtener el bien o servicio en caso de rechazar el contrato, lo que podía excluir la protección en caso de estar disponible el mismo por parte de un competidor del oferente.

Por otra parte, desde el punto de vista de los documentos inscribibles, y dado el principio de titulación auténtica que establece el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, es preciso despejar la duda que con frecuencia se plantea respecto de los documentos intervenidos notarialmente, ya que su función indagadora de la voluntad de los otorgantes, previa a la autorización del documento, puede crear la apariencia de contrato negociado, que como tal quedaría fuera de la protección dispensada por la Directiva. Para evitar este efecto contraproducente, y atendiendo a la realidad de la formalización del

documento cuando responde a un clausulado tipo, y puesto que en tales casos la función notarial se limita a la faceta documentadora-autenticadora, el Notario, en cumplimiendo del artículo 147 del Reglamento Notarial debe hacer constar que redacta la escritura bajo minuta, indicando de quién proceden las condiciones generales.

III. CONTROL REGISTRAL DE LAS CONDICIONES GENERALES

Como es sabido, la Directiva, al igual que el Anteproyecto de Ley, diversifica el control de las condiciones generales en dos planos: por un lado el *control de inclusión,* y por otro el control de contenido.

A) El primero, partiendo del carácter contractualista, y no normativista de las condiciones generales, pretende hacer posible el conocimiento real del contenido del contrato por el adherente, mediante la imposición al predisponente de una doble carga u obligación: primero, la de facilitar el acceso al contenido del contrato, y segundo, que este contenido resulte comprensible, por estar redactado de una forma clara, precisa y sin remisión a otros textos (art. 5 Directiva). En caso de oscuridad rige la regla interpretativa «contra proferentem». En esta categoría cabría incluir las denominadas «cláusulas sorpresivas», es decir, aquellas que resultan alejadas de la naturaleza del contrato y respecto de las que el artículo 5 del Anteproyecto sanciona su ineficacia por presumir su desconocimiento por el contratante adherente.

B) Pero desde el punto de vista de la calificación registral, el control que presenta mayor interés es el de *contenido,* que tanto en la Directiva como en el Anteproyecto, al igual que sucede en la actual LCU de 1984, se articula mediante una cláusula de carácter general y una enumeración casuística de supuestos ejemplificadores no cerrada, sino abierta a su ampliación jurisprudencial. Es decir, ha prevalecido el sistema alemán de «numerus apertus», frente al británico de «numerus clausus».

Ya hemos visto anteriormente cómo los conceptos centrales de la cláusula general —en los tres textos legislativos citados— son los de falta de buena fe y desequilibrio importante o desproporcionado de las prestaciones recíprocas. Sobre tales conceptos generales, y al objeto de que su aplicación no requiera expresa declaración judicial, el artículo 8 del Anteproyecto sienta una serie de presunciones sobre concurrencia de los citados requisitos que califican la cláusula como abusiva.

El *efecto derivado de la calificación de una cláusula como abusiva* es el de verse privada de su fuerza vinculante, pero el resto del contrato seguirá siendo obligatorio para las partes si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas, según el artículo 6, n.° 1 de la Directiva. Nuestra actual

Ley de Consumidores nos aclara que la subsistencia requiere que la parte subsistente del contrato no comporte una situación no equitativa para las partes (art. 10, n.º 4). Con ello se opta por la solución de la nulidad parcial del contrato, frente a la de nulidad total, que había sido aplicada por la jurisprudencia alemana con anterioridad a su Ley sobre condiciones generales de 1976 y que despertó numerosas críticas. Se sigue con ello la máxima «utile per inutile non vitiatur».

El problema generado por la nulidad parcial es que la norma sancionadora origina una laguna en la autorregulación contractual, que ha de ser suplida mediante la interpretación integradora con arreglo al resto del clausulado del contrato o incluso mediante la integración normativa, aplicando el derecho dispositivo propio de la figura contractual típica de que se trate a las lagunas producidas. En tales casos, el Registrador ha de verificar que el supuesto de hecho no deriva hacia una nulidad total por imposibilidad de integración interpretativa del contrato (art. 1.289 C.C.), ya que en este supuesto, y afectando la laguna o duda interpretativa a alguno de los elementos principales del contrato, habría de denegar la inscripción completa del documento y no sólo de las cláusulas abusivas (art. 27 del anteproyecto).

Pero decíamos que junto a la cláusula general de control de contenido, existía en la Directiva y en el Anteproyecto una enumeración de cláusulas a las que de forma automática se les aplica el calificativo de abusivas y que, por consiguiente, de forma directa sin juicio valorativo previo alguno, conforme declara ser expresamente su intención el legislador del anteproyecto en su preámbulo, han de ser consideradas ineficaces, y por tanto no podrán acceder al Registro de la Propiedad.

La Directiva contiene un elenco de supuestos relativamente reducido, si bien abierto a su ampliación jurisprudencial, pero que en su condición de norma de mínimos se ve superada por la norma proyectada para su recepción en nuestro Derecho interno, muchas de cuyas cláusulas proscritas tienen una constante presencia en escrituras de préstamo hipotecario o de «leasing» inmobiliario, y que podrán ser combatidas por el expeditivo procedimiento de declararlas subsumidas entre los supuestos de cláusulas prohibidas por el Derecho del Consumo comunitario y nacional. En parte, la enumeración es coincidente con la del artículo 10 LCU, pero ya vimos que esta última tropezó en su aplicación registral con una adversa doctrina de la DGRN. Esquemáticamente expuestas las cláusulas abusivas prohibidas de forma directa son las siguientes:

1.º Reserva de la facultad de interpretar los términos del contrato por el predisponente (art. 9).

2.º Reserva de la facultad de modificar unilateralmente la prestación convenida sin causa objetiva (art. 10).

3.° Reserva de la facultad de resolver unilateralmente el contrato (art. 11).

4.° Limitar al consumidor el ejercicio de la facultad resolutoria del artículo 1.124 del Código Civil y de las acciones civiles por mora del empresario (art. 12).

5.° Prohibición de compensar los créditos del consumidor con los del predisponente (art. 13).

6.° La obligación de adquirir bienes o servicios complementarios no solicitados expresamente por el consumidor (art. 15).

7.° Prohibición de ventas a plazos en que no se expresen todas las condiciones de intereses, plazos y formas de pago (art. 16).

8.° En las cláusulas de concesión de crédito no se pueden exigir garantías que carezcan de proporcionalidad con los riesgos asumidos (art. 17).

9.° Privación del derecho del consumidor a desistir del contrato en caso de vicios o defectos ocultos (art. 18).

10.° Las cláusulas en que se imponga al comprador de una vivienda el pago de los gastos de titulación previa (art. 19).

11.° La exclusión de la responsabilidad por dolo o culpa grave del contratante que impone las condiciones generales (art. 20).

12.° La cláusula penal deberá consistir en una indemnización de daños y perjuicios razonables. No cabe la cláusula penal meramente punitiva (art. 21).

13.° Pacto de sumisión a fuero distinto del domicilio del consumidor (art. 22).

14.° Pactos de alteración de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor (art. 23).

15.° Imputación al consumidor de errores de terceros (art. 24).

16.° Obligatoriedad a efectos de notificaciones del domicilio consignado en el contrato (art. 25).

IV. ACCIONES JUDICIALES DE TUTELA

Por último, en relación con las acciones judiciales de tutela de los derechos del consumidor, hay que destacar que la Directiva, siguiendo el Derecho alemán, ha arbitrado dos tipos de controles judiciales, uno de tipo individual y accidental —que consiste en la potestad que corresponde al consumidor afectado de impugnar las cláusulas abusivas de su contrato—, y el control de tipo general o abstracto, que es el que representa la novedad en esta materia (art. 7, n.° 2).

Este último tipo de control consiste en la atribución de legitimación a ciertas organizaciones (Cámaras de Comercio, Asociaciones de Consumido-

res, etc.) para el ejercicio de la acción de cesación en la utilización de cláusulas abusivas, incluso de manera preventiva. No añade nada la Directiva respecto de la eficacia inhibitoria de la sentencia estimatoria —consistente en la prohibición de la utilización de estas cláusulas en el futuro— ni sobre la eficacia «ultra partes» de aquélla. Sin embargo, sí que se contienen previsiones al respecto en el anteproyecto de Ley, de forma que, con arreglo al artículo 36 del mismo, la obligación de eliminar la cláusula declarada abusiva de las condiciones generales de la empresa demandada, afectará también a las demás empresas del mismo sector (Idem. art. 3 de la Ley del Contrato del Seguro de 1980).

Dos últimas observaciones relativas al procedimiento judicial de control abstracto o general, visto desde la perspectiva registral:

1) Obviamente, serán de aplicación y control registral no sólo las cláusulas abusivas incluidas en el listado casuístico incorporado a la Directiva y al anteproyecto español, sino también aquéllas otras que vayan enriqueciendo tal elenco por consecuencia de los pronunciamientos jurisprudenciales racaídos en tales procedimientos.

2) Se prevé la publicidad cuasi-registral, a través del Boletín Oficial del Registro Mercantil, tanto de la interposición de la demanda, como de la sentencia firme recaída en el citado procedimiento, lo que se justifica en atención a la eficacia «ultra partes» de aquélla, que, por tanto, puede afectar a empresas no personadas en el procedimiento.

JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE
Registrador de la Propiedad

La sucesión *iure transmissionis,* el concurso de delaciones en un mismo heredero y el impuesto de sucesiones

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. SI EL TRANSMISARIO SUCEDE EN LA HERENCIA DEL PRIMER CAUSANTE A ESTE O AL SEGUNDO CAUSANTE: PLANTEAMIENTO TEORICO.—III. SI EL TRANSMISARIO SUCEDE EN LA HERENCIA DEL PRIMER CAUSANTE A ESTE O AL SEGUNDO CAUSANTE. PLANTEAMIENTO PRACTICO. 1. Capacidad. 2. Colación. 3. Los legitimarios del transmitente. 4. Los acreedores del transmitente.—IV. RECAPITULACION.—SI EL TRANSMISARIO PUEDE REPUDIAR, EN CUANTO TAL, LA HERENCIA DEL PRIMER CAUSANTE Y ACEPTARLA DESPUES EN VIRTUD DE OTRO TITULO; SI LE ES DIFERIDO: 1 Planteamiento de la cuestión. 2. El artículo 1 009 del Código Civil no es nunca de aplicación directa al supuesto planteado.

I. INTRODUCCION

El artículo 1.006 del Código Civil concede a los herederos de un heredero que muere sin aceptar ni repudiar la herencia el mismo derecho que éste tenía a aceptarla o repudiarla. Se produce, *ope legis,* una transmisión del *ius delationis* del primer heredero a los de éste. Estamos, pues, ante dos sucesiones. La de un primer causante en favor de su heredero, que muere sin repudiar ni aceptar la herencia, y la de éste, segundo causante, en favor, a su vez, de sus propios herederos. Estos, transmisarios, si aceptan la herencia del segundo causante, transmitente, reciben, ínsito en ella, el derecho a aceptar o a repudiar la herencia del primer causante y pueden ejercitarlo en uno u otro sentido. Pero lo que no pueden hacer es repudiar la herencia del transmitente y aceptar la del primer causante, ya que sólo pueden adquirir ésta en virtud del *ius delationis* que se encuentra en la herencia del

transmitente y si repudian ésta ya no reciben el derecho a aceptar o repudiar la herencia del primer causante ínsito en ella.

La sucesión *iure transmissionis* plantea, entre otras, la cuestión de si el transmisario sucede al primer o al segundo causante. ¿Se puede decir que el transmisario es heredero directo del primer causante en la herencia de éste o, por el contrario, sólo es heredero del transmitente, también por lo que se refiere a la herencia del primer causante? La doctrina no es unánime en la respuesta a esta cuestión. Se ha dicho que la doctrina dominante (1) piensa que el transmisario es heredero del segundo causante y no del primero. Incluso ALBALADEJO (2), defensor de la postura contraria, en un trabajo publicado en 1952, llegó a admitir que su posición era minoritaria. Pero hay que advertir, que, al menos por lo que respecta la doctrina española, a partir de dicha fecha han surgido un buen número de opiniones (3) que se inclinan por la postura que se había calificado de minoritaria y que sugieren la necesidad de replantear la valoración de mayoritaria o minori-

---

(1) LACRUZ: *Derecho de Sucesiones,* Barcelona, 1981, pág 55.

(2) ALBALADEJO: «La Sucesión *iure transmissionis*», en *ADC,* 1952, pág 955.

(3) DÍEZ PICAZO-GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil IV,* Madrid, 1983, pág. 411: «¿A quién sucede el adquirente del *ius delationis* por transmisión *mortis causa,* a su causante y al causante de éste, o sólo al primero? Entendemos que no hay una única sucesión. el adquirente sucede a su causante, y en su herencia, como un elemento más, se encuentra el derecho de aceptar o repudiar una sucesión a la que fue llamado su causante, que es otra sucesión» VALLET DE GOYTISOLO, en *Panorama del Derecho de Sucesiones II,* Madrid, 1984, pág. 400 «Pensamos lo mismo que BIONDI (siempre se adquiere por derecho propio) y, por ende, aceptamos la explicación de ALBALADEJO ..» JORDANO FRAGA: *La sucesión en el* ius delationis, Madrid, 1990, pág. 317. «Hay, pues, dos sucesiones: dos herencias y dos delaciones a ellas relativas, que funcionan con independencia.. otro corolario de la independencia de sucesiones del primer causante y transmitente, y, consecuentemente, de la independencia de las respectivas delaciones —independencia, se insiste, matizada por la necesidad de adquirir la herencia del llamado-transmitente para adquirir la delación para la primera herencia—, es que el transmisario, que es ya necesariamente, para ser tal, heredero del llamado-transmitente. cuando, además, adquiera la herencia del primer causante, será, también, con todas las consecuencias: favorables y desfavorables, heredero del primer causante» GETE ALONSO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* dirigidos por Manuel Albaladejo, vol. XXIX-3, Madrid, 1986, pág 283, también entiende que en la herencia del primer causante se sucede directamente de éste, con independencia de la manera de suceder en la del transmitente y para ella tal postura encuentra apoyo en la regulación del artículo 258-2 de la Compilación catalana (actualmente el artículo 29 del Codi de successions) que en el caso de que haya varios transmisarios concede a éstos un derecho preferente de acrecer entre ellos en el caso de que alguno de ellos repudie la herencia del primer causante PUIG FERRIOL-ROCA TRÍAS: *Fundamentos de Derecho Civil de Cataluña,* t III, vol 1.º, Barcelona, 1979, pág. 131, también se inclinan por que el transmisario sucede al primer causante. HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS: «La transmisión del ius delationis», en *Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo,* vol. IV, Madrid, 1988. pág. 483: «En síntesis, si el transmisario, previa aceptación de la herencia del transmitente, acepta la del primer causante, se hace heredero directo de éste, independientemente de ser heredero de aquél».

taria de dichas opiniones para concluir, quizá, con HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS (4) que, actualmente, la generalidad de la doctrina sigue la teoría de ALBALADEJO.

La consideración de un problema concreto me ha llevado a plantear de nuevo esta cuestión. En esta ocasión el problema no es de índole civil, sino fiscal: el impuesto de sucesiones. Pongamos un ejemplo. Un matrimonio sufre un accidente de coche. El marido fallece inmediatamente y la mujer es ingresada en el hospital en un estado crítico. El testamento del marido designa como heredera a la mujer. Su único hijo ha recibido la legítima en vida. La mujer fallece a la semana del accidente sin haber aceptado ni repudiado la herencia del marido. El heredero de la mujer es el único hijo de ambos. El hijo acepta la herencia de la madre y, en virtud del *ius transmissionis,* la herencia del padre. Pues bien, la cuestión de si el transmisario —el hijo— adquiere la herencia del primer causante —el padre— directamente de éste o del transmitente —la madre— tiene una enorme trascendencia fiscal. Podemos pensar en una alternativa triple de liquidación del impuesto de sucesiones:

1) Poniéndonos en la situación más gravosa para el contribuyente, si se partiese de que el hijo sucede, también en la herencia paterna, a la madre, tendríamos que concluir que ha habido una doble transmisión de la herencia paterna: primero del padre o la madre y, después, de la madre al hijo. En efecto, como dice LACRUZ (5), al ejercer el transmisario el *ius delationis,* aceptando la herencia del primer causante, «la herencia transmitida recae en la del transmitente». Lo cual implica que el tránsito de los bienes del padre al hijo se haría en dos fases y cada una de ellas se vería sujeta a la liquidación del impuesto de sucesiones. Con el agravante de que en la segunda transmisión, al sumarse el valor de la herencia paterna al valor de la materna, el tipo impositivo será mayor que el que corresponde en la primera transmisión.

2) Aun partiendo de que el transmisario sea heredero del segundo causante y no del primero, se podría defender que, en cuanto a la herencia paterna, ha habido una única transmisión y, por tanto, sólo se vería sujeta a una única liquidación del impuesto de sucesiones, pero lo que no se podría evitar es que el valor de la herencia paterna se sumase al valor de la herencia materna, originando una base liquidable más alta, sujeta a un tipo de gravamen superior. El argumento para defender una sola liquidación del impuesto de sucesiones por la herencia paterna es que la madre no llega a adquirir la herencia paterna en ningún momento, sino el *ius delationis* y por

(4) *Op. cit.,* pág. 484 *in fine.*
(5) *Derecho de Sucesiones I.* Barcelona, 1971, pág. 74, nota 6.

esta adquisición no habría de tributar. Aunque si consideramos que el *ius delationis* tiene un valor patrimonial este argumento perdería fuerza. Lo que sucede es que desde un punto de vista práctico de política fiscal quizá sería poco equitativo en un caso como éste proceder a una doble liquidación del impuesto de sucesiones.

3) En cambio si partimos de que el transmisario hereda directamente al primer causante por la adquisición de los bienes paternos, la herencia paterna sólo daría lugar a una única liquidación del impuesto de sucesiones, independiente de la liquidación del impuesto de sucesiones correspondiente a la herencia materna.

Un ejemplo numérico nos ayudará a calibrar la importancia de la cuestión. Imaginemos que el valor de la herencia del padre es de 20 millones y el de la herencia materna otros tantos. Advirtamos ahora que este impuesto (6) tiene la particularidad de que la cuota tributaria no es la cuota íntegra, es decir, la que resulta de aplicar el tipo impositivo a la base liquidable, sino que a la misma se habrá de aplicar un coeficiente multiplicador que varía según el grado de parentesco entre causante y heredero y el patrimonio preexistente del sucesor. Esto tiene su trascendencia como veremos más adelante, pero en este primer ejemplo, para simplificar las cosas se ha partido de un supuesto en que el coeficiente multiplicador es 1. Se han tomado las tarifas vigentes en el momento de elaborar este trabajo del impuesto de sucesiones (las aprobadas por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1992). Las cuotas a pagar por dicho impuesto serán las siguientes:

Alternativa 1: Se entiende que el transmisario (hijo) hereda sólo al segundo causante (la madre) y hay dos liquidaciones del impuesto de sucesiones:

a) En primer lugar habría que liquidar el tránsito de los bienes del primer causante (padre) al segundo (madre):

Base imponible: 20.000.000.

Base liquidable: 20.000.000 — 2.386.000 (reducción en la base imponible que el artículo 20.1 de la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones concede a las adquisiciones por el cónyuge) = 17.614.000.

Cuota: Por las primeras 11.930.000, 1.368.968.

Por el resto: 5.684.000 al 16,15 por 100, 917.966.

Total: 2.286.934 (tipo medio 12,98 por 100).

---

(6) Regulado por Ley 29/1987, de 18 de diciembre y por Reglamento aprobado por Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre.

b) En segundo lugar el tránsito de los bienes del segundo causante (madre) al transmisario (hijo). Habría que sumar al valor de la herencia materna, los veinte millones de la del marido.

Base imponible: 40.000.000.

Base liquidable: 40.000.000 — 2.386.000 = 37.614.000.

Cuota: Por las primeras 23.850.000, 3.446.028.

Por el resto: 13.764.000 al 21,25 por 100, 2.924.850.

Total: 6.370.878 (tipo medio 16,94 por 100).

Total a ingresar: 2.286.934 + 6.370.878 = 8.657.812.

Alternativa 2: El transmisario (hijo) hereda del segundo causante (la madre), pero hay una única liquidación del impuesto de sucesiones.

En este supuesto las cuotas a pagar por el impuesto de sucesiones se reducirían a la letra *b* de la alternativa 1, es decir: 6.370.878.

Alternativa 3: Se entiende que el transmisario (hijo) sucede al primer causante (padre) y al segundo (madre), a cada uno en su herencia.

En esta alternativa hay dos sucesiones independientes cada una de las cuales está sujeta a su correspondiente liquidación del impuesto de sucesiones. Como hemos supuesto un valor igual en las dos herencias, la cuota a pagar será igual en ambos casos.

Base imponible: 20.000.000.

Base liquidable: 20.000.000 — 2.386.000 = 17.614.000.

Cuota a pagar: Por las primeras 11.930.000, 1.368.968.

Por el resto: 5.684.000 al 16,15 por 100, 917.966.

Total: 2.286.934 (tipo medio 12,98 por 100).

Cuota a pagar por las dos sucesiones: 2.286.934 × 2 = 4.573.868.

Si comparamos la alternativa 3 y 1 veremos que la diferencia entre ambas no está sólo en que en ésta hay que pagar dos veces el impuesto de sucesiones por la herencia paterna —por la transmisión del padre a la madre y por la de ésta al hijo—. Si así fuera bastaría con sumar a los 4.573.868 de la alternativa tres, la cuota a pagar por una nueva transmisión de la herencia paterna que según hemos calculado es 2.286.934, lo que daría 6.860.802 pesetas, cifra inferior a la que realmente hay que ingresar. A dicha diferencia hay que añadir otra: al sumarse la herencia paterna y materna, dando una base imponible más alta, se aplican unos tipos más altos que afectan tanto a lo que sería la segunda transmisión de la herencia paterna como a la transmisión de la herencia materna. Así, en dicha alternativa uno, la cuota a pagar total asciende a una cantidad superior: 8.657.812.

Vemos, pues, que si partimos de la teoría de que el transmisario sucede directamente al primer causante en la herencia de éste, los impuestos a pagar en el caso del ejemplo ascienden a 4,5 millones. En cambio, si

entendemos que el transmisario sucede al segundo causante, los impuestos a pagar ascienden, en el peor de los casos, a 8,6 millones de pesetas y, en el mejor, a 6,3 millones.

Pero, dada la peculiaridad que presenta la liquidación del impuesto de sucesiones de que a la cuota hay que aplicarle un coeficiente multiplicador según el grado del parentesco del sucesor con el causante (art. 66 de la Ley del Impuesto de Sucesiones), la tesis de que el transmisario sucede al primer causante no es la que favorece siempre una liquidación menos gravosa de dicho impuesto. La favorecerá si se entiende que el tránsito de los bienes del primer causante al transmisario está sujeto a una doble liquidación del impuesto de sucesiones (alternativa 1), pero si admitimos que, la adopción de dicha tesis permite una única liquidación (alternativa 2), hay algunos supuestos en que no es así. Pensemos que el primer causante es un padre cuyo heredero es su único hijo. Este fallece sin aceptar ni repudiar la herencia y la heredera es su mujer; no tienen hijos. Suponemos el mismo valor líquido en las herencias de ambos causantes, 100 millones cada una.

Prescindimos de la alternativa 1, pues ésta siempre resultaría más gravosa.

Alternativa 2: El transmisario (esposa del hijo) sucede al segundo causante (hijo), pero sólo hay una liquidación del impuesto de sucesiones.

Base imponible: 200.000.000.

Base liquidable: 200.000.000 — 2.386.000 = 197.614.000.

Cuota íntegra: Por las primeras 119.250.000, 29.800.278.

Por el resto: 78.634.000 al 34 por 100, 26.643.760.

Total cuota íntegra: 56.444.038.

Cuota tributaria: 56.444.038 × 1 = 56.444.038.

Alternativa 3: El transmisario (esposa del hijo) sucede al primer causante (padre del hijo) y al segundo (hijo), a cada uno en su herencia.

a) Por un lado se habría de liquidar la sucesión de la herencia del padre a la esposa del hijo.

Base imponible: 100.000.000.

Base liquidable: 100.000.000 — 1.193.000 = 98.807.000 (la reducción en virtud de parentesco es menor).

Cuota íntegra: Por las primeras 59.625.000, 12.061.840.

Por el resto: 39.182.000 al 29,75 por 100, 11.656.045.

Total cuota: 23.717.885.

Pero, además, el artículo 66 de la Ley del impuesto de sucesiones establece un coeficiente multiplicador del 1.5882 para el caso de que el heredero sea un descendiente por afinidad del causante, coeficiente que no existe si es un descendiente por consanguinidad. Por tanto,

Cuota tributaria: 23.717.885 × 1.5882 = 37.668.744.

b) Por otro lado se habría de liquidar la transmisión de la herencia del segundo causante (hijo) a su esposa (transmisario).

Base imponible: 100.000.000.

Base liquidable: 100.000.000 — 2.386.000 = 97.614.000.

Cuota íntegra: Por las primeras 59.625.000, 12.061.840.

Por el resto: 37.989.000 al 29,75 por 100, 11.301.727.

Total cuota: 12.061.840 + 11.301.727 = 23.363.567.

En total, según la alternativa 3, habría que pagar: 37.668.744 + 23.363.567 = 61.032.311.

Vemos, pues, que en este caso, la ventaja que, desde el punto de vista de la liquidación del impuesto de sucesiones, supone ver en la sucesión *iure transmissionis* dos sucesiones independientes, porque así se evita una acumulación de base imponible con la consiguiente aplicación de un tipo superior, dada la progresividad de las tarifas impositivas, viene anulada por la aplicación de un coeficiente multiplicador a la sucesión del primer causante, dado el grado de parentesco que existe entre éste y el transmisario.

II. SI EL TRANSMISARIO SUCEDE EN LA HERENCIA DEL PRIMER CAUSANTE A ESTE O AL SEGUNDO CAUSANTE: PLANTEAMIENTO TEORICO

En primer lugar, nos podemos plantear la cuestión desde un punto de vista, digamos, teórico, viendo friamente cómo suceden las cosas. Desde este punto de vista constatamos que el transmitente no ha adquirido la herencia del primer causante en ningún momento, sino sólo el *ius delationis*. Con este punto de partida difícilmente podemos concluir que el transmisario adquiera del transmitente la herencia del primer causante y, por tanto, sea heredero de aquél (segundo causante), también en la herencia de éste (primer causante), ya que no puede recibir de él algo que no se encontraba en su patrimonio. Por tanto, si no es heredero del segundo causante tendrá que ser heredero directo del primer causante. Y en este fundamento, entre otros, se apoyan los autores que opinan que el transmisario sucede al primer causante: Así, ALBALADEJO (7): «Creemos que es sucesor del transmitente en el *ius delationis* y sucesor del primer causante en la herencia de éste. Pero sucesor de éste —directamente-recta vía— y no a través del transmitente. Este es sólo un órgano que transmitió el derecho a aceptar. Es evidente que el transmitente no transmite al adquirente la herencia del

(7) *Op. cit.*, págs. 953 y 954

primer causante, sino el derecho a adquirirla. El transmisario sucede, pues, al transmitente en su herencia. En ésta encuentra el *ius delationis,* y al ejercitarlo, aceptando, se convierte también en sucesor del primer causante, cuya herencia no llegó a hacer suya el transmitente». «El transmitente no transmitió un derecho a tenor del cual el adquirente pueda hacer que la herencia hubiese sido del transmitente. El transmitente sólo transmitió un derecho a hacer la herencia del que la aceptase». En el mismo sentido BARASSI (8): «Porque en realidad la delación no transmite la herencia, sólo atribuye el derecho a adquirir la herencia: la transmisión tiene lugar sólo con la aceptación. Por lo que los herederos que adquieren la herencia ofrecida al difunto... la adquieren directamente del causante que ha dejado dicha herencia». También BARBERO (9) precisa que el transmisario «del propio causahabiente adquiere sólo el derecho de adquirir (aceptándola) la herencia a él deferida», por lo tanto, «la herencia misma, con la aceptación, se adquiere del primer causante». Y CICU (10): «... no se puede deducir que Tercero (transmisario), aceptando la herencia de Primero (primer causante) no sea su heredero, sino solamente heredero de Segundo (transmitente). Esto sería exacto si se pudiese considerar a Segundo, transmitente, como ya heredero, como si ya hubiese aceptado la herencia de Primero... ahora bien, si Segundo no había todavía llegado a ser heredero, y si Tercero lo llega a ser sólo en cuanto acepte, además de la herencia de Segundo, también la de Primero, heredero de éste no puede ser más que Tercero...»

No impide mantener dicha teoría el que, como reconocen sus partidarios, el transmitente haya sido el vehículo por el que el *ius delationis* ha ido a parar al adquirente (11), es decir, que el transmisario haya de ser necesariamente heredero del transmitente. El transmisario adquiere la herencia del causante en virtud de que es heredero del transmitente, pero eso no significa que la adquiera de éste.

El planteamiento que acabamos de realizar lleva a concluir que la tesis de que el transmisario es heredero del primer causante sólo es admisible en los sistemas romanos de adquisición de la herencia (adquisición mediante la aceptación), mientras que en los sistemas germánicos de adquisición de la herencia (el heredero adquiere la herencia *ipso iure,* sin necesidad de

---

(8) *Le Successioni per Causa di Morte,* Milano, 1947, pág. 79

(9) *Sistema Istituzionale del Diritto Privato Italiano, II,* Torino, 1949, núm. 1035.

(10) *Derecho de Sucesiones. Parte General.* Traducido por José María González Porras. Anotado por Manuel ALBALADEJO, Bolonia, 1964, pág. 268

(11) ALBALADEJO, *op cit.,* pág 954 JORDANO FRAGA, *op. cit.,* pág 317, habla de una adquisición derivativa de la delación para la primera herencia. BARASSI, *op.* y *loc. cit,* «los herederos tienen la facultad de aceptar en cuanto les ha sido transmitida por el premuerto» (a la aceptación o repudiación, no a la muerte del primer causante).

aceptación, con la delación, como heredero provisional; sin embargo también tiene un plazo para aceptar o repudiar la herencia y la aceptación significa una renuncia al derecho de repudiar la herencia y le convierte en heredero definitivo) habrá que considerar al transmisario sucesor del transmitente, también en la herencia del primer causante, ya que había sido adquirida por el transmisario. En este sentido se pronuncia ALBALADEJO (12): «En estos sistemas (germánicos), el sucesor del heredero provisional (es decir, del heredero que hubiese muerto sin aceptar ni repudiar), sucede a *ese* heredero provisional lo mismo en su herencia que en la del primer causante, del que el transmitente *era ya* heredero, aunque provisional... En definitiva, en los sistemas de adquisición de la herencia *ipso iure* hay dos transmisiones de la herencia del primer causante. Una, del primer causante al transmitente (que por haber muerto sin aceptar ni repudiar, murió siendo heredero provisional). Y otra, del transmitente a su sucesor».

Ahora bien, esta conclusión que, lógicamente, se nos presenta casi como necesaria e irrebatible no es compartida por todos. JORDANO FRAGA (13), en su monografía sobre la sucesión en el *ius delationis,* mantiene que el transmisario sucede al primer causante, incluso en los sistemas germánicos de adquisición de la herencia. Comienza dicho autor aclarando que la existencia del artículo 1.006 del Código Civil, es decir, el reconocimiento por un ordenamiento jurídico del *ius transmissionis* no implica la adopción del sistema romano de adquisición de la herencia: «... tanto en el sistema romano como en el germánico existe un genuino *ius delationis* respecto del cual es suscitable el problema de su transmisibilidad (...) en favor de los herederos del llamado, cuando éste fallece sin haberlo ejercitado...» «Esto... es lo fundamental, y lo accesorio es que la distancia técnica de regulación que ambos sistemas siguen... dé un contenido diverso a ese *ius delationis* en el que, en su caso, se sucede... los sucesores del llamado transmitente en el sistema romano pueden aceptar o repudiar la herencia del primer causante; y... sus sucesores en el sistema germánico, que reciben con la herencia del transmitente la titularidad provisional de la del primer causante que aquél tenía, ... al recibir, al mismo tiempo, ... la posibilidad de repudiarla que también tenía el transmitente..., pueden, igualmente, aceptar la herencia del primer causante... o pueden repudiarla...». Pero para JORDANO FRAGA (14) también en el sistema germánico el transmisario que acepta (además de la herencia del transmitente) la herencia del primer causante se convierte en heredero de dicho primer causante. ¿Mas —nos preguntamos— cómo se va a convertir en heredero del primer causante, si heredero, como hemos visto antes, ya lo era

(12) *Op. cit*, pág. 958, nota 107.
(13) *Op. cit.*, pág 55, *in fine* y 56 *in fine*
(14) *Op cit*, pág. 59

el transmitente y de éste recibe la herencia del primer causante que ya se encontraba en el patrimonio del transmitente? Bien, la explicación de este autor es la siguiente: en la transmisión del *ius delationis* (15) del sistema germánico el transmisario recibe «la misma cualidad de heredero provisional del primer causante y la misma posibilidad de repudiar o adquirir definitivamente esta primera herencia». Si lo que recibe del transmitente es la cualidad de heredero del primer causante, la conclusión es irrebatible: también en el sistema germánico el transmisario es heredero del primer causante. ¿Dónde está la razón de la divergencia con la conclusión de ALBALADEJO?: en la otra premisa del silogismo, en el concepto de adquisición de la herencia según el sistema germánico. Quizá sería difícil mantener que, según este sistema, lo que adquiere el llamado *ipso iure* no es la herencia, sino sólo la cualidad de heredero provisional de su causante, mientras que la adquisición de la herencia depende de la voluntad del llamado, pues ¿cómo adquirir la cualidad de heredero y no la herencia? Pero sí podría pensarse que en los sistemas germánicos, cuando un heredero fallece sin haber ejercitado el *ius delationis* respecto a la herencia de un primer causante y transmite a sus herederos, además de la herencia ya adquirida automáticamente, aunque de modo provisional, el *ius delationis,* éste, aparte de la posibilidad de rechazar la herencia o adquirirla definitivamente, lleva aneja la transmisión de la cualidad de heredero. Es decir, cuando un heredero recibe un bien de su causante, que éste ha heredado, a su vez, de un primer causante, sólo recibe la propiedad de ese bien, y no la cualidad de heredero en ese bien del primer causante, pero si lo hereda del segundo causante, antes del ejercicio del *ius delationis* por éste, recibe, también la cualidad de heredero de ese bien. Así, JORDANO FRAGA (16) dice que: «Según el denominado, por contraposición al anterior, sistema germánico, la eficacia del llamamiento... atribuye al llamado la cualidad de heredero provisional... de su causante» y que «en este sistema la adquisición de la herencia depende de la voluntad del llamado: de ahí el carácter provisional de su investidura de la cualidad de heredero del causante». Sin embargo, KIPP (17), al referirse al parágrafo 1952, ap. 1 del BGB (El derecho del heredero de repudiar la herencia es heredable) se limita a decir que «el heredero provisional transmite hereditariamente la herencia a sus herederos» y «también el derecho de repudiar» sin incluir también la cualidad de heredero provisional. Y BINDER (18), para el derecho alemán,

(15) *Op cit.*, pág. 59

(16) *Op. cit.*, pág. 50.

(17) «Derecho de Sucesiones», t. V, vol. 1.º, pág. 285, en *Tratado de Derecho Civil,* de ENNECERUS/KIPP/WOLFF, traducción de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER y notas de ROCA SASTRE.

(18) *Derecho de Sucesiones.* Traducción y notas de LACRUZ, Barcelona, 1953, pág. 26.

precisa que «el que ingresa en la herencia mediante derecho de transmisión la adquiere, no como heredero del primer causante, sino del primeramente llamado a ella». Bien es verdad que JORDANO FRAGA admite que la cualidad de heredero provisional conlleva el ser «titular provisional de las relaciones hereditarias» y que al establecer que «la adquisición definitiva de la herencia es, también aquí, resultado que depende de la voluntad del llamado a la sucesión» admite que antes ha habido ya una adquisición provisional. Pero si esto es así, ¿qué razón hay para que en los sistemas germánicos si el transmitente ya es heredero de la herencia del primer causante transmita al transmisario, junto con la herencia de aquél la cualidad de heredero provisional? Aunque hay que admitir que al punto de vista de JORDANO FRAGA también se le puede encontrar una justificación: explicar que el transmisario pueda repudiar la herencia del primer causante. En efecto, parece que la facultad de repudiar una herencia sólo podría corresponder al heredero. Si el transmisario puede hacerlo es porque ha recibido del transmitente, también, la cualidad de heredero provisional.

En cambio, los partidarios de considerar al transmisario heredero del transmitente y no del primer causante parten de la siguiente consideración: la solución contraria llevaría a la paradoja de que en caso de sucesión testamentaria del primer causante podría resultar heredero una persona ajena a su voluntad testamentaria. Y en el caso de sucesión legal una persona ajena a cualquier relación de parentesco en la que se basa la ley para deferir la herencia. ¿Cómo se puede llamar heredero de una persona a quien no es llamado ni por la ley ni por el testamento a sucederla? «La ley no puede hacer que el transmisario sea directamente llamado a ella, puesto que el primer causante no ha pensado en él ni lo ha nombrado en el testamento», dice LACRUZ (19). Desde este punto de vista es más fácil admitir que el transmisario es heredero del segundo causante. Añade LACRUZ (20) que «... no hallo en el Código Civil apoyo para la tesis de la adquisición directa. A la vista de los artículos 657 y 661 en relación con el 989, parece más conforme a la intención del legislador estimar que la herencia transmitida recae en la del transmitente, que es quien realmente ha sido instituido heredero. Esa será, también, la presumible voluntad del primer causante, que ni ha entendido ni podría dejar su herencia a quien designe otra persona (en el caso, el instituido heredero)». ALBALADEJO (21) rebate este argumento diciendo que «carece de validez afirmar que heredero sólo puede serlo el llamado (...), pues heredero es el que sucede a título universal, aunque el derecho a tal sucesión no lo tenga por ser llamado a ella, sino por haberlo

(19) *Op. cit.*, pág 56.
(20) *Derecho de Sucesiones I.* Barcelona, 1971, pág 74
(21) *Op. cit*, pág 955.

adquirido del llamado». Aunque quizá también podríamos entender que el transmisario es llamado a la herencia del primer causante si admitimos que, junto con la sucesión legítima a que hace referencia el artículo 658 del Código Civil, fundada en la relación de parentesco entre causante y heredero, hay otra clase de sucesión legítima ordenada por la ley en el supuesto especial del artículo 1.006 del Código Civil, en virtud de la cual se llama a suceder no a los que guardan una relación de parentesco con el causante, sino a los herederos que acepten la herencia del primer causante que muere sin aceptar ni repudiar la herencia. Aunque ALBALADEJO (22) entiende que no hay un segundo llamamiento en favor de los herederos del segundo causante, sino que subsiste la delación en favor del segundo causante, pero subrogándose en su lugar sus herederos: «Subsiste esta delación; es decir, subsiste el *ius delationis* que nació del primer llamamiento. Pero con la muerte de su titular, tal *ius* se transmite a sus sucesores. Por lo cual cambia el sujeto que puede adquirir la herencia, una sola vez diferida. Pero el derecho en base al que la adquirirá sigue siendo el mismo que tenía su transmitente». «Y, por tanto, estimamos que es inexacta la construcción del fenómeno en el sentido de creer que no hay transmisión del *ius delationis,* sino llamamiento potencial a favor de los sucesores del llamado actualmente, cuyo llamamiento potencial, al convertirse en actual, cuando muere este llamado, hace innecesaria la transmisión del *ius delationis*».

Pienso que, desde el punto de vista teórico, estos son los argumentos más fuertes en favor de una y otra tesis. En mi opinión, la tesis de que el transmisario adquiere la herencia del primer causante directamente de éste presenta un argumento más sólido, si bien ha de resolver la dificultad que plantean sus opositores. Dificultad que parece más fácil de resolver que explicar cómo el transmisario adquiere del transmitente una herencia que aún no se hallaba en el patrimonio de éste. De todas formas, aun admitiendo que el transmisario adquiera la herencia del primer causante directamente de éste, es verdad que la adquiere a través de un *ius delationis* recibido del transmitente. Por eso, también es cierto que el intelecto, aunque se incline hacia una de las dos posturas, está dispuesto a conceder un cierto punto de razón a la otra, de tal forma que ambas tesis se presentan como defendibles. Y si el intelecto busca decidirse por una u otra tesis, antes de decidirse, le gustaría saber a efectos de qué hay que considerar al transmisario adquirente del transmitente o del segundo causante, es decir, valorar el alcance práctico de la cuestión.

(22) *Op. cit.*, pág. 945

III. SI EL TRANSMISARIO SUCEDE EN LA HERENCIA DEL PRIMER CAUSANTE A ESTE O AL SEGUNDO CAUSANTE: PLANTEAMIENTO PRACTICO

En la sucesión *iure transmissionis* se plantean una serie de cuestiones prácticas que examinaremos a continuación: Si el transmisario ha de ser capaz respecto al primer causante; si ha de colacionar lo recibido del primer causante; si para el cálculo de la legítima del transmitente se ha de sumar el valor de la herencia del primer causante; si los acreedores del transmisario pueden cobrarse sus créditos sobre la herencia del primer causante.

1. Capacidad

Los seguidores de una y otra teoría coinciden en que el transmisario ha de ser capaz de suceder al transmitente, ya que está claro que para adquirir la herencia del primer causante ha de haber adquirido, antes, la del segundo. La divergencia se presenta ante el problema de si el transmisario ha de ser capaz, también, en relación al primer causante. Dentro de los requisitos de capacidad se enumeran tres: coexistencia con el causante —discutido—, ausencia de causa de indignidad, ausencia de las llamadas incapacidades relativas de los artículos 752 y ss. del Código Civil o prohibiciones de suceder. Sin embargo, como advierte Albaladejo (23), aunque estimemos que el transmisario también ha de ser capaz de suceder al primer causante, las llamadas incapacidades relativas no se aplicarán al transmitente ya que «realmente no se trata de incapacidad para suceder sino de nulidad de la disposición testamentaria... Por ejemplo, el causante X otorga testamento ante el Notario A, instituyendo heredero a su amigo B. Pero B muere sin aceptar ni repudiar e instituye heredero a A en otro testamento, en el que no interviene para nada el tal Notario. Pues bien, el Notario A recibe el *ius delationis* a la herencia de X. La observación puede parecer obvia, ya que no hay ninguna cláusula nula en dichos testamentos; pero la hacemos porque... se podría pensar por los autores que hablan de incapacidad de A para suceder por testamento a X, que A sucede a X, en cierto modo por testamento».

En cuanto a la cuestión de la indignidad, desde un punto de vista de la solución justa, al margen de normas jurídicas, violenta el recto sentir natural que un nieto nombrado heredero en el testamento de su abuelo, después de matarle, le suceda. No extraña, pues, que haya una norma jurídica (art. 756 del Código Civil) que impida la sucesión de este caso. Ahora bien, pense-

(23) *Op. cit*, pág. 956, nota 101.

mos que el heredero del abuelo muerto por el nieto es el padre de éste. También desde el punto de vista del sentir natural no se vería especial dificultad en que el hijo del difunto, aun siendo padre del criminal, le heredase. El autor del crimen no ha sido él, sino otra persona, aun hija suya. Incluso si este padre disfruta durante largos años del patrimonio recibido en herencia del abuelo y, al fallecer, pasa, en cuanto heredero suyo, a su hijo, el que cometió el crimen, tampoco repugna al sentir natural que éste disfrute de unos bienes que originariamente eran de la persona a la que mató. Ahora bien, si nos imaginamos que el padre muere inmediatamente después del abuelo, quizá volvería a repugnar al sentir natural que el bien pasase al hijo. Y más que nada porque el pequeño lapso de tiempo transcurrido propiciaría la impresión de que el nieto ha heredado directamente del abuelo y ello aunque el padre hubiera aceptado y, por tanto, adquirido la herencia del abuelo. Lo que intento decir es que, ante el problema práctico de si el transmisario ha de ser capaz también frente al primer causante hay una tendencia a adoptar una postura de manera inmediata vital, la postura que se piensa más justa, con independencia de toda argumentación teórica. Y así puede parecer, a primera vista, que es más equitativo exigir que el transmisario sea capaz también de suceder al primer causante y para mantener tal conclusión es más apta la tesis de que el transmisario sucede al primer causante que la de que sucede al transmitente. Así LACRUZ (24) admite que su solución (el transmisario es heredero del primer causante) «presenta el inconveniente moral de que un heredero que sería indigno de suceder al primer causante, puede recibir sus bienes a través del *ius delationis* transmitido...» «En último término, la naturaleza ética de la sanción impuesta a los indignos podría llevarnos a interpretar el inicio del artículo 756 como prohibiéndoles también recibir el *ius delationis* aun a través de otra herencia, pues en el caso de la transmisión, si no suceden al primer causante, sí están llamados a hacer uso de un *ius delationis* procedente de él, lo cual choca contra el sentido moral corriente...» Es decir, este autor, ante un problema práctico, adopta la solución que piensa más equitativa, admite que no es la más acorde con la solución que da al problema teórico de a quién sucede el transmisario, e intenta una solución para, sin abandonar su postura teórica, llegar a la solución que considera resuelve equitativamente el problema práctico. O sea, que a la pregunta de si el transmisario hereda o no al primer causante, sólo cabe contestar, después de haber repreguntado, ¿a efectos de qué?

Sin embargo si intentamos, evitando un juicio precipitado, racionalizar el porqué de la equidad de la postura de que el transmisario ha de ser

(24) *Derecho de Sucesiones I.* Barcelona, 1971, nota 6, págs. 74 *in fine* y 76.

digno también frente al transmitente, nos podemos encontrar con dificultades. Si hemos dicho que no repugna al sentir natural el que un nieto llegue a recibir con el paso de los años el patrimonio del abuelo al que ha matado a través de la herencia de su padre, heredero del abuelo, podríamos concluir que en cuanto que el transmisario recibe la herencia del primer causante de modo derivado, por ser heredero del transmitente, es decir, a través de la herencia de éste, no se requiere que sea capaz de suceder frente al primer causante. Aunque es verdad que en este caso el transmitente no ha llegado a adquirir la herencia, por lo que tampoco se ve claro que sólo baste al transmisario ser digno frente al transmitente. Aquellos que no ven de manera inmediata la solución equitativa al problema planteado han de recurrir a pensar cómo funciona la sucesión *iure transmissionis* y, entonces, antes de adoptar una postura sobre una cuestión práctica, intentar resolver una cuestión teórica que ayude a resolver la cuestión práctica. Y así, para resolver si el transmisario ha de ser capaz de suceder también al primer causante, antes se plantean si el transmisario adquiere del primer o del segundo causante. Porque parece comúnmente admitido que si se adopta la postura de que el transmisario sucede al primer causante es necesaria la capacidad para suceder de éste (25). Sin embargo, CICU (26), aún manteniendo, como hemos visto, que el transmisario es heredero del primer causante, considera que, aun siendo indigno frente al primer causante, le puede suceder, ya que el transmisario hereda al primer causante «en cuanto subentra en el puesto de Segundo (transmitente) en la delación válidamente efectuada» y, por tanto, «Tiene el mismo derecho a adquirir la herencia de Primero (primer causante) que tenía Segundo (transmitente). Puesta válidamente a disposición de Segundo la herencia de Primero se encuentra a disposición de Tercero por efecto de subentrar en la delación, no por efecto de una autónoma delación a él de la herencia de Primero». ALBALADEJO (27) también entiende que subsiste la delación hecha al transmitente y que el derecho con base al que el transmisario adquiere la herencia del primer causante es el mismo que tenía el transmitente, por lo que concluye que el transmisario adquiere del primer causante, pero no que pueda suceder al primer causante aun siendo indig-

(25) ALBALADEJO: «Ahora bien· como al actuar el *ius delationis*, aceptando (o de cualquier otro modo adquiriendo la herencia del primer causante) se sucede directamente al primer causante, es necesaria la capacidad para suceder a éste, para actuar el *ius delationis*» *(op cit.,* pág. 957) VALLET DE GOYTISOLO: *Panorama del Derecho de Sucesiones II, Perspectiva dinámica,* Madrid, 1984, pág 400. HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS: *La transmisión del* ius delationis, en Homenaje a J B VALLET DE GOYTISOLO, vol IV, Madrid, 1988, pág. 486 GETE ALONSO, *op cit.,* pág 285. PUIG FERRIOL-ROCA TRÍAS, *op. cit,* pág. 131

(26) *Op cit.,* pág 267 *in fine.*

(27) *Op cit.,* pág 945.

no. En nuestra doctrina, JORDANO FRAGA (28) sigue la tesis de CICU: «... al transmisario para suceder *iure transmissionis* al primer causante, le basta con la capacidad para suceder al transmitente, pero no porque éste sea su causante también con relación a la primera herencia..., sino porque ... el transmisario se limita a subentrar en la (subsistente) posición del llamado-transmitente en la delación válidamente adquirida por éste para la herencia del primer causante». Vemos que sucede un fenómeno curioso. Para resolver un problema práctico, si el transmisario puede adquirir la herencia de un primer causante frente al cual es indigno, hemos acudido, en primera instancia, a resolver antes un problema teórico: si es sucesor del primer o del segundo causante. Pero resulta que una vez resuelto este problema teórico, aparece otro problema, igualmente teórico, que interfiere en la resolución del problema práctico: si hay una doble o la misma delación. Si hay una doble delación está claro que el transmisario ha de ser digno frente al primer causante, pero si hay una única delación, algunos autores estiman que no es necesario este requisito. Pero el que la delación sea la misma, ¿implica, como dice CICU, que el transmisario tiene el mismo derecho a suceder que el transmitente y, por tanto, puede adquirir la herencia del primer causante aun estando incurso en una causa de indignidad relativa a él? ¿O sólo quiere decir que para suceder al primer causante ha de aceptar la herencia del segundo causante? ¿O que así es más fácil explicar la retroactividad de los efectos de la aceptación del transmisario a la muerte del primer causante?

Por otro lado, también desde un planteamiento de la solución equitativa, parece que los transmisarios no concebidos en el momento de la muerte del primer causante podrán suceder a éste, aunque exijamos el requisito de que el llamado exista ya a la muerte del causante. Sin embargo, aplicando la teoría de la doble capacidad se llegaría a una conclusión negativa, ya que si el transmisario ha de ser capaz, también, frente al primer causante, en este supuesto no lo era, ya que no había sido concebido todavía a la muerte de éste. ALBALADEJO (29) admite las consecuencias poco equitativas de su teoría de la doble capacidad, como hemos visto que LACRUZ admitía las de la suya.

2. COLACIÓN

Imaginemos que a la sucesión del primer causante concurran varios coherederos forzosos, bien porque, siendo el transmitente heredero único

(28) *Op. cit.*, pág. 328
(29) *Op. cit*, pág. 959.

del primer causante, haya una pluralidad de transmisarios, bien porque el transmisario concurra con otros herederos directos del primer causante, ¿deben colacionar los transmisarios las donaciones recibidas de él? El esquema del planteamiendo equitativo sería similar al que hicimos ante el supuesto de indignidad. Aunque quizá, aquí, dado que el concepto de colación es más complejo que el de indignidad, es más difícil adoptar una postura inmediata sobre la solución más equitativa. De hecho, la doctrina soluciona el problema de la colacionabilidad de las donaciones hechas al transmisario por el primer causante en función de la teoría adoptada de si se sucede al primer causante o al transmisario: Así los partidarios de la teoría de que el transmisario sucede al primer causante estiman que ha de colacionar las donaciones recibidas por él (30) y los partidarios de que el transmisario es sucesor del transmitente lo niegan (31).

Pero quizá se podría ahondar un poco más en la cuestión. La colación tiene lugar porque el artículo 1.035 supone que las donaciones hechas a un coheredero forzoso son un anticipo de lo que le correspondería recibir en herencia, aunque cabe que el causante establezca la posibilidad de dispensa. Ahora bien, cuando una persona con hijos a los que ha nombrado herederos realiza una donación a un nieto, hijo de uno de ellos, éste, según el artículo 1.039, no estará obligado a colacionar la donación otorgada al nieto. En cambio, si el padre del nieto favorecido por la donación muere sin aceptar ni repudiar la herencia y en ésta sucede el nieto *iure transmissionis* y estimamos que el transmisario ha de colacionar lo recibido del primer causante, resulta que en la sucesión del abuelo se habría de colacionar la donación recibida por el nieto cuando en el momento de realizar la donación la voluntad del abuelo era favorecer definitivamente al nieto y no darle anticipadamente parte de lo que le correspondería en herencia, pues el nieto no era su heredero. Y vemos que así se contraría la voluntad del abuelo. No obstante, la solución que ahora cuestionamos es la consagrada legalmente por el artículo 1.038 para el derecho de representación. Una persona con dos hijos realiza una donación al hijo de uno de ellos. Sabe que los herederos serán sus hijos y, por tanto, esa donación la realiza con el ánimo de beneficiar definitivamente al nieto. Sin embargo, el padre del nieto premuere al abuelo y a la muerte de éste el nieto hereda por derecho de representación. Según el artículo 1.038 el nieto tiene obligación de colacionar lo recibido en donación por el abuelo. Sin embargo, aún podríamos ver una diferencia entre el supuesto de hecho que da lugar a la sucesión *iure repre-*

(30) ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 956; VALLET DE GOYTISOLO, *op. cit*, pág. 400; JORDANO FRAGA, *op. cit.*, pág. 331.

(31) MANRESA: *Comentarios al Código Civil Español,* t. VI, Madrid, 1955, pág. 503. ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho Privado II, Sucesiones,* Madrid, 1948, pág. 300

sentationis y el que da lugar a la sucesión *iure transmissionis.* En el primer supuesto, el abuelo, ante la premorencia de su hijo y la perspectiva de que su nieto sea su heredero, aún puede dispensarle de la colación si tal dispensa es concorde con la voluntad que tenía al realizar la donación (32). En cambio, en el otro supuesto, como el evento que hace que el heredero sea el nieto y no el padre es posterior a la muerte del abuelo, no cabe dicha rectificación. Y quizá esta explicación serviría para justificar un distinto tratamiento del problema en ambos supuestos. Sin embargo, hay que admitir que si el evento que provoca el derecho de representación es posterior a la muerte del causante, tampoco hay ninguna posibilidad de dispensa de colacionar y el artículo 1.038 no excluye la obligación de colacionar.

Como es obvio, el problema de si el transmisario ha de colacionar lo que ha recibido del causante, sólo se plantea cuando es heredero forzoso del mismo. Si no es heredero forzoso no tendrá obligación de colacionar. Aún admitiendo que el transmisario subentra en la misma posición del transmitente y, por tanto, si éste era capaz de recibir la herencia del transmitente, también lo será él, no se puede concluir que si el transmitente era coheredero forzoso también lo será él a los efectos de colacionar las donaciones recibidas por el causante. Y esto porque fallan los presupuestos que el legislador contempla para ordenar la colación en el artículo 1.035: la presunción de que las donaciones hechas al coheredero forzoso lo han sido como anticipo de lo que le correspondería recibir en herencia. No se puede entender que la donación hecha a un extraño, en el que el primer causante nunca ha pensado como heredero y que luego resulta adquirir su herencia *iure transmissionis,* haya sido realizada a cuenta de esta sucesión. La idea de CICU y JORDANO FRAGA serviría en todo caso para mantener que el transmisario ha de colacionar en la herencia del causante las donaciones hechas al transmitente, como veremos a continuación.

En efecto, difícilmente se sostiene que, como el sucesor del primer causante es el transmisario y no el transmitente, aquél no tiene obligación de colacionar lo donado al transmitente. Sería injusto para los otros coherederos del primer causante que, de concurrir con el transmitente, recibirían más del caudal relicto que de concurrir con el transmisario, porque en el primer caso habría obligación de colacionar las donaciones hechas al transmitente y no así en el segundo caso. Ilustra esta solución la idea de CICU y de JORDANO FRAGA: aunque se suceda al primer causante se sucede como si hubiera sucedido el transmitente. Además, si el artículo 1.038 del Código Civil establece que los nietos que suceden al abuelo por derecho de repre-

(32) Si bien, según una opinión, la dispensa que no se haga en el acto mismo de la donación, sino posteriormente, sólo es posible si se hace en testamento (DÍEZ PICAZO-GULLÓN: *Sistema de Derecho civil,* vol. IV, Madrid, 1983, pág 716).

sentación colacionarán las donaciones hechas al padre, aunque el que sucede por derecho de representación sucede directamente al causante, con más razón el sucesor *iure transmissionis* tendrá obligación de colacionar lo donado por el primer causante al transmisario, cuando en la sucesión *iure transmissionis* se sucede a través de la herencia del transmitente, aunque admitamos que se suceda directamente al primer causante. Por la misma razón, si el heredero del transmitente no es heredero forzoso del primer causante no podría alegar que no tiene ninguna obligación de colacionar, en relación a la herencia del primer causante, las donaciones hechas por éste al transmitente, pues se entiende que es como si se subrogase en la posición del transmitente que sí es heredero forzoso. Obsérvese que aquí es aplicable la idea de CICU y JORDANO FRAGA de que el transmisario subentra en la posición del transmitente.

3. LOS LEGITIMARIOS DEL TRANSMITENTE

Otra cuestión práctica que se suscita es la siguiente: si para el cálculo de la legítima del transmitente se habrá que incluir el valor de la herencia del primer causante.

Si partimos de la teoría de que el transmisario sucede al transmitente, también en la herencia del primer causante, se impone la solución afirmativa ya que, según esta teoría, como dice LACRUZ (33), «la herencia transmitida recae en la del transmitente, que es quien realmente ha sido instituido heredero». ¿Pero qué sucede si el transmisario repudia esa herencia? Entonces no se puede decir que recae en la herencia del transmitente y, por tanto, no sirve dicha argumentación para mantener que el valor de la herencia del primer causante se ha de computar para calcular el valor de la legítima de los herederos forzosos del transmitente. Si partimos de la teoría contraria, si el transmitente sucede directamente al transmisario aún es más difícil de mantener que se haya de computar, ya que podríamos entender que la herencia del primer causante no ha entrado nunca en el caudal relicto del transmitente. Sin embargo, desde un planteamiento de equidad cuesta aceptar esta última solución. Es verdad que el transmitente podía haber repudiado la herencia del primer causante sin que sus legitimarios pudieran pretender agregar dicho valor al caudal relicto del transmitente a efectos del cálculo de su legítima, pero como dice la RDGRN de 23 de junio de 1986 (34): «Y no cabe oponer ... que si el transmitente hubiera repudiado en vida, ningún cómputo se hubiera hecho de la herencia repudiada para la

(33) *Derecho de Sucesiones I.* Barcelona, 1971, pág. 74, nota 6.
(34) ARANZADI 3843

determinación de las legítimas; porque, mientras el transmitente vivía, la legítima no estaba deferida y, en cambio, sí lo está —y es ya carga de la herencia— desde que el transmitente muere, aunque su herencia abierta, aún no haya sido aceptada.

ALBALADEJO (35), aun partiendo de la tesis de que el transmisario hereda al primer causante, entiende que «los legitimarios del transmitente tiene derecho al cómputo del *ius delationis* para calcular sus legítimas». En el mismo sentido, VALLET GOYTISOLO (36). Y ello no porque, al ejercer el transmisario el *ius delationis* aceptando la herencia del primer causante, ésta recaiga en la del transmitente, sino porque el *ius delationis,* que forma parte del caudal relicto del transmitente, tiene un valor patrimonial que es el valor de la herencia a la que da derecho. En cambio, JORDANO FRAGA (37) y HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS (38), aun partiendo de la tesis de ALBALADEJO, niegan que para determinar la legítima de los herederos forzosos del transmitente haya de agregarse el valor de la herencia del primer causante porque entiende que aunque el *ius delationis* es un elemento de la herencia del transmitente, no tiene carácter patrimonial y, por tanto, no es evaluable en dinero.

4. LOS ACREEDORES DEL TRANSMITENTE

Si aceptamos que los legitimarios del transmitente han de contar con la herencia del primer causante, a efectos del cálculo de su legítima, con más razón los acreedores del mismo podrán hacer efectivos sus derechos sobre la herencia del primer causante. Si el artículo 1.001 hubiera impedido al transmitente, de no haber muerto, repudiar la herencia del primer causante en perjuicio de sus acreedores, el que el transmitente muera sin aceptar o repudiar la herencia no parece que les pueda dejar en peor situación. Como LACRUZ (39) estima que la herencia transmitida recae en la del transmitente, los acreedores de éste se pueden cobrar sobre la misma y si el transmisario repudia la herencia del primer causante, de forma que no ingresa en el caudal relicto del transmitente, podrán los acreedores de éste aceptarla en virtud del 1.001 —siguiendo la terminología utilizada por el Código, ya que, como señala la doctrina (40), los acreedores, propiamente, no aceptan

(35) *Op. cit.*, pág. 965.
(36) *Op. cit.*, pág. 400.
(37) *Op. cit*, pág. 341.
(38) *Op. cit.*, pág. 489.
(39) *Derecho de Sucesiones I.* Barcelona, 1971, pág. 75.
(40) «Los acreedores actúan en virtud de un derecho que les concede directamente la ley, siquiera basado en el llamamiento de su deudor. No es que lo representen, ni

en nombre del heredero deudor—. A la misma solución llega ALBALADEJO (41) argumentando de manera similar a como argumentaba en el problema de la cuantía de la legítima de la herencia del transmitente: «el *ius delationis* de la herencia del primer causante formaba parte de la herencia del transmitente, luego con él —y en definitiva con la herencia del primer causante a la que da derecho— se debe satisfacer a acreedores y legatarios del transmitente». Como es un valor patrimonial que se encuentra en el caudal relicto del transmitente, sus acreedores se podrán cobrar sobre él. En cambio HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS (42) y JORDANO FRAGA (43) opinan que si el transmisario repudia la herencia del primer causante son los acreedores del repudiante los que pueden ejercer la facultad del artículo 1.001, es decir, que la herencia del primer causante se escapa a los acreedores del transmitente. Y, por lo tanto, aunque el transmisario la acepte no podrán hacer efectivo sus créditos sobre la misma. Mas esta opinión no explica por qué los acreedores del transmitente van a quedar en peor posición cuando por morir éste sin aceptar ni repudiar la herencia del primer causante, pasa este derecho al transmisario que cuando el transmitente repudia la herencia en su perjuicio.

IV. RECAPITULACION

Uno de los hilos argumentales de la exposición anterior ha sido que aunque se puede intentar solucionar el problema de si el transmisario sucede al primer causante o al transmitente desde un punto de vista teórico, quizá no nos interese tanto este planteamiento así, en abstracto, sino en la medida en que sirve para resolver algunos problemas prácticos. Y, en principio, vemos que la adopción de una u otra teoría conduce a una solución distinta del problema práctico planteado, lo cual hace pensar hasta qué punto la solución de un problema teórico previo no se ve mediatizada por su influencia posterior en los problemas prácticos que se presentan. Aunque también hemos visto que la solución satisfactoria de los problemas prácticos, en ocasiones, no se presenta de manera evidente y que, por tanto, sólo cabe adoptarla basándose en una teoría previa. En concreto, por lo que se refiere

---

gestionen sus negocios (el que el Código Civil hable de aceptar en nombre del deudor es una impropiedad del lenguaje), pero sí concurren a la sucesión en cuanto tenía derecho a ella el repudiante, aunque estrictamente con el fin de percibir el importe de sus créditos, y sin que la repudiación deje de obrar a ningún otro efecto el repudiante no se transforma en heredero por la aceptación de los acreedores» (LACRUZ: *Elementos de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones.* Barcelona, 1988, pág. 100).

(41) *Op. cit.*, pág. 964

(42) *Op. cit.*, pág. 490.

(43) *Op. cit.*, pág. 319.

a los cuatro problemas que hemos planteado, la teoría de que el transmisario sucede *recta via* al primer causante parece inclinar a que el transmisario no ha de estar incurso en causa de indignidad en relación a él, que ha de colacionar lo recibido por el causante y que los legitimarios y acreedores del transmitente no pueden contar con la herencia del primer causante, mientras que la teoría de que el transmisario sucede al transmitente, también en la herencia del primer causante, favorece las soluciones contrarias. Acabo de escribir que la adopción de una teoría u otra aboca a una solución u otra, pero sólo en principio. Como hemos visto, aun partiendo de que el transmisario es sucesor del causante, CICU y JORDANA FRAGA mantienen que no es necesario que el transmitente sea capaz frente a él y ALBALADEJO que los acreedores y legitimarios del transmitente cuentan con la herencia del primer causante. Y, por otro lado, LACRUZ, aún partiendo de que el transmisario es sucesor del transmitente, intenta razonar que no ha de ser indigno en relación al primer causante.

Después de todo lo anterior, si nos planteamos si el transmisario es sucesor del causante o del transmitente a efectos de la cuota a pagar del impuesto de sucesiones, el contribuyente se sentiría inclinado a pensar que sucede al primer causante y no al transmisario, pues el resultado fiscal sería menos gravoso. Pero, además, en nuestra opinión, con fundamento. Según el artículo 25 de la Ley General tributaria, el impuesto se exigirá con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica o económica del hecho imponible. En cuanto a la naturaleza jurídica de la sucesión *iure transmissionis* hemos visto que se discute si el transmisario sucede, en la herencia del primer causante, directamente a éste o al transmitente, pero también hemos precisado que la primera de las tesis presenta un argumento más sólido, ya que el transmisario no puede adquirir del transmitente algo que aún no había ingresado en su patrimonio. Y esta postura se refuerza si analizamos la naturaleza económica del fenómeno sucedido: en efecto, parece excesivo entender que ha habido una previa transmisión de la herencia del primer causante al transmitente, pues éste no ha aumentado su riqueza, puesto que ha muerto sin aceptar ni repudiar la herencia, y por tanto repugna que al transmitente fallecido se le liquide el impuesto de sucesiones por una herencia que en ningún momento llegó a ingresar en su patrimonio ni, por tanto, disfrutar. Por tanto, el tránsito de los bienes del primer causante al transmisario debe estar sujeto a una única liquidación del impuesto de sucesiones. Y siendo consecuentes con lo antedicho, tal liquidación debe ser independiente de la liquidación de la herencia del transmitente y, por tanto, la herencia de éste tampoco se debe sumar a la del transmitente para formar la base imponible del impuesto a pagar por el transmisario. En cuanto a la relación de parentesco que hay que considerar entre primer causante y transmisario, a efectos de la aplicación del coeficiente multiplicador, si

entendemos que en el tránsito de los bienes del primer causante al transmisario hay una única transmisión sujeta al impuesto de sucesiones, habría que aplicar el coeficiente correspondiente a la relación real existente entre ambos. Parece difícil argumentar que, aun entendiendo que el transmisario sucede al primer causante, la relación de parentesco a tener en cuenta sería la existente entre primer causante y transmitente, pues el transmisario ocupa en la sucesión el primer causante la situación de aquél. En efecto, quien se beneficia de la herencia del primer causante es el transmisario y no el transmitente, aunque se beneficie a través del *ius delationis* recibido del transmisario.

V. SI EL TRANSMISARIO PUEDE REPUDIAR, EN CUANTO TAL, LA HERENCIA DEL PRIMER CAUSANTE Y ACEPTARLA, DESPUES, EN VIRTUD DE OTRO TITULO, SI LE ES DEFERIDA

1. Planteamiento de la cuestión

Imaginemos que la persona con derecho a la herencia del primer causante en caso de repudiación por el transmisario y éste coincidan: El primer causante nombra heredero testamentario a su cónyuge, transmitente, que muere sin aceptar ni repudiar, por lo que el *ius delationis* pasa al heredero del transmitente, el hijo único de primer causante y transmitente. En caso de repudiación de la herencia del primer causante por el transmisario, en cuanto tal, la herencia se le tornará a deferir en cuanto heredero *ab intestato* del primer causante, ya que como dice Jordano Fraga (44), «la repudiación de la herencia del primer causante por el transmisario producirá, naturalmente, la vacante de la porción del llamado-transmitente en esta primera herencia, y dará lugar, por supuesto, al juego de los mecanismos idóneos para cubrirla propios de esta primera sucesión». También se defeririía al transmisario en el supuesto de que éste hubiera sido nombrado sustituto del transmitente en el testamento del primer causante.

Pues bien, poniéndonos en el peor de los casos para el contribuyente transmisario en cuanto a la liquidación del impuesto de sucesiones y que para Hacienda el transmisario fuera sucesor del transmitente, también en la herencia del primer causante, con las consecuencias fiscales desfavorables que hemos visto, ¿sería posible que el transmisario repudiase la herencia como tal y la aceptase como heredero *ab intestato* del primer causante o sustituto del transmitente? Si la solución es afirmativa se producirían dos

(44) *Op. cit.*, pág. 293.

liquidaciones independientes del impuesto de sucesiones por dos sucesiones distintas con una carga fiscal menor.

Según nuestro Código Civil, el heredero que es llamado a la misma herencia en virtud de dos títulos distintos y conoce desde el primer momento la existencia de ambos títulos, ¿puede repudiarla en virtud del título según el cual es llamado en primer lugar y aceptarla en virtud del otro? Para un supuesto concreto, el artículo 1.009, primer párrafo, según es entendido generalmente por la doctrina, lo prohíbe: el llamado a la misma herencia como heredero testamentario y legítimo no puede repudiarla por el primer título y aceptarla por el segundo. ¿Podemos aplicar analógicamente el artículo 1.009 al supuesto planteado y, por tanto, negar al transmisario la posibilidad de repudiar la herencia del primer causante en cuanto tal y aceptarla en cuanto heredero *ab intestato* o sustituto? ¿O, al contrario, no cabe tal aplicación analógica y el transmisario que repudia la herencia del primer causante puede, después, aceptarla como heredero *ab intestato* o sustituto? Para contestar dicha pregunta tendremos que averiguar la *ratio legis* de la norma del artículo 1.009. Pero, antes, me parece conveniente aclarar que, en mi opinión, a la cuestión planteada no cabe en ningún supuesto la aplicación directa del artículo 1.009.

2. El artículo 1.009 del Código Civil no es nunca de aplicación directa al supuesto planteado

Hago esta aclaración previa porque en algún caso pudiera pensarse que el transmisario es un heredero testamentario del primer causante y si repudia la herencia de éste como tal, en el supuesto de que se le defiera como heredero *ab intestato* del mismo no la podrá aceptar. Por ejemplo, el primer causante nombra heredero en su testamento al transmitente y éste, en el suyo, al transmisario que, al repudiar la herencia del primer causante como transmisario, le es deferida como heredero *ab intestato*. Si pensásemos que el transmisario, en la sucesión del primer causante, ocupa la posición del transmitente, podríamos entender que el transmisario, en cuanto tal, es heredero testamentario del primer causante y, por tanto, estaría comprendido bajo la prohibición del artículo 1.009. Para considerar al transmisario heredero testamentario del primer causante, lo decisivo, probablemente, sería que el transmitente fuera heredero testamentario del primer causante y no importaría que el transmisario lo fuera legítimo del transmitente.

Pero en mi opinión no cabe entender que el transmisario es llamado como heredero testamentario del primer causante. Obsérvese que si el transmitente fuera heredero *ab intestato* del primer causante, nunca podríamos

considerar al transmisario heredero testamentario de éste y, por lo tanto, nunca podría tener lugar la aplicación directa del artículo 1.009 del Código Civil. Y no veo motivo para hacer depender la solución de si el transmisario puede repudiar la herencia del primer causante en cuanto tal y aceptarla como heredero legítimo de si el transmitente es o no heredero testamentario del primer causante.

3. La *ratio legis* del artículo 1.009, primer párrafo del Código Civil

Advirtamos, en primer lugar, que esta norma del Código Civil no era la existente en Derecho romano. En Derecho romano (D. 29, 2, 17) (45) si un heredero testamentario, que también lo es legítimo, repudia como instituido, no pierde la herencia en cuanto legítimo. Esta norma del Digesto tiene una explicación de lógica jurídica: la sucesión *ab intestato* no se abre sino cuando falla la testamentaria. Cuando el heredero instituido repudia la herencia testamentaria no se había abierto todavía la sucesión *ab intestato,* luego su repudiación no tiene por qué afectar a ésta. Al repudiar la herencia testada se abre la sucesión intestada y se le vuelve a deferir la misma herencia, pero como intestada y ante esta nueva delación podrá aceptar o repudiar. Encontramos esta argumentación al final de la misma ley del Digesto, aunque referida a otro supuesto: el del heredero legítimo que, ignorando la existencia del testamento en que era nombrado heredero testamentario, repudia la herencia como legítimo. Esta repudiación, explica el Digesto, aparte de no afectarle en cuanto a la herencia testamentaria, porque no se refirió a ella, no le afectará en cuanto a la herencia legítima porque aún no le había sido deferida. Por tanto, la renuncia como heredero testamentario, al no haberle sido deferida la herencia legítima, no afectará a ésta. Ahora bien, si damos por buena esta explicación, ¿por qué la misma ley del Digesto establece que si la herencia se repudia en cuanto heredero legítimo, a sabiendas de que estaba instituido en testamento, hay que entender que la repudió por ambos conceptos? ¿No acabamos de decir que la repudiación como legítima no produ-

(45) D, 29, 2, 17: «Tampoco puede repudiar el que cree que el testamento es nulo o falso. Pero si estuviese cierto de que no es falso el testamento que se tiene por falso, lo mismo que adquiere la herencia mediante la adición, así también la pierde si la repudia Si un heredero testamentario que también lo era legítimo repudiase como instituido, no pierde la herencia en cuanto legítimo; pero si la repudiase en cuanto heredero legítimo, a sabiendas de que estaba instituido heredero en el testamento, hay que entender que la repudió por ambos conceptos; si no lo sabía, no le afectará la repudiación en ningún concepto. no en cuanto a la herencia testamentaria, porque no se refirió a ella, pero tampoco en cuanto a la legítima, porque aún no le había sido deferida»

cirá ningún efecto porque aún no le había sido deferida y al no repudiarla como testamentaria tampoco, pues no se refirió a ella? Ciertamente el razonamiento con que Digesto 29, 2, 17, *in fine,* explica que la repudiación de la herencia legítima por el heredero testamentario ignorando su condición de tal, no le afecta, a primera vista, no ayuda a justificar la norma inmediatamente anterior: el heredero legítimo, sabiéndose testamentario, que repudia como legítimo se entiende que la ha repudiado por ambos conceptos. Una posible explicación de esta divergencia de conclusiones podría ser la siguiente: el heredero *ab intestato* que, ignorando la existencia de testamento, repudia la herencia legítima puede aceptar después la herencia testamentaria porque su repudiación no se refirió a ésta. En cambio, se entiende que el heredero legítimo que, conociendo el testamento, repudia la herencia legítima la ha repudiado por ambos conceptos, porque en este caso se presume que, aunque no lo diga, la repudia no sólo en cuanto legítimo, sino también en cuanto testamentario —cosa imposible de suponer en el supuesto anterior en que ignoraba la existencia de testamento—, es decir, se supone que no quiere ser heredero bajo ningún concepto. Ahora bien, aun queda otro extremo por aclarar: si el heredero legítimo que, ignorando el testamento, repudia la herencia legítima, no se verá afectado por tal repudiación, pues aún no se había producido la delación de dicha herencia, ¿por qué se ve afectado cuando conoce la existencia del testamento? ¿No podemos decir igualmente en este caso que todavía no se había producido la delación de la herencia legítima? Quizá una consideración puede aclarar la aparente contradicción: pensemos en un heredero testamentario y, a la vez legítimo, que no quiera la herencia. Fijándonos en el principio de lógica jurídica del fenómeno sucesorio al que nos hemos referido antes, tendría que repudiar dos veces: primero la herencia testamentaria y, luego, la *ab intestato.* Por eso, en este caso, los prácticos juristas romanos dejan a un lado este principio y permiten, aunque hubiera alguna duda, que repudie ambas herencias a la vez. Es decir, entienden que hay una delación simultánea de las herencias testamentaria y legítima. Así, D. 29, 2, 77: «Si soy instituido heredero por aquél cuya herencia me pertenecería por ley si hubiese muerto sin testamento, cabe la duda de si podré repudiar la herencia testamentaria y la legítima a un tiempo, porque antes de que repudie la herencia testamentaria no me corresponde la legítima. Sin embargo, creo que al mismo tiempo puedo repudiar las dos... (Pomp 8 ad. Q. Muc.)». He aquí la explicación de por qué el heredero legítimo que, conociendo que también lo es testamentario, repudia la herencia en cuanto legítimo no la puede aceptar después como testamentario. Como dice GLUCK en sus comentarios a las Pandecta: «... la declaración de que no quiere ser heredero intestado puede ser considerada como renuncia a la herencia testamenta-

ria» (46). Pero obsérvese que, en cambio, se entiende que si repudia la testamentaria aún la puede aceptar como *ab intestato?* ¿Por qué? Porque en el primero de los casos se puede entender que la declaración de voluntad es la de no querer ser heredero bajo ningún concepto. En efecto, ya es extraño que si sabe que es heredero testamentario, cuando sabe que lo que se le ofrece es la herencia testamentaria, la renuncie como legítima. Está queriendo decir que no quiere ser heredero de ninguna de las maneras. En este sentido también se pronuncia GLUCK: «El motivo es que en un caso semejante la renuncia a la herencia intestada presupone necesariamente una renuncia a la herencia testamentaria en cuanto que la sucesión intestada no puede ser abierta antes que la sucesión testamentaria decaiga» (47). En cambio, no al revés, de la repudiación del heredero testamentario como tal no se puede deducir que tiene la voluntad de repudiar la herencia como heredero intestado. También es cierto que el heredero puede querer aceptarla como testamentario, pero no como legítimo, pero eso no se consigue a través de la declaración de voluntad de renunciar la herencia legítima y aceptar la testamentaria, sino a través de aceptar la testamentaria. Razón de ello es que está justificado que, cuando ignoraba la existencia de testamento, la pudiese aceptar como testamentario aún habiéndola repudiado como legítimo, pero ello porque la declaración de repudiar la herencia legítima tiene distinto significado según se conozca o ignore el testamento.

SÁNCHEZ ROMÁN (48) entiende que «conocedor como era de los dos títulos de su derecho para heredar, el del testamento por la institución y el del *ab intestato* por el llamamiento de la ley, era lógico presumir que no aceptando por el primero, tampoco querría aceptar por el segundo, puesto que ambos le atribuían el carácter de heredero y producían igual resultado». Ahora bien, es discutible que conduzca siempre a igual resultado. En Derecho romano el heredero podría tener interés de repudiar la herencia testamentaria y aceptar la intestada para liberarse de los legados, pues éstos quedarían sin efecto al repudiar el heredero aunque para evitar este fraude el Pretor salvaba los legados concediendo acciones ficiticias. Pero también podemos encontrar razones lícitas que justifiquen su utilidad. Para el Derecho alemán que, como el romano, permite la repudiación como heredero testamentario y aceptación como *ab intestato* (parágrafo 1948-1), KIPP señala las siguientes: «Ante todo es importante para el llamado, cuando ha

(46) GLUCK, Federico: *Commentario alle Pandette,* Libro XXIX, parte prima, Milano, 1907, pág. 484.

(47) *Op y loc. cit.*

(48) SANCHEZ ROMÁN, Felipe *Estudios de Derecho Civil,* t. VI, vol. 2.º, Madrid, 1910, pág. 1844.

repudiado lo que le corresponde por testamento, sin conocer su parentesco con el causante, que le quede el derecho de aceptar por razón del parentesco; por ejemplo, alguien ha vivido con una causante como hijo adoptivo y es instituido como heredero en su testamento, repudiando, y enterándose luego de que es hijo natural de la fallecida. Pero el heredero puede también, conociendo su parentesco, repudiar la herencia testamentaria y aceptar la sucesión intestada. Por ejemplo, puede querer repartirse la herencia con el resto de los parientes como heredero legal; mientras que en el testamento fue instituido sólo y de acuerdo con el 1.950 no podía sólo aceptar una porción *ex* testamento». Y aunque no encontráramos una utilidad evidente, ¿por qué prohibir al heredero testamentario que repudie en cuanto tal la aceptación como intestado, siempre que con ello no se consiga una finalidad fraudulenta? Además del Código Civil alemán, el Derecho civil catalán también conserva la norma del Derecho romano de poder repudiar la herencia testamentaria y aceptar la intestada, pero con sujeción a las cargas impuestas por el testador (art. 27 del Código de Sucesiones de 30 de diciembre de 1991. Esta norma es igual a la que contenía el art. 256 de la Compilación derogado por dicho Código de Sucesiones).

Vemos, pues, que nuestro Código Civil no ha recogido la norma de D. 29, 2, 17 en este punto y entiende que la repudiación de la herencia testamentaria conlleva también la de la legítima. Los antecedentes del artículo 1.009, primer párrafo del Código Civil no están en D. 29, 2, 17, sino en la Ley 19, Tít. VI, de la Partida VI. En efecto, según el epígrafe o rúbrica de dicha Ley 19, «aquel que es establecido por heredero en testamento de otro que era su pariente, si desechare la heredad por razón del testamento, no la puede después cobrar por parentesco». GUTIÉRREZ (49), al comentar dicha ley, dice: «Bastó que la Ley 17, Tít. II, lib. XXIX Dig. par. 1, haeres institutus resolviera este caso para que los autores del Código Alfonsino se apoderasen de él convirtiéndolo en ley. En su consecuencia, si el heredero testamentario fuese también legítimo, y sabiendo su nombramiento no ade la herencia se infiere que la ha renunciado como heredero abintestato; mas si ignorando que había sido instituido heredero, renunciase como heredero abintestato, no sería excluido como testamentario, porque no podía renunciar lo que ignoraba». Ahora bien, del texto de GUTIÉRREZ parece derivarse que la solución del Código Alfonsino es la misma que la de D. 29, 2, 17. Pero acabamos de ver que no, que según D. 29, 2, 17 si un heredero testamentario que también lo es legítimo, repudia como instituido, no pierde la herencia en cuanto legítimo. Por otro lado extraña que la Ley 19 de Las Partidas se haya separado en este punto de la solución

(49) GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: *Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español,* t. III, Madrid, 1981, pág. 426

romana, cuando de la lectura de su texto se desprende que, en todos los demás aspectos, es un trasunto de D. 29, 2, 17. Pero, es más, en el texto de la Ley 19 no se encuentra la afirmación vertida en la rúbrica. Examinemos dicho texto. Para mayor seguridad he partido de la edición facsímil, realizada por el *BOE,* de Las Siete Partidas nuevamente glosadas por Gregorio López, Salamanca, A. de Portonaris, 1555, versión coincidente con la que cita GUTIÉRREZ. Rúbrica: *«Ley XIX. Como aquel que es establecido por heredero en testamento de otro que era su pariente, si desechara la heredad por razón del testamento, non la puede después cobrar por parentesco».* Texto: *«Cuando alguno es puesto por heredero en testamento de otro, de quien el fuesse el mas propinco pariente, si el, sabiendo que era asi establescido por heredero en el testamento, desechasse la herencia, diziendo que la non queria tomar por razon del parentesco, si entonce non se otorgasse luego por heredero por razon del testamento, non lo podria despues fazer, por que se entiende que la desemparó del todo. Mas si el heredero non sabiendo que era escrito en el testamento del finado desechasse la herencia diziendo, que non la querie ganar, por razon que era pariente mas propinco del muerto, entonce bien la podria despues cobrar por razon del testamento. E esto es porque non podria renunciar el derecho, que auia en la heredad, por razon del testamento, pues que lo non sabia. E otrosi non podria desechar el derecho que auia el en la heredad, por razon del parentesco, a menos de renunciar primeramiente el derecho, que auia en ella, por razon del testamento. E por ende tal renunciacion, non le empesce, si quisiere auer la heredad despues».*

La Ley 19 comienza regulando el supuesto del heredero legítimo que repudia la herencia en cuanto tal, conociendo su condición de testamentario, y ofrece la misma solución que el Digesto: no la podrá aceptar después como testamentario. Y a continuación —siguiendo el mismo orden del Digesto— plantea el supuesto de que repudie la herencia legítima ignorando que es testamentario y también acoge la solución del Digesto —la podrá después aceptar como heredero testamentario— y sus mismos argumentos —la repudiación en cuanto a la herencia testamentaria no le afectará, pues no se refirió a ella y en cuanto a la legítima tampoco, pues aún no le había sido deferida—. Pero el texto de la Ley 19 no contempla el supuesto del heredero testamentario que repudie la herencia en cuanto tal, que es precisamente el recogido en la rúbrica de la ley. Quizá alguno podría entender que la última frase de la ley se está refiriendo a este supuesto: *«tal renunciacion, non le empesce, si quisiere auer la heredad despues».* Que la *tal renunciacion* se refiere a la renuncia como heredero testamentario puede fundamentarse en dos razones. Una, de orden gramatical: es el sustantivo más próximo que podría servir de antecedente al pronombre tal. La otra, de orden lógico: entendiendo que la *tal renunciacion* se refiere a la testamen-

taria, se obtiene un sentido de la frase conclusiva coherente con las premisas expresadas en el texto. En efecto, si el heredero legítimo *«non podria desechar el derecho que auia el en la heredad, por razon del parentesco, a menos de renunciar primeramente el derecho, que auia en ella, por razon del testamento»,* parece lógico concluir que *tal renunciacion,* como heredero testamentario, *non le empesce, si quiere auer la heredad despues,* como heredero legítimo. Pero tal interpretación nos llevaría a una conclusión contradictoria con la rúbrica de la ley XIX. Por tanto, parece, más probable que la *tal renunciacion* se refiera al supuesto de hecho contemplado en la segunda parte de la ley XIX: renuncia como heredero legítimo, ignorando que lo era testamentario. Aún hay en el texto de la ley XIX un inciso, referente a la delación testamentaria, que no aparece en D. 29, 2, 17. Este se limita a establecer que si el heredero legítimo repudia en cuanto tal, a sabiendas de que estaba instituido, hay que entender que la repudió por ambos conceptos. Las Partidas, igualmente, se refieren al heredero instituido que repudia la herencia como legítimo sabiendo que era testamentario, pero añaden, *si entonce non se otorgasse luego por heredero por razon del testamento,* y concluyen, como D. 29, 2, 17, *non lo podria despues fazer, por que se entiende que la desamparo del todo.* La lectura de dicho inciso no es tan clara como pudiera parecer a primera vista. En un principio se podría entender así: si se le ofreciese luego la herencia por razón del testamento, no la podrá aceptar. Pero para aceptar esta interpretación nos sobra un no, el que precede a *se otorgasse.* Este no nos conduce a otro entendimiento de la frase: si cuando repudia la herencia como legítimo, entonces, en ese mismo momento, no dice que la acepta como testamentario, ya no podrá hacerlo en un momento posterior. Aunque si en aquel momento la acepta como testamentario, más que repudiar la herencia intestada está aceptando la testamentaria. Tal interpretación es coherente con la glosa de GREGORIO LÓPEZ en este punto. En efecto, GREGORIO LÓPEZ, para explicar que el heredero legítimo que repudia en cuanto tal no puede aceptarla como testamentario dice lo siguiente: «Apruébase aquí la decisión de la Glos. ... que indiqué más arriba». Y según esta decisión, citada en sus anotaciones a la ley 18, el que repudia simplemente la herencia se entiende referirse tanto a la sucesión legítima como testamentaria. Pero lo que no es coherente es la fundamentación, por GREGORIO LÓPEZ, en dicho principio de la primera norma que establece la ley 19, porque dicha Partida nos dice que el heredero legítimo repudia en cuanto tal y, por tanto, no repudia simplemente. A no ser que entendiésemos repudiar simplemente en el sentido de no hacer salvedad, en el momento de la repudiación como heredero legítimo, de la aceptación como testamentario. Aunque entonces lo que se está haciendo no es repudiar la herencia legítima, sino aceptar la testamentaria. Es posible que el autor de la rúbrica de la ley 19 entendiera que, de la

misma forma que el heredero legítimo que repudia en cuanto tal se entiende ha repudiado también la testamentaria, el heredero testamentario que repudia en cuanto tal, quiere repudiar también la intestada, en contra de la regulación del Digesto y de las razones allí expuestas para no entenderlo así. Pero por otro lado, la norma contenida en la rúbrica de las Partidas impide al heredero testamentario repudiar la herencia testada y aceptar después la intestada, pero parece que no impide aceptar la intestada si así se declara en el mismo momento de la repudiación. La interpretación del inciso *si entonce non se otorgasse luego por razon de testamento* que hemos realizado más arriba avala esta tesis.

Sin embargo, GARCÍA GOYENA, en los comentarios al proyecto de 1851, cuyo artículo 840 coincide con el artículo 1.009 del Código Civil, MANRESA (50), MUCIUS SCAEVOLA (51) citan como precedente del artículo 1.009, párrafo primero, la ley 19, Tít. VI, Partida VI, no reparando en ningún momento en que la norma recogida en el epígrafe de la ley no se encuentra en el texto de la misma.

Dejando a un lado esta observación sobre sus antecedentes históricos, la norma del artículo 1.009 del Código Civil, primer párrafo, está ahí. Y la doctrina entiende que dicha norma impide al heredero testamentario que, sabiendo lo era, repudiar la herencia testada y aceptarla como heredero legítimo. A los autores citados anteriormente, podemos añadir los siguientes de entre la doctrina actual:

ALBALADEJO entiende que «En cuanto a que la vocación testamentaria a toda la herencia excluya la intestada, es idea que aplica nuestro Código Civil... Luego, para el Derecho común sirve... la afirmación que el texto recoge en el ejemplo de que no podría, pues, el hijo, instituido heredero universal en el testamento, renunciar a la herencia como llamado testamentario, y aceptarla como llamado por la ley» (52). Y en otro lugar de su obra al comentar el artículo 1.009, 1.º, del Código Civil, aclara: «Realmente este entender hecha la repudiación por el segundo título, lo que significa es que no se es llamado por él (se queda excluido de la sucesión legal, como dice la Comp. navarra, ley 316, 1.º), pues sería absurdo considerar que se produce una delación abintestato, que no puede ser aceptada, ya que la ley la ENTIENDE repudiada» (53). GITRAMA explica que «... si el llamado por testamento repudia y, en razón de su repudiación, vuelve a ser llamado en

(50) MANRESA NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil,* Madrid, 1955, t. VII, pág. 514.

(51) *Código Civil Comentado,* t. XVII, Madrid, 1900, pág. 490.

(52) En anotaciones a CICU: *Derecho de Sucesiones. Parte General,* Bolonia, 1964, págs 132 y 133

(53) *Curso de Derecho Civil V Derecho de Sucesiones* Barcelona, 1991, pág. 43.

vía abintestato, se considera que por haber despreciado la voluntad del causante no merece ser su sucesor» (54). Finalmente, DÍEZ PICAZO-GULLÓN razonan del siguiente modo: «... al ejercitar de forma negativa el *ius delationis,* se abre la sucesión intestada por ineficacia de la disposición testamentaria y se repite la misma llamada. Se entiende que ya ha ejercitado el *ius delationis* en forma negativa también. Ello obedece a evitar que el llamado pueda liberarse de una condición o de un modo que le hubiera impuesto el testador por ese subterfugio» (55).

El fundamento que, según la doctrina, justifica la norma del artículo 1.009, párrafo primero, nos confirma que ésta es entendida como una prohibición para el heredero. En efecto, GARCÍA GOYENA razona la prohibición de repudiar como heredero testamentario y aceptar como heredero legítimo diciendo que, si no, se haría mofa de la voluntad del testador. Razón que repiten SÁNCHEZ ROMÁN (56) —que, además, añade la falta de utilidad como hemos explicado antes— MANRESA (57) y en la doctrina actual GITRAMA (58). No se puede alegar como fundamento —y no se hace— que el primer párrafo del artículo 1.009 trata de evitar que el heredero por el subterfugio de repudiar la herencia testada y aceptar la intestada se libere de las cargas impuestas por el testador, pues el artículo 986 del Código Civil impone a los herederos legítimos las mismas cargas y obligaciones que a los herederos testamentarios.

Sin embargo, el sentido literal del texto del primer párrafo del artículo 1.009 no es prohibitivo. No dice taxativamente que el heredero testamentario no pueda, después, aceptar la herencia como intestado. Simplemente dice que se entiende que la ha repudiado también como intestado. ¿Y no se podría mantener que el artículo 1.009 es una norma interpretativa de la voluntad del repudiante, pero que éste puede manifestar su deseo de repudiar la herencia como heredero testamentario y aceptarla como intestado? Al menos si tal salvedad la hace en el mismo momento de repudiar la herencia testamentaria. Quizá se podría pensar que permitir la repudiación, primero como heredero testamentario, y al cabo de un tiempo la aceptación como heredero intestado iría, al menos materialmente contra el principio de irrevocabilidad de la repudiación de la herencia (art. 997

(54) En *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* de EDERSA, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, t. XIV-1 °, Madrid, 1989, pág. 306.

(55) En *Sistema de Derecho Civil.* Vol. IV, Madrid, 1983, pág. 436 *in fine* y 437.

(56) *Op. cit., loc. cit*

(57) MANRESA NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil,* Madrid, 1955, t. VII, pág 514.

(58) GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* de EDERSA, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, t. XIV-1.°, Madrid, 1989, pág. 306.

C.C.). Formalmente se podría defender que no es contrario a tal principio, porque lo repudiado en primer lugar, la herencia testada, no es lo mismo que lo aceptado posteriormente, la herencia intestada. De todas formas, si la repudiación en virtud de un título y aceptación en virtud del otro son simultáneas, no se atentaría tampoco contra el principio material de la irrevocabilidad de la repudiación.

4. Conclusión

Admitamos que la norma del primer párrafo del artículo 1.009 del Código Civil es una norma prohibitiva y no meramente interpretativa de la voluntad del repudiante. Si su *ratio legis* es la expresada anteriormente, difícilmente cabría su aplicación analógica al supuesto que nos planteamos, pues el transmisario que repudie, en cuanto tal, la herencia del primer causante no desprecia la voluntad del testador, pues éste en ningún momento ha tenido voluntad de llamarle a él a la herencia e, incluso, esa voluntad ha podido no existir y deferirse su herencia *ab intestato*. Quizá alguno podría entender que sería un desprecio no de la voluntad, sino de la persona del primer causante, mas no se ve por qué. A lo más se podría exigir que la aceptación como heredero intestado del primer causante o sustituido fuese simultánea a la repudiación como transmisario, para no vulnerar materialmente la norma que prescribe la irrevocabilidad de la repudiación hereditaria.

Si bien hay que tener en cuenta que el transmisario que repudie en cuanto tal y acepte como heredero intestado o sustituto recibirá la herencia del primer causante con las mismas cargas que si la hubiese aceptado como transmisario, pues, si, como dice Albaladejo (59), existe el principio de que a quien va la sucesión que no tomó otro, le va como se dejó a éste (aplicación del cual serían los artículos 780, 984 y 986 del Código Civil), con especial razón se aplicará en este caso.

Antonio Monserrat Valero
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Barcelona

(59) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t X, vol. 2, Madrid, 1984, pág. 135

Sentido histórico de la indignidad para suceder

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. GENESIS DE LA FIGURA JURIDICA DE LA INDIGNIDAD: 1. Cómo, cuándo y por qué surge la figura de la indignidad para suceder; 2. Perfil que presenta la indignidad romana; 3. Los casos de indignidad en las fuentes romanas.—III. PRECEDENTES LEGALES DE LA INSTITUCION DE LA INDIGNIDAD EN EL DERECHO HISTORICO ESPAÑOL: 1. Aparición de nuestra figura en el Derecho histórico español: Fuero Juzgo y Fuero Real; 2. «Razones» de indignidad o pérdida de herencia contempladas en las Partidas de Alfonso X «El Sabio»; 3. La indignidad en la Novísima Recopilación; 4. Referencia al perdón del indigno en los textos jurídico-históricos anteriores.—IV. PRECEDENTES LEGALES DE LA INDIGNIDAD EN EL DERECHO EXTRANJERO CODIFICADO: 1. El «Code Napoleón». Influencia y régimen jurídico en tema de indignidad; 2. El Código Civil italiano de 1865: antecedente de la indignidad sucesoria del Código Civil español; 3. El Código Civil portugués de 1867 y la indignidad para suceder.—V. ANTECEDENTES PRELEGISLATIVOS DE LA INDIGNIDAD PARA SUCEDER EN LA CODIFICACION CIVIL ESPAÑOLA: 1. El Proyecto de 1836; 2. El Proyecto de 1851 y las Concordancias de García Goyena; 3. El Anteproyecto de 1882-1888; 4. El Código Civil español de 1889.—VI. CONSIDERACION FINAL.

I. INTRODUCCION

Aparece regulada en el Código Civil español una figura jurídica sucesoria que, bajo la calificación de «incapacidad de suceder», recibe el nombre de *indignidad.*

Dicha calificación, técnicamente incorrecta, puesto que no cabe hablar en el ordenamiento jurídico español de verdadera «incapacidad para suceder», sino de «prohibiciones legales» de suceder o de «exclusiones de herencia» —estas últimas entre las que se encuentra nuestra figura—, condiciona el encuadre sistemático de esta figura en el sustancial texto civil,

ya que el mismo atiende primordialmente a aquélla, otorgada por el legislador y no siempre la misma a lo largo del desarrollo histórico de la figura, queda ubicada concretamente en la Sección Primera, Capítulo II, Título III del Libro III de aquél.

Específicamente en el artículo 756 del Código Civil se contienen las *causas de indignidad,* las cuales aparecen de forma numerosa (seis) y con carácter excesivamente concreto, posibilitando el injusto riesgo de no poder encajar en alguna de las consideradas otros hechos semejantes merecedores de la consecuencia jurídica que acarrean, lo que unido al hecho —apercibido y constatado por el Tribunal Supremo, fundamentalmente en su Sentencia de 11 de febrero de 1946— de un claro desequilibrio en el grado de gravedad que unas y otras revisten, hace cuestionar el acierto del legislador a la hora de plasmar tales causas o, cuando menos, plantear el interrogante de por qué esas y no otras son las incluidas en el mencionado artículo.

El hecho de que la indignidad para suceder no sea la única figura jurídica de exclusión de herencia motivada por la conducta del heredero respecto a su causante, sino que muy relacionada con ella y bajo esta misma conceptuación aparezca la desheredación, regulada también expresamente en nuestro Código Civil aunque en sede distinta, así como la coincidencia de causas que provocan la existencia de una y otra figura, igualmente producen el interés en el conocimiento de los motivos que llevaron a los codificadores a incluirlas a ambas y a hacerlo de la forma y con la regulación que presentan, sobre todo ante el hecho cierto de que ordenamientos cercanos al nuestro, como son el francés y el italiano fundamentalmente, contemplan en su sistema de sucesiones sólo a una de ellas de forma exclusiva, y no a ambas conjuntamente.

Todo ello hace que devenga absolutamente interesante la indagación histórica de la figura de la indignidad, el cómo, cuándo y por qué surgió y la forma en que a través de la historia de nuestro Derecho ha sido contemplada y regulada en los distintos textos, legales y prelegislativos hasta llegar a su plasmación en el Código Civil español en su redacción definitiva, e incluso las modificaciones legislativas de que ha sido objeto, así como los antecedentes legales extranjeros que han podido influir en la configuración actual de la figura.

Después de haber estudiado a fondo la figura jurídica de la indignidad para suceder en nuestro sistema de sucesiones, tema que en su día fue objeto de la Tesis Doctoral de quien escribe, ciertamente puede asegurarse que los avatares de su desarrollo histórico cobran en esta figura una especial importancia, encontrándose en el mismo explicación a algunas controvertidas polémicas.

Con las líneas que a continuación se exponen se pretende exclusivamente plasmar el resultado de una investigación histórica realizada, que mues-

tra, claramente a nuestro parecer, el *sentido histórico de la indignidad para suceder* en nuestro ordenamiento jurídico.

II. GENESIS DE LA FIGURA JURIDICA DE LA INDIGNIDAD PARA SUCEDER

1. Cómo, cuándo y por qué surge la figura de la indignidad para suceder

No deja de suscitar interés el estudio, que con estas líneas se comienza, de una figura jurídica cuyo propio origen se presenta como polémico, oscuro, desconocido.

Parece ser que en las primeras fases del Derecho romano, la indignidad se desconocía, y que es en la época imperial cuando esta figura se desarrolla, adquiriendo, como más tarde se verá, una considerable extensión (1).

Ahora bien, si esto se presenta como admitido por gran parte de la doctrina (2), a la hora de determinar el origen de la indignidad aparecen las dificultades y las distintas opiniones aportadas por los romanistas, sin que en ningún momento exista certidumbre sobre el tema (3).

Deviene, por tanto, el origen de la indignidad dificultoso en su determinación. Cabe preguntarse ante ello a qué es debida tal dificultad.

La respuesta a este interrogante sí parece tener una mayor certeza, y es que la indignidad en la época imperial romana no aparece como instituto unitario y orgánico, sino dispersa en una diversidad de hipótesis que surgen distanciadas en el tiempo unas de otras, siendo obras de distintos emperadores, motivadas por diversas y distintas circunstancias y exigencias (4), entre las cuales no es posible establecer una línea de continuidad histórica (5).

---

(1) *Vid.* F Hernández Gil: «La rehabilitación del indigno», en *RDP,* t. XLVI, 1962, pág. 286. Sobre la indignidad en el Derecho romano, V. Reimundo: *La sistematización de la indignidad para suceder según el Derecho romano clásico,* publicado por la Universidad de Oviedo, Oviedo, 1983.

(2) Cabe destacar F. Hernández Gil: «La rehabilitación.. », cit , pág. 286, B Biondi: *Sucesión testamentaria y donación,* 2ª ed rev. Trad por Fairen, Barcelona, 1960, pág. 159; P Voci: *Diritto ereditario romano,* vol. 1.º y 2.ª ed. rev., Milano, 1967, pág. 465; E. Nardi: «Trittico indignitario», en *Studi in Memoria di Emilio Albertario,* vol. 2.º, Milano, 1953, pág 797, entre otros

(3) *Vid.* E. Nardi: *I casi di indegnità nel diritto successorio romano,* Milano, 1937, págs. 63 y ss

(4) E Nardi: «Voz "indegnità"», en *Novissimo Digesto italiano,* VIII, 1957, pág. 593; *Trittico indignitario,* cit., pág 724; F. Hernández Gil: «La rehabilitación...», cit , pág. 286, P. Voci *Diritto ereditario .,* cit , pág. 465; B. Biondi *Diritto ereditario romano. Parte Generale,* Milano, 1954, pág. 204

Sobre la negación del carácter unitario de la indignidad. Reimundo critica extensamente a Nardi (v. *La sistematización .),* cit , págs. 13 y ss.

(5) *Vid* B. Biondi: *Sucesión testamentaria y donación,* cit., pág. 159.

Falta, pues, un desarrollo orgánico de la indignidad desde sus orígenes y una continuidad histórica en su desarrollo, siendo difícil por ello, como señalan BIONDI y HERNÁNDEZ GIL, «una reconstrucción dogmática unitaria de esta figura jurídica» (6).

Y es, por todo esto, por lo que puede decirse con BIONDI (7) que «de nada sirve determinar el origen del instituto», aunque haya quien ha señalado, de algún modo, un origen legislativo al mismo (8); e incluso quien, considerando interesante determinar cuál ha sido el caso más antiguo de indignidad, ha descrito la sucesión cronológica de ciertos casos concretos (9). Tarea que se nos antoja de relativa importancia (10) por los motivos expuestos quedando, por ello, al margen de estas líneas.

Mayor atención nos merece el desarrollo de la indignidad, el cual, según las fuentes (11), tiene lugar como «algo distinto» de la «testamenti factio» y de la «capacitas».

Constituyen, por ende, estas dos figuras, puntos de referencia que, aunque en sentido negativo, sirven para delimitar el modo cómo surge y se desarrolla la indignidad.

Veamos en qué consisten ambas figuras. En aras de una mayor claridad es preferible, en principio, hacer referencia a la *«capacitas»* y más tarde centrar la atención en la *«testamenti factio»*, ya que si bien se trata en ambos casos de imposibilidad legal de adquirir por testamento, se trata de institutos diversos (12).

---

(6) *Vid.* B. BIONDI: *Sucesión testamentaria y donación,* cit., pág. 162, y F. HERNÁNDEZ GIL: «La rehabilitación...», cit., pág. 286. Es por ello que parece más oportuno hablar de «casos de indignidad» en la época romana, en vez de «indignidad», al no existir, como queda dicho, un instituto unitario de la misma. Esta opinión emitida por el romanista ENZO NARDI: *I casi di indegnità nel diritto successorio romano,* cit., pág. 2, es plenamente compartida aquí y motivó la imposición del título dado a este capítulo de la primera parte de la Tesis («Los casos de indignidad en el derecho sucesorio romano»).

(7) Cfr. en *Sucesión testamentaria y donación,* cit., pág. 159.

(8) *Vid.* gr. VOCI: *Diritto ereditario,* cit., págs. 482-3, y el mismo BIONDI en su obra citada, pág. 159, afirma que la indignidad es contemplada ya en la *«lex Iulia et Papia Poppea»*, mostrándose así, en contra de NARDI que dedica un capítulo entero de su obra *I casi di indegnità nel diritto successorio romano,* págs. 63 y ss., a demostrar que en dicha ley no se halla el origen de la indignidad por perseguir tal texto legislativo una finalidad que nada tiene que ver con los casos de indignidad.

(9) Tal es el caso de NARDI que en su obra *I casi di indegnità nel diritto successorio romano,* págs. 275 y ss., expone el origen legislativo de algunas hipótesis de indignidad.

(10) *Vid.* BIONDI: *Sucesión testamentaria y donación,* cit., pág. 159.

(11) *Vid.* BIONDI: *Diritto ereditario romano,* cit., pág. 203.

(12) Lo que viene a subrayar, entre otros, NARDI, cuando haciendo referencia al carácter de instituto no unitario de la indignidad señala: *«Mentre la incapacità a succedere e la incapacitas sono istituti unitari, largamente regolati, che determinono il sorgere quasi di una qualitá personale operante di fronte a qualunque lascito, e per-*

¿En qué consiste la *«capacitas»?* BONFANTE la define en sentido negativo como *«l'assenza di divieti speciali di raccogliere l'ereditá legittimamente devoluta, l'assenza di motivi di "incapacitas"»* (13).

De tal definición puede sustraerse, *a contrario sensu,* que existe *«incapacitas»* cuando tienen lugar prohibiciones especiales de adquirir la herencia legítima.

Ahora bien, ya se ha apuntado que aparece distinta a la indignidad, procede ver ahora en qué, concretamente, se diferencian ambas figuras. A tal efecto NARDI (14) señala las divergencias existentes entre una y otra figura. En opinión de dicho autor, son esencialmente las siguientes:

1. Mientras en la *«incapacitas»* se hace valer un punto de vista político, en la indignidad el punto de vista es ético.
2. La primera posee un alcance general y la segunda tiene un alcance (o carácter) relativo.
3. La *«incapacitas»* excluye siempre la adquisición de los legados, mientras que ésta no es excluida por la indignidad (15).
4. La indignidad determina una *«vindicatio»* (ereptio) fiscal, mientras que la *«incapacitas»* determina una *«vindicatio dei patres in testamento»* (y, sólo a falta de los padres, una *«vindicatio»* del fisco primero, y de la *«res privata»* después) (16).
5. Mientras el sucesor que denuncia su propia *«incapacitas»* tiene derecho a un premio establecido en el edicto de «Traiani», el indigno no puede disfrutar de tal ventaja (17).

En opinión de BIONDI, la diversidad de régimen entre ambas figuras es muy profunda y tiene una «intrínseca e importante razón de ser» (18), evidenciándose aún más, en opinión del autor, con el dato fáctico de la

---

seguono in modo obbligatorio lo scopo di scludere il successore da ogni liberalitá mortis causa· niente di tutto questo si verifica per la indegnità» (I casi di indegnità nel diritto successorio romano, cit., pág 47). *Vid.* también BIONDI: *Diritto ereditario romano,* cit., pág. 201.

(13) Cfr., en *Corso di diritto romano, vol VI. Le successioni. Parte generale,* Roma, 1930, pág. 281.

(14) *Vid. I casi di indegnità nel diritto successorio romano,* cit , págs. 49 y 50.

(15) E. NARDI· *Trittico indignitario,* cit., pág. 725 y en Novissimo Digesto italiano, cit., pág. 593. En el mismo sentido, VOCI: *Diritto ereditario,* cit , pág. 465.

(16) E. NARDI: *Trittico indignitario,* cit., pág. 725 y en Novissimo Digesto italiano, cit., pág. 593. En el mismo sentido, B. BIONDI, en *Sucesión testamentaria y donación,* cit., pág. 179 y *Diritto ereditario romano,* cit., pág. 208.

(17) Esta diferencia la basa NARDI en dos textos o fuentes romanas: «D. 34, 9, 5, 20, PAULUS, libro primo de iure fisci» y «D. 49, 14, 18, 9, PAULUS, libro septimo ad legem Iuliam et Papiam» *(Vid. I casi di indegnità nel diritto successorio romano,* cit., pág. 50, nota 3).

(18) *Vid. Diritto ereditario romano,* cit., pág. 203.

desaparición de la *«incapacitas»* en el derecho justinianeo, siendo suprimida en gran parte por Constantino (19).

Pero —ya se ha dicho— no surge la indignidad sólo como «algo distinto» de la *«incapacitas»*, sino que también aparece diferente con respecto a la *«testamenti factio»*, cuya separación entre ambas figuras sobrevive en el derecho justinianeo y, como expresaba BIONDI *«por forza di tradizione é passata nel diritto moderno»* (20).

Dicha expresión, *«testamenti factio»*, que literalmente significa «facción (otorgamiento) del testamento, por trasposición (21), se usaba en la época clásica romana para referirse a la capacidad para otorgarlo y, en cualquier caso, dicho concepto era referido siempre a la persona del testador.

No obstante, tal exactitud en el uso de dicha terminología deja de ser observada en la época postclásica, ampliando su campo de referencia no sólo a la persona del testador, sino también a las personas designadas en el testamento. Distinguiéndose más tarde, con el Derecho común, una *«testamentifactio activa»*, como la incapacidad que había de poseer el testador, y una *«testamentifactio passiva»*, referida a aquellas personas designadas en el testamento (herederos, legatarios...).

Según JORS-KUNKEL, puede definirse la *«testamenti factio passiva»* como «la capacidad necesaria para ser instituido heredero por testamento, para adquirir legados o para ser nombrado tutor» (22); o de forma más simple, como hace BIONDI, con dicha expresión se indica la *«capacitá di ricevere»* (23).

Este autor, BIONDI, resalta la razón por la que nace y subsiste la indignidad como instituto distinto de la incapacidad de recibir, calificándole de *«sostanziale»* y señalando que la finalidad perseguida por la ley con la exclusión de algunas personas de la sucesión, no es otra que la de imponer una *pena de carácter patrimonial* (24). El autor italiano explica que esta hipótesis no es posible encuadrarla en la *«testamentifactio»*, ya que en este caso tendría lugar el derecho de acrecimiento y la delación a los llamados en segundo lugar. Puesto que esta consecuencia parece injusta, ya que si es «arrebatado» al indigno lo que iba a recibir, no parece justo que el llamado en segundo lugar se beneficie de las culpas ajenas, o dicho de otro modo, como *el propio autor indica «che la punizione del reo constituisca vantaggio per altri»*, es por lo que —continúa BIONDI— «debía abrirse camino»

---

(19) *Vid.* B. BIONDI: *Diritto ereditario romano*, cit., pág 204; BONFANTE: *Corso di diritto romano*, cit., pág. 330; JORS-KUNKEL, en *Derecho privado romano*. Trad. de la 2.ª ed. alemana por PRIETO CASTRO. 1.ª ed., 1937, reimpr. 1965, pág. 474.

(20) Cfr. *Diritto ereditario romano*, cit., pág 204

(21) *Vid.* JORS-KUNKEL: *Derecho privado romano*, cit., pág. 457.

(22) *Vid. Derecho privado romano*, cit., pág. 458.

(23) Cfr *Diritto ereditario romano*, cit., pág. 196.

la idea de atribuir la disposición al erario (luego al fisco), apareciendo así la indignidad como instituto distinto de la *«testamenti factio»*, y surgiendo el concepto *«a prima vista strano»* de que el indigno *«puó acquistare, ma non conservare»*, puesto que sólo admitiendo la adquisición es posible la atribución al erario.

De esta forma explica BIONDI la aparición de la indignidad como «instituto autónomo» (25); indicando, posteriormente, los puntos en que divergen ambos institutos. Así señala que indignidad y *«testamenti factio»* se diferencian:

> *a)* Por sus fuentes. La *«testamenti factio»* es contemporánea al mismo nacimiento del testamento, es un instituto del *«ius civile»*, mientras que la indignidad es de fecha reciente y deriva de concretas disposiciones legales.
>
> *b)* Por su fundamento. Señala BIONDI en este apartado, que mientras la *«testamenti factio»* es referida a la capacidad jurídica general de la persona, la indignidad se funda «en principio» en la conducta reprochable del que recibe por testamento.
>
> *c)* Por los efectos. Indica el autor aquí, la diferencia referida como razón sustancial del origen autónomo de la indignidad con respecto a la *«testamenti factio»*, es decir, que mientras en el caso de esta última tiene lugar el derecho de acrecer o la llamada sucesiva a los sustitutos o a los herederos legítimos según el orden legal; en el caso del heredero indigno, la herencia va al fisco o, excepcionalmente, a las personas indicadas por la ley, pero nunca a los llamados en segundo lugar (26).
>
> *d)* Por la falta de la *«testamenti factio»*, la herencia ni se defiere ni se puede adquirir, en cambio, en el caso del indigno, la herencia es deferida y puede ser adquirida, sin perjuicio de que le sea «arrebatada» para atribuirla a otro.
>
> Hace mención BIONDI al principio *«potest capere sed non potest retinere»* ya aludido, y que es formulado de forma determinante por los intérpretes.
>
> *e)* También, señala el autor, que mientras la *«testamenti factio»* se requiere en *«tria momenta»* (confección del testamento,

(24) *Vid Diritto ereditario romano*, cit, pág. 204, y *Sucesión testamentaria y donación*, cit, pág. 161.

(25) Cfr. *Diritto ereditario romano*, cit, pág. 207.

(26) En el mismo sentido NARDI señala como diferencia fundamental entre la indignidad y la incapacidad de suceder la siguiente: «l'incapace è escluso dalla successione ed il lascito non gli beni devolutigli» (cfr. «I casi di indegnità nel diritto successorio romano», cit, pág 47, en *Trittico indignitario*, cit., pág. 725, y en *Novissimo Digesto italiano*, cit, pág. 593).

muerte del *de cuius* y aceptación), la indignidad se refiere al momento en que se cometió el hecho que le dio lugar y tiene carácter permanente.

f) Señala BIONDI una última diferencia entre ambos institutos, basada en que la incapacidad de recibir es general, mientras que la indignidad es relativa a una sola persona (27).

Queda, pues, patente, a tenor de lo expresado por la doctrina, el surgimiento y desarrollo de la figura de la indignidad como independiente y distinta de las figuras preexistentes de la *«incapacitas»* (derecho clásico) y de la *«testamenti factio»* (derecho clásico y postclásico), lo que permite su estudio, en Derecho romano, como una figura existente *«per se»* y con fundamento y caracteres propios que resaltan el interés en su conocimiento.

2. PERFIL QUE PRESENTA LA INDIGNIDAD ROMANA

Instituto no unitario inorgánico, el de la indignidad romana, cuya realidad se basaba en la existencia de diversas hipótesis y casos independientes unos de otros, surgidos en circunstancias también distintas, siendo obras de varios legisladores y, a veces, incluso notablemente distanciados en el tiempo.

Al parecer, tal como indica NARDI, ninguno de esos casos revestía *«un tale carattere da poter esercitare sui rimanenti una attrazione, che, vincendo le particolari differenze sostanziali, permettesse il formasi di un quadro piú o meno esterio, piú o meno completo»* (28). Al contrario, cada caso, se encontraba apegado, normalmente, al instituto del cual se sustraía la hipótesis (v.gr., donación *fideicomiso, bonorum possessio contra tabulas, querella inofficiosi,* falsa acusación, etc.); por ello, devenía prácticamente imposible la formación de un título propio y completo de la indignidad.

Es ésta la situación que presenta el instituto de la indignidad en el derecho postclásico y no se da el más mínimo rastro, ni siquiera un intento, de reunir en una única sede la mayor parte de los casos de indignidad, hasta la época de Justiniano cuando los compiladores dan paso a un hecho importante en la historia de la formación de nuestra figura. Dicho evento no es otro que la creación de una «rúbrica indignitaria».

Las circunstancias eran especialmente favorables a la creación de un título sobre la indignidad, ya que los justinianeos debían emprender un examen del derecho positivo vigente en su totalidad, tal como dice NARDI

(27) El mismo autor, en otra parte de su obra mantiene que la relatividad no puede elevarse a elemento característico de la indignidad *(Sucesión testamentaria y donación,* cit., pág. 163). No obstante, la menciona como diferencia entre aquélla la *«testamenti factio»*.

(28) Cfr *I casi di indegnità nel diritto successorio romano,* cit., pág. 358.

«non coi rigidi limiti che il respetto delle fonti impone all interprete de al docente, bensi con l'ampia libertá del legislatore» (29), para el cual la obra de compilación y codificación íntegra suponía un fuerte impulso hacia la reordenación, perfeccionamiento y sistematización del vasto material legislativo del cual se servía.

Con ello, Justiniano acoge todo cuanto encuentra en las fuentes clásicas y dedica a la indignidad un título en las Pandectas y uno en el Codex que rezan del siguiente modo: *«De his quae ut indignis auferuntur»* (D, 34, 9) y *«De his quibus ut indignis auferuntur et ad senaturs consultum Silanianum»* (C, 6, 35) (30).

Ahora bien, si parece importante la creación de una rúbrica que acoja los supuestos de indignidad, es necesario añadir a tal hecho las siguientes observaciones no menos relevantes en torno al hecho.

En primer lugar, los casos que incluye, aparecen amontonados sin proporción ni orden (31). A ello se une el hecho de que el mayor número de textos sobre indignidad no se encuentran en la rúbrica misma, sino fuera de ella y dispersados en unos y otros lugares (32).

Los compiladores, pues, no elaboran una rúbrica o título indignitario desde un punto de vista unitario, sino que más bien puede afirmarse que los casos de indignidad en el Derecho justinianeo se encuentran agrupados formalmente, pero no sustancialmente (33).

---

(29) Cfr. *I casi di indegnità*, cit., pág. 16

(30) Señala Voci que la compilación justinianea no comporta, *«nè può portare»*, ningún cambio sustancial con el régimen clásico, e incluso dice *«Egli stesso (Justiniano) afferma, ., di non voler mutare nulla del regime classico»* (Cfr. *Diritto ereditario romano*, cit., págs. 480 y 483).

Ante ello, Nardi indica que no es de extrañar que Justiniano, *«il quale ha creato nuovi casi di indegnitá, ha modificato spesso i preesistenti e le regole ad essi relative, e ha raggruppato varii passi in materia»*, haya creado también las rúbricas referidas, dando así, en opinión del romanista, *«un importante segno esteriore della sua opera in questo campo»* (Cfr *I casi di indegnità*, cit , pág. 16 y v pág 41, nota 1).

(31) Nardi señala que *«Triboniano non si è evidentemente preoccupato che di riunire in un'unica sede, a titolo indicativo, qualche passo sui varii casi di dindegnità» (I casi di indegnità*, cit , pág. 359)

(32) La explicación que a ello da Nardi se basa en el hecho ya mencionado, de que hasta Justiniano las hipótesis de indignidad se encontraban en el seno de los más diversos institutos, de ahí, explica el autor, que para constituir el título *«De his quae ut indignis auferuntur»* se sirvieron los compiladores sólo de los pasajes que, bien por la obra en que se incluían, bien por otro motivo, podían ser extraídos de su sede sin gran esfuerzo, con más facilidad, mientras que los demás *(«ed erano i più»)* continuaron en los textos originarios. Es por ello que se puede decir con Nardi que si bien la creación de la «rúbrica indignataria» ha constituido un buen paso hacia un tratamiento autónomo de la figura, *«il diritto giustinianeo è però ancor lontano dalla autonomia desiderata». (Vid I casi di indegnità*, cit., pág 17 y cfr *I casi di indegnità*, cit., pág. 359).

(33) *Vid.* Nardi· *I casi di indegnità*, cit , pág. 359, y Voci. *Diritto ereditario romano*, cit., págs. 480 y 483.

No obstante, la incertidumbre e inseguridad de las fuentes, así como de la doctrina, cabe hacer alusión a algunos elementos y caracteres esenciales que, según la doctrina romanista, imperaban en las hipótesis de indignidad romana.

A tal efecto resulta primordial, tal como indica BIONDI, el elemento que *«nella grande eterogeneitá dei casi si rintraccia in modo constante»* (34). Dicho elemento aparece en las fuentes expresado con el verbo *«auferre»* y, como señala NARDI (35), con el mismo se hace referencia a la sanción que se impone al sucesor indigno, consistente en la *«ereptio»* de los bienes hereditarios, *«che costui non merita»*.

Ahora bien, si del *«auferre»* o *«eripere»* puede decirse que es el elemento constante y característico de la indignidad romana, no puede decirse otro tanto en cuanto al *«ereptorium»* («atribución positiva de la disposición») (36), puesto que, «en la mayor parte de los casos el *ereptorium* va al fisco, pero no se excluye que en otros casos la ley lo atribuye a otras personas» (37). De esta manera, puede concluirse con dicho autor, que «lo que caracteriza a la indignidad y permite distinguirla de otros institutos, no es tanto la atribución del *"ereptorium"* al fisco, cuanto el mismo hecho del *"eripere"*».

Con este verbo (38) parece indicarse un «acto violento» (39), que es definido por BIONDI como *«un atto, amministrativo o giudiziario, che importi nel fisco la volontá di impossessarsi della quota dell'indegno»* (40).

Ahora bien, este hecho del *«auferre»* o *«eripere»* debe venir legitimado por una norma que permita al fisco llevarlo a efecto (41).

En este sentido, NARDI opina que el fisco no tiene la obligación de llevar a efecto la *«ereptio»* (en cuanto se habla de legitimación) y podrá, de esa forma, omitirla o renunciar a ella (42). En base a ello, el autor define la *«ereptio»* como *«un diritto (non un obbligo) che compete sempre ed esclusivamente al fisco»*, concluyendo que los casos en los cuales el *«eripiente»* no fuera el fisco son casos de indignidad (43).

---

(34) Cfr. *Diritto ereditario romano*, cit., pág. 205, así como en *Sucesión testamentaria y donación*, cit., pág. 162

(35) *Vid. I casi di indegnità*, cit., pág. 27.

(36) *Vid* BIONDI *(Sucesión testamentaria y donación*, cit., pág. 162).

(37) Según BIONDI: *Sucesión testamentaria y donación*, cit., pág. 162. En contra, NARDI: *«Trittico indignitario»*, cit., pág. 727, y *I casi di indegnità*, cit., pág 294

(38) Tal como expresa NARDI: *«indubbiamente molto expressivo» (I casi di indegnità*, cit., pág. 28).

(39) En palabras de BONFANTE *(Corso di Diritto Romano*, cit., pág. 282).

(40) Cfr. *Diritto ereditario romano*, cit., pág. 206.

(41) *Vid.* NARDI: *I casi di indegnità*, cit., pág 43; *«Trittico indignitario»*, cit., pág 727, y en *Novissimo Digesto italiano*, cit., págs 593 y 594.

(42) *Vid I casi di indegnità*, cit., pág. 43

(43) *Vid. «Trittico indignitario»*, cit., pág. 727, y *I casi di indegnità*, cit., pág. 294. En el mismo sentido VOCI: *Diritto ereditario romano*, cit., pág. 487.

De esta forma, aparece como sujeto activo de la *«ereptio»* el Fisco (44), aunque la doctrina no se mantiene unánime en torno a la exclusividad o no del mismo como tal. Así, mientras unos opinan que *«eripiente»* es siempre y solamente el fisco (45), otros mantienen que si bien generalmente, el *«ereptorium»* va al fisco, como caso normal, no queda descartado el caso en que vaya dirigido a una tercera persona *(bona ereptoria)* (46).

En cuanto a los sujetos pasivos de la *«ereptio»*, NARDI indica que puede ser indigno un heredero, un legatario o un fideicomisario (47). Por su parte VOCI, concretando aún más, señala como posibles sujetos pasivos: el heredero *«ex testamento»* o *«ab intestato»*, *«ex asse»* o *«pro parte»;* el legatario y el fideicomisario *«a titolo universale o particolare»* (48).

Según NARDI, el derecho de *eripiente* no puede surgir antes de la *apertura de la sucesión,* porque el goce por parte del sucesor de los bienes hereditarios *«diviene spesso inopportuno soltanto dopo la delazione o addirittura dopo l'acquisto»* (49). Es por ello, en el sentir del autor compartido también por BONFANTE (50), que el derecho del *eripiente* a los bienes surge al momento de la delación de la herencia a favor del indigno. Por consiguiente, en opinión de los citados autores, tal derecho no cesa si el indigno renuncia o muere después de la delación, así como en el caso de que el indigno no posea aún los bienes. Pero sí cesa si el indigno muere antes de la delación o si, por otros motivos, la institución es nula (51).

Mas cabe preguntarse cómo se ejerce este derecho, o mejor dicho, cuál sea el procedimiento por el cual la *«ereptio»* es llevada a cabo; ante lo cual

---

En contra, R SOHM: *Instituciones de Derecho privado romano. Historia y sistema,* 17.ª ed. trad. por W. ROCES. Madrid, 1936, pág 551, PEROZZI, en *Istituzioni di Diritto romano,* vol II, Firenze, 1908, pág. 416; BIONDI: *Diritto ereditario romano,* cit, pág. 205 y *Sucesión testamentaria y donación,* cit., pág. 162.

(44) NARDI indica que hasta Antonino Pío, la atribución se hacía al Erario *(«Trittico indignitario»,* cit., pág. 727). Por su parte, VOCI señala que la avocación viene, originariamente, a favor del *«aerarium populi Romani»,* y más tarde al Fisco, indicando que *«Il mutamento avviene tra l'età di Adriano e quella dei Severi» (Diritto ereditario romano,* cit., pág. 487).

(45) En este sentido NARDI: *«Trittico indignitario»,* cit., pág 727, y *I casi di indegnità,* cit., pág. 294; VOCI: *Diritto ereditario romano,* cit., pág. 487.

(46) Entre los autores que mantienen esta postura destacan los siguientes: SOHM, en *Instituciones de Derecho privado romano,* cit., pág 551; PEROZZI, en *Istituzioni di Diritto romano,* cit., pág 416, y BIONDI: *Diritto ereditario romano,* cit., pág. 205 y *Sucesión testamentaria y donación,* cit., pág. 162

(47) *Vid I casi di indegnità,* cit., pág. 287.

(48) *Vid. Diritto ereditario romano,* cit., pág. 484.

(49) *Vid I casi di indegnità,* cit., pág 303

(50) *Vid. Corso di Diritto romano,* cit., pág. 283.

(51) *Vid* NARDI: *«Trittico indignitario»,* cit., pág 727, y BONFANTE: *Corso di Diritto Romano,* cit , pág. 283.

el verbo *«auferre»* nada nos indica sobre el modo en que el indigno se ve privado de los bienes hereditarios objeto de la *«ereptio»*.

Al parecer, el fisco hacía valer su propio derecho a los bienes, mediante una «acción» del tipo de la *«actio in rem»* (52). Esta acción, que es promovida por el *«advocatus fisci»* en un juicio ante la cabeza de la administración fiscal, da lugar a un proceso de carácter administrativo-fiscal que se sigue en la forma de la *«cognitio extra ordinem»* y persigue declarar la pertinencia de la indignidad y el consecuente pronunciamiento de la *«ereptio»* (53).

Los efectos a los que daba lugar dicho pronunciamiento cabe distinguirlos en relación al fisco y en relación al indigno.

En relación al fisco, los autores (54) señalan los siguientes efectos:

a) El fisco, en virtud de la *«ereptio»,* sucede al titular de su legado *«mortis causa»* en aquella ventaja patrimonial del mismo cuyo beneficiado sea el indigno.

b) Si los bienes ya han sido adquiridos por el indigno deben ser restituidos al fisco y si, todavía, no han sido adquiridos por aquél, pasarán al fisco directamente. En el primer caso, los bienes adquiridos por el indigno deberán ser restituidos al fisco con todo «emolumento», esto es, con los frutos y los intereses.

c) Si al fisco es atribuido todo el legado sustituye al indigno incluso en el eventual derecho de acrecer.

d) La sucesión del fisco no es a título de herencia, sino que «es una verdadera y propia adquisición patrimonial», que comprende sólo el activo (o sea, lo que verdaderamente los romanos llamaban patrimonio o *«bona»).*

Por otra parte, sobre el indigno se producen, principalmente, los siguientes efectos:

a) El deber de restituir los bienes hereditarios adquiridos, cuya conservación se le prohíbe, con los frutos e intereses (55).

b) Pierde, el indigno, todo derecho sobre los bienes que le son sustraídos (56).

---

(52) *Vid.* NARDI: *«Trittico indignitario»,* cit., pág. 727, *I casi di indegnità,* cit., pág. 315.

(53) En el mismo sentido, VOCI. *Diritto ereditario romano,* cit., pág. 487

(54) Esencialmente, *vid.* NARDI: *I casi di indegnità,* cit., págs. 337-8, y *Trittico indignitario»,* cit., pág. 594.

(55) BONFANTE expresa que en la restitución de frutos y de intereses, el indigno es equiparado a un poseedor de mala fe, y se basa en las fuentes romanas: D. 34, 9, 17 y C. 6, 35, 1 *(Corso di Diritto Romano,* cit., pág. 283)

c) Pierde, de igual modo, los derechos derivados de la confusión con su patrimonio de los bienes que son atribuidos al fisco (57).

No obstante lo anterior, el indigno conserva su cualidad de heredero y de sucesor (58), lo cual parece mostrarse como una característica más de las que presentan los casos de indignidad como común a todos ellos y que, por tanto, contribuye a delimitar la figura jurídica de la indignidad en la época romana.

Aparece, también, como característica común en las hipótesis de indignidad, el principio, formulado por los intérpretes, que posibilita al indigno la adquisición de la herencia, prohibiéndole la conservación de la misma: *«potest capere sed non potest retinere»*. Es decir, la herencia se transmite y puede, incluso, ser adquirida por el indigno, ya que, como explica BONFANTE (59), a éste no falta la *«testamenti factio»*, o como dice claramente SOHM, «la indignidad no es incompatible con la "delación" ni con la adquisición de la herencia», ahora bien, «quien se porta innoblemente con el causante considérase indigno de "conservar" la herencia» (60).

Puede presentarse, también, como nota característica de la indignidad en esta época, la de su «relatividad», al ser el sucesor indigno en función de una particular relación y respecto a un determinado *«de cuius»* (61).

En cuanto a si constituye o no elemento configurador de la indignidad romana la figura de la *rehabilitación* del indigno, la doctrina romanista se divide y, de esta forma, se pueden observar diversas tendencias:

1. En primer lugar, cabe advertir la existencia de gran parte de la doctrina que, al tratar del estudio de la figura de la indignidad eluden el problema (62).

---

(56) *Vid.* NARDI: *«Trittico indignitario»*, cit., pág. 727.

(57) *Vid.* NARDI: *I casi di indegnità*, cit., pág. 338.

(58) BONFANTE: *Corso di Diritto romano*, cit., pág. 283, NARDI: *«Trittico indignitario»*, cit., pág. 727; *I casi di indegnità*, cit., pág. 44; *Novissimo Digesto italiano*, cit., pág. 594.

(59) *Vid. Diritto ereditario romano*, cit., pág. 206.

(60) *Vid. Instituciones de Derecho Privado romano*, cit., págs. 550-551.

(61) En este sentido, NARDI: *I casi di indegnità*, cit., págs. 44-45. En contra, se muestra BIONDI, cuando dice que la relatividad no puede ser elevada a elemento característico, puesto que si bien es verdad que la indignidad es siempre relativa a una determinada herencia, «no faltan casos de incapacidad absoluta como, por ejemplo», cita el autor, «la incapacidad del cónyuge binubo» *(Sucesión testamentaria y donación*, cit., pág. 163).

(62) Entre ellos pueden citarse a: ARIAS RAMOS *(Vid. Derecho romano*, vol. II, 1940, pág. 282), IGLESIAS SANTOS *(Vid. Instituciones de Derecho romano*, vol. II, 1951, pág. 243), BONFANTE *(Vid. Corso di Diritto romano*, cit., págs. 282 y ss.), PEROZZI *(Vid Istituzioni di Diritto romano*, cit., págs. 416-417), JORS-KUNKEL *(Vid. Derecho privado romano*, cit., pág. 474), y SOHM *(Vid Instituciones de Derecho privado romano*, cit., págs. 550-561).

2. Otros autores admiten la posibilidad de existencia de la rehabilitación sólo en algún caso especial (63).

3. Otra tendencia la constituye aquellos autores que admite la figura en todos los casos de indignidad (64).

4. Por último, otros autores se muestran partidarios de negar la existencia de la rehabilitación en el Derecho romano (65).

Puede advertirse claramente que el tema se encuentra incierto y tal incertidumbre aparece tanto en las fuentes romanas por falta de expreso reconocimiento, como en la doctrina que, como queda evidente, no se mantiene unánime al respecto, sino que por el contrario, se presenta bastante dividida.

Por todo ello, parece aventurado el afirmar o negar la cuestión que se ha suscitado, por lo que estas líneas se limitan a exponer el problema, dejando en todo caso constancia de su incertidumbre.

Una vez conocidas las características que los romanistas refieren como esenciales de la indignidad romana, y a modo de resumen o conclusión, con el objeto de dar una idea de la configuración de aquélla y el perfil que presentaba en dicha época, se puede decir, adoptando las palabras de NARDI, que *«una norma giuridica accorda al fisco la leggitimazione ad eripere dei beni di un determinato de cuius che siano stati devoluti morti causa —a titolo universale o a titolo particolare— a persona che per speciale motivo sarabbe inopportuno che ne acquistasse o ne conservasse il godimento»* (66).

Aparece, por tanto, la indignidad para suceder, en Derecho romano, como una figura autónoma, distinta de la *«capacitas»* y de la *«testamenti factio»* existentes en la época, con un carácter inorgánico y asistemático,

---

(63) Destaca en esta postura BIONDI, el cual, indicando que nada preciso dicen las fuentes, añade que en varios casos la rehabilitación se excluye y es «precisamente en aquéllos en que no se funda en una ofensa al "de cuius"». Se refiere expresamente al caso de enajenación de la herencia en vida del testador, haciendo alusión al requisito de la ignorancia del disponente, «por lo que la posterior ratificación de la enajenación debería excluir la indignidad». *Vid. Sucesión testamentaria y donación,* cit., pág. 179, y *Diritto ereditario romano,* cit., pág. 208

(64) Entre estos, y como más representativo, menciona HERNÁNDEZ GIL *(«La rehabilitación del indigno»,* cit., pág 287) a VITALI, quien sostiene que la rehabilitación no es un instituto nuevo, encontrándola expresamente admitida para el Derecho romano en Digesto 34, 4, 4.

A ello se opone expresamente NARDI en *I casi di indegnità,* cit., pág. 46, nota 7.

(65) Entre ellos cabe destacar a NARDI *(I casi di indegnità,* cit., pág. 56, *«Trittico indignitario»,* cit., pág. 728), y a HERNÁNDEZ GIL *(«La rehabilitación del indigno»,* cit., págs. 288-289) BARASSI puede también incluirse en este apartado *(Le successioni per causa di morte,* 3.ª ed., riv., Milano, 1947, pág. 57), al igual que MANRESA Y NAVARRO *(Comentarios al Código Civil español.* Tomo VI, vol. I, Madrid, 1973, pág. 100)

(66) Cfr. *I casi di indegnità,* cit., pág. 42.

dispersa en variadas hipótesis en las que aparece siempre como una sanción que se impone al acreedor indigno por la que tiene lugar la *«ereptio»* de los bienes hereditarios de los que era beneficiario, y sobre los que, por su reprobable conducta respecto del *«de cuius»*, pierde todo derecho, aunque conserve la cualidad de heredero. Es el Fisco, en virtud de la *«ereptio»*, el que sucede al indigno en tal derecho; de tal forma que si los bienes ya han sido adquiridos por el indigno, deben ser restituidos al Fisco, y si, aún no han sido adquiridos por aquél, pasarán al Fisco directamente; plasmándose todo ello en un principio que caracteriza la figura romana de la indignidad: *«indignus potest capere sed non potest retinere»*.

3. Los casos de indignidad en las fuentes romanas

Tanto la falta de expresiones técnicas cuanto el notable número de textos esparcidos fuera de las sedes materiales (D. 34, 9 y C. 6, 35), así como las numerosas lagunas de las fuentes y, como indica Nardi, la «extrema penuria» de los datos históricos que se poseen complican la ilustración de los casos de indignidad romana. Ello provoca la falta de unanimidad y acuerdo en la doctrina sobre la materia, siendo algunos casos aceptados por todos como hipótesis ciertas de indignidad, mientras otros son calificados como tales sólo por parte de los autores, y, por ello, de dudosa inclusión o encuadramiento en la figura jurídica de la indignidad (67).

Los casos admitidos unánimemente por la doctrina como hipótesis de indignidad en el Derecho romano, son los siguientes:

1. Denuncia por comercio ilícito (D. 34, 9, 1. Marcianus, *libro sexto institutionum)* (68).
2. *«Bonorum possessio contra tabulas»* (D. 34, 9, 2 pr. Marcianus, *libro undécimo institutionum)* (D. 38, 2, 16, 5. Ulpianus, *libro quadragensimo quinto ad edictum)* (69).

---

(67) Cfr. *I casi di indegnità*, cit., pág 79. Sobre la sede de la indignidad en Digesto y Código, *vid.* Reimundo: *La sistematización...*, cit., págs. 97 y ss

(68) En dicho texto se hace alusión a un rescripto de «Severo y Antonino» en el que se decía que debía privarse al liberto del legado o fideicomiso que se le dejaban en el testamento del patrono cuando le había denunciado después de su muerte como traficante de mercancía ilícita, a pesar de que mereciera un premio por tal denuncia. Sobre esta hipótesis, *vid.* Nardi: *I casi di indegnità*, cit., pág. 80. Bonfante: *Corso di Diritto romano*, cit., pág. 334, Biondi *Sucesión testamentaria y donación*, cit., pág 165, Voci: *Diritto ereditario romano*, cit., pág. 469.

(69) Se trata de dos casos análogos. En el primero de ellos se manda que se privará de la herencia íntegramente, y pertenecerá la misma al fisco, al hijo emancipado que hubiere reclamado la posesión de los bienes hereditarios contra el testamento a causa

3. *«Querella inofficiosi testamenti»* (D. 5, 2, 8, 14. ULPIANUS, *libro quarto decimo ad edictum)* (70).

4. Casamiento del tutor con la pupila (D. 34, 9, 2, 1. MARCIANUS, *libro undécimo institutionum)* (D. 30, 128. MARCIANUS, *libro secundo institutionum)* (71).

5. Matrimonio del magistrado con mujer de la provincia en que ejerce su cargo (D. 34, 9, 2, 1. MARCIANUS, *libro undécimo institutionum)* (D. 23, 2, 63. PAPIANUS, *libro primo definiotionum)* (72).

6. Matrimonio entre adúlteros (D. 34, 9, 13. PAPIANUS, *libro trigesimo secundo quaestionum)* (73).

---

de preterición, y hubiere adido la herencia como sustituto pupilar de un hermano impúbero.

En el segundo, se dice que el que hubiere recibido la posesión contra testamento en los bienes del libero será excluido de cuanto le haya dejado por su voluntad el liberto, y no sólo si el liberto le hubiera instituido a él como heredero, sino también como sustituto de su hijo impúber.

En relación a estos dos casos, B. NARDI. *I casi di indegnità,* cit., pág. 81; BIONDI: *Sucesión testamentaria y donación,* cit , pág 176, VOCI: *Diritto ereditario romano,* cit , pág. 474.

(70) En tal hipótesis se incluye aquél quien atacó injustamente un testamento como inoficioso y no triunfó en el litigio Por ello, pierde lo que recibió en virtud del testamento, y se atribuye al fisco. Pero solamente se le quita, a la persona indigna, lo que se le dejó en el testamento si hubiere perseverado en el litigio injusto hasta el momento de dictar sentencia, pues si desistió o murió antes de ésta, no se le quita lo que se le dejó.

Son de especial interés para un mayor abundamiento sobre esta hipótesis de indignidad, los artículos monográficos de NARDI: «In tema di indegnitá da soccombenza nella "Querella inofficiosi testamenti"», en *SDHI,* 5 (1939), págs. 450-457, y G. LAVAGGI: «L'indegnitá a succedere per soccombenza nella "querella inofficiosi testamenti"», en *SDHI,* 5 (1939), págs 76-100

(71) En la primera de las fuentes indicadas se señala que si un tutor se hubiese casado con su pupila contra el decreto del Senado, la herencia (que hubiere recibido por el testamento de su mujer) es para el fisco aunque la hubiese adido ya el instituido heredero universal, pues se le confisca como a persona indigna. En el segundo texto se explica aún más y se dice que si en contra de lo dispuesto por el senadoconsulto se hubiese casado un tutor con su pupila, podrá ésta adquirir en virtud del de aquélla, porque delinquen aquéllos que contraen nupcias prohibidas y es justo que sean castigados, delito que, se dice, no se puede imputar a la mujer que fue engañada por su tutor. *Vid* NARDI: *I casi di indegnità,* cit., pág. 90

(72) Por esta hipótesis de indignidad, si alguien se hubiera casado contra los mandatos imperiales en aquella provincia en la que se desempeñe su cargo, no puede retener lo que hubiese recibido por el testamento de su mujer.

El segundo texto reseñado se cuestiona el tema de si se ha de quitar a la que sobrevivió al marido, lo que le dejó en testamento, considerando que, a semejanza con el supuesto anterior de pupila casada con su tutor, la mujer puede conseguir lo que se le dejó en testamento, pero la cantidad que se le dio en dote es necesario que la restituya al heredero Sobre tal hipótesis, *vid.* NARDI: *I casi di indegnità,* cit , págs. 93 y ss

(73) Se trata de un supuesto en que el hombre condenado por cometer adulterio con la mujer, se casa con ésta, no habiendo sido ella condenada. El, al morir, la dejó como

7. Unión ilegal de mujer con un militar (D. 34, 9, 14. PAPIANUS, *libro trigesimo tertio quaestionum)* (74).

8. Donación o enajenación, en todo o en parte de los bienes del pariente aún vivo (D. 39, 5, 29, 2. PAPIANUS, *libro duodecimo responsorum)* (C. 2, 3, 30. Imp. Iustinianus A. Iohanni pp.) (75).

9. Causar la muerte del *«de cuius»* (D. 34, 9, 3. MARCIANUS, *libro quinto regularum)* (D. 48, 20, 7, 4. PAULUS, *libro singulari de portionibus, quae liberis damnatorum conceduntur)* (76).

10. Impugnación del testamento con inoficioso o falso

---

heredera. Se dice que no pertenece al lucro de la herencia a la mujer, sino que lo que le dejó él, debe pasar al fisco. También si tal mujer hubiere instituido heredero a su marido, se privará a éste de la herencia como indigno *Vid* NARDI: *I casi di indegnità,* cit., pág. 97

(74) En este caso se dice que, aunque el militar hubiere muerto antes del año de su licenciamiento, no puede ser admitida ella a heredar conforme al testamento hecho por derecho de milicia, y que lo que él dejó pertenece al fisco. Sobre esto, NARDI: *I casi di indegnità,* cit., págs. 98 y ss

(75) Se priva de la herencia, como persona indigna, a aquél que dona o enajena o dispone de bienes del pariente aún vivo, o sin su conocimiento *Vid* NARDI: *I casi di indegnità,* cit , págs. 102 y ss.; BIONDI: *Sucesión testamentaria,* cit , pág. 169; BONFANTE *Corso,* cit., pág 335, VOCI: *Diritto ereditario,* cit., pág. 469

(76) Según la primera fuente citada es indigno aquel contra quien se probó con absoluta claridad que había obrado de tal manera que provocó que su mujer, que le había instituido heredero, muriera por su negligencia y culpa.

En el segundo texto referido se dice que el fisco se quedará con la herencia del condenado por procurar que mataren a un pariente, que tras ello, adió tal herencia o recibió la posesión de los bienes de aquélla.

Es dudoso, en la doctrina, el tema de si también el homicidio culposo, además del doloso al que se refieren las fuentes supondría indignidad. Mientras BIONDI deja planteado el tema, sin inclinarse por una postura y otra *(Sucesión testamentaria y donación,* cit., pág 163), BONFANTE piensa que los compiladores quisieron asimilar la «magna culpa» al «dolo» *(Corso di diritto romano,* cit., págs. 331 y 332); y NARDI, en contra de éste último, manifiesta que Justiniano no quiso comprender en la indignidad el homicidio culposo, pues si así lo hubiese querido *«avrebbe eliminato dal testo l'espressione "id agere ut"»,* y hubiese asimilado así el homicidio culposo al doloso *(Vid. I casi di indegnità,* cit . págs. 112 y ss., en especial pág. 115).

Otra cuestión se plantea con respecto a este caso de indignidad y es la de si se precisa la condena en juicio penal. Sobre la misma aparecen de acuerdo BIONDI, BONFANTE y NARDI, en afirmar que no se precisa, no presupone, ni depende la indignidad de la condena penal. Según BIONDI y BONFANTE, la prueba de la indignidad puede tener lugar incluso después de la muerte del reo, siendo independiente también de la prescripción de la pena y, en general, de los requisitos formales del derecho o de la prueba criminal.

Una cuestión más se plantea la doctrina y es si se extiende la indignidad a los casos en los que la víctima es un familiar del «de cuius» y no éste. BONFANTE se muestra partidario de tal extensión *(Corso di diritto romano,* cit., pág. 332), basándose en la interpretación que da FADDA al texto del D 49, 14, 9, 1, mientras que NARDI mantiene que tal interpretación es errónea, llevando ello a un resultado contrario *(vid. I casi di indegnità,* cit , pág. 116).

(D. 49, 14, 13, 9. PAULUS, *libro septimo ad legem Iualiam et Papiam)* (77).

11. Sustracción de bienes hereditarios (D. 34, 9, 6. MARCELLUS, *libro vicesimo secundo digestorum)* (78).

12. Entablar controversia sobre el *status* personal del *«de cuius»* (D. 34, 9, 9, 2. ULPIANUS, *libro quarto decimo ad legem Iuliam et Papiam)* (79).

13. Fideicomiso tácito o secreto (D. 35, 2, 59, 1. MODESTINUS, *libro nono pandectarum)* (D. 49, 14, 49. PAULUS, *libro singulari de tacitis fideicommissis)* (80).

14. Revocación de la institución de heredero mediante cancelación del nombre, destrucción de las tablas testamentarias, institución de otros en posterior testamento inválido o por declaración en «carta familiar» o codicilo (D. 34, 9, 12. PAPIANUS, *libro sexto decimo quaestionum)* (D. 34, 9, 12, 2. PAPIANUS, *libro octavo responsorum)* (C. 6, 35, 4. Imp. Alexander A. Philomuso) (81).

15. Acusación de suposición de parto del sustituto pupilar

---

(77) Se denomina indignos aquellos que impugnaron el testamento como inoficioso o como falso y sostuvieron su impugnación hasta el fin del litigio.

Ahora bien, a esta hipótesis se señalan excepciones en D. 34, 9, 22. Así, la del tutor que en nombre de su pupilo denunció un testamento como falso o lo impugnó como inoficioso, en este caso aunque no hubiese tenido éxito, no pierde los legados que se le dejan en aquel testamento. Sobre esta hipótesis de indignidad, NARDI: *I casi di indegnità*, págs. 117 y ss ; BIONDI: *Sucesión testamentaria...*, cit , pág. 166, BONFANTE: *Corso di diritto romano,* cit., págs. 335 y 336; VOCI: *Diritto ereditario.* , cit., pág 473.

(78) La fuente señala que está establecido por rescripto imperial que el heredero que sustrae una cosa queda privado de la retención de la cuarta parte de la misma que le concede la Ley Falcidia. Sobre este caso, NARDI: *I casi di indegnità,* cit , págs. 121 y 122; VOCI: *Diritto ereditario..* , cit., pág. 476.

(79) Si alguien entabla un litigio sobre la condición personal del testador, se le deniega la reclamación de lo que recibía en el testamento y se da aquello al fisco inmediatamente. Sobre ello, NARDI: *I casi di indegnità,* pág. 122; BIONDI. *Sucesión testamentaria...,* cit., pág. 165; BONFANTE. *Corso,* cit., pág. 334; VOCI. *Diritto ereditario..* , cit , pág. 469

(80) Según las fuentes señaladas el que aceptó cumplir el fideicomiso tácito de restituir la herencia a favor de quien no reunía los requisitos legales para adquirirla, y lo hizo deduciendo la cuarta Falcidia, nada debe retener de esa herencia, sino que esa cuarta pertenece al fisco. Para mayor abundamiento en el tema, NARDI: *I casi di indegnità,* págs. 123 a 131; BIONDI: *Sucesión testamentaria ..,* cit., pág. 168, BONFANTE: *Corso,* cit., pág. 342, VOCI: *Diritto ereditario...,* cit., pág. 476.

(81) La forma que debe revestir la reocación de institución de heredero es la de un nuevo testamento válido, según el «ius civile», lo cual hace que cualquier otro método empleado por el testador no sea eficaz. Ahora bien, no obstante, el método, la voluntad de revocar al instituido del «de cuius» parece clara y es por lo que la herencia pasará al fisco por considerarse indigno el heredero de adquirir aquélla Sobre el tema, NARDI: *I casi di indegnità,* págs. 131 y ss., BIONDI: *Sucesión testamentaria* , cit., págs. 172 y ss.; BONFANTE. *Corso,* cit , pág. 337; VOCI: *Diritto ereditario..* , cit., pág. 475.

contra la madre del impúber (D. 34, 9, 16 pr. PAPIANUS, *libro octavo responsorum)* (82).

16. No haber realizado la *«vindicta»* de la muerte violenta del *«de cuius»* (D. 29, 5, 26. SCAEVOLA, *libro trigesimoquarto digestorum)* (D. 29, 5, 15. MARCIANUS, *libro singulari de delatoribus)* (C. 6, 35, 9. Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Aelianae) (83).

17. Aceptación de la herencia sin la observancia del senadoconsulto Silaniano (D. 29, 5, 5, 2. ULPIANUS, *libro quinquagesimo ad edictum)* (D. 36, 1, 3, 5. ULPIANUS, *libro quinquagesimo ad edictum)* (D. 36, 1, 3, 5. ULPIANUS, *libro tertio fidei commissorum)* (C. 6, 35, 3 Imp. Alexander A. Antiochiano) (84).

18. Impedir al *«de cuius»* hacer testamento o cambiarlos (D. 29, 6, 1 pr. ULPIANUS, *libro quadragensimo octavo ad edictum)* (C. 6, 34, 2 Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Nicagorae) (85).

Otros casos en los cuales no existe unanimidad en su consideración de hipótesis de indignidad, son los que a continuación se enumeran:

---

(82) Se considera indigno al sustituto pupilar que acusa a la madre del impúber de suposición de parto con el fin de quedarse con la herencia y es vencido en litigio. Se le privara de la herencia correspondiente a la sustitución. *Vid.* NARDI: *I casi di indegnità,* cit., pág. 166

(83) Para que no sea sustraído al heredero el derecho a la sucesión es necesario que el mismo vengue la muerte violenta del «de cuius». Sobre el caso, NARDI: *I casi di indegnità,* cit., págs. 167 a 175, BIONDI *Sucesión testamentaria.. ,* cit., pág. 164; BONFANTE: *Corso,* cit., págs. 332 y 333, VOCI *Diritto ereditario .,* cit.. pág. 468

(84) El S.C. Silaniano de 10 p.c. establecía que en el caso de muerte violenta del *«Dominus»* deberían ser sujetos a tortura todos sus esclavos propios y los de la mujer que vivieran *«sub eodem tecto»* en el momento de la muerte, para así descubrir al culpable Como explica BIONDI *(vid. Sucesión testamentaria,* cit., págs. 164-5), para evitar que el heredero hiciese adquirir de inmediato la libertad a los esclavos manumitidos en el testamento, sustrayéndolo así a la tortura, el mismo senadoconsulto prohibió que pudiera abrirse testamento y aceptarse la herencia o pedirse la *«Bonorum possessio»,* si no había tenido lugar antes la *«quaestio servorum».* Sobre el tema, NARDI: *I casi di indegnità,* cit , págs. 176 y ss.; BIONDI. *Sucesión testamentaria. .,* cit., págs 164 y 165; BONFANTE: *Corso,* cit., págs. 333 y 334, VOCI: *Diritto ereditario...,* cit., págs. 466 y 467.

(85) Es indigno aquél que queriendo captar la herencia legítima o la testamentaria, impidió que el *«de cuius»* hiciera testamento o lo cambiara. Es, por ello, que se le deniegan las acciones y la herencia pasa al fisco

La doctrina habla de impedimentos con violencia o dolo, basándose en el texto del D. 29, 6, 3.

En este sentido, NARDI: *I casi di indegnità,* cit., pág. 205. BIONDI. *Sucesión testamentaria ..,* cit., pág. 166; BONFANTE *Corso,* cit., pág 338, VOCI: *Diritto ereditario...,* cit., pág 470.

1. *«Excusatio»* del tutor testamentario e incumplimiento de las cargas (D. 34, 9, 5, 2. PAULUS, *libro primo de iure fisci)* (86).

2. Supresión del testamento paterno (D. 48, 10, 26. MARCELLUS, *libro trigesimo digestorum)* (D. 48, 10, 4. ULPIANUS, *libro octavo disputationum)* (87).

3. Institución de heredero al hijo supuesto (D. 49, 14, 46 pr. HERMOGENIANUS, *libro sexto iuris epitomatorum)* (88).

4. Incumplimiento de la voluntad del *«de cuius»* (Nov. I) (89).

5. Falta de asistencia al causante *«furiosus»* y falta de rescate si estuviere prisionero (Nov. 115, 3, 12-13) (90).

6. Constreñir al difunto a hacer testamento (91) (92).

---

(86) Esta hipótesis es considerada como de indignidad por BONFANTE *(vid. Corso di Diritto romano,* cit., pág 336, y *Sucesión testamentaria y donación,* cit., pág. 171) y VOCI *(vid Diritto ereditario romano,* cit., pág 479). Mientras en contra se muestra NARDI *(vid. I casi di indegnità,* cit , págs 232 y ss.).

(87) Es considerado caso de indignidad por BONFANTE *(vid. Corso,* cit., pág. 336), así como por VOCI, si bien éste la menciona como *«ipotesi, in cui non c'é confisca»* (cfr *Diritto ereditario,* cit., pág. 472). Al igual que en el anterior, NARDI se muestra contrario *(vid I casi di indegnità,* cit., págs 227-9).

(88) A favor, BIONDI: *Sucesión testamentaria,* cit., pág 176, BONFANTE *Corso,* cit., pág. 341; VOCI *Diritto ereditario.* , cit., pág. 475. En contra, NARDI, *I casi di indegnità,* cit., págs. 256 y ss.

(89) A favor, BIONDI: *Sucesión testamentaria,* cit., pág. 167; BONFANTE: *Corso,* cit., pág. 337; VOCI lo expresa como casos dudosos *(Diritto ereditario* ., cit., pág 480). Mientras que en contra de considerarlo como de indignidad se manifiesta NARDI *(I casi di indegnità,* cit., págs. 239 y ss)

(90) Son considerados casos de indignidad por BIONDI *Sucesión testamentaria,* cit , pág. 166; BONFANTE. *Corso,* cit., pág. 335; VOCI: *Diritto ereditario,* cit., pág. 480. En contra de tal consideración NARDI: *I casi di indegnità,* cit , págs. 253-254.

(91) Se trata ésta de una hipótesis mencionada por BIONDI y BONFANTE, de la que no se tiene referencia en las fuentes. Sobre tal hipótesis ambos autores hacen referencia. Respectivamente: *Sucesión testamentaria y donación,* cit., pág 167; *Corso di Diritto romano,* cit., pág. 339

(92) Aparte de los arriba citados, otros casos son mencionados por algunos autores como de indignidad, no habiendo unanimidad en la doctrina al respecto. Para un mejor conocimiento sobre el tema pueden consultarse en la obra de NARDI, el cual dedica un capítulo completo que titula «I casi erroneamente ritenuti di indegnità dalla doctrina» *(I casi di indegnità,* cit , págs. 227 a 256).

III. PRECEDENTES LEGALES DE LA INSTITUCION DE LA INDIGNIDAD EN EL DERECHO HISTORICO ESPAÑOL

1. Aparición de nuestra figura en el Derecho histórico español: Fuero Juzgo y Fuero Real

Es el Fuero Juzgo el primer código que tuvieron los españoles como obra propia de sus legisladores (93), y fusión de leyes de conquistadores y conquistados, tras la caída del imperio romano y la invasión de los pueblos bárbaros en territorio español, por lo que el contenido de sus leyes no deja de tener relevancia a la hora de determinar cuáles de éstas se transfieren o sirven de precedente del Derecho histórico español. Y, por tanto, deviene interesante el conocer hasta qué punto la figura jurídica que se estudia se encontraba contemplada en dicho Código.

La primera cuestión que surge es si, realmente el Fuero Juzgo constituye un precedente legal de la indignidad que hoy aparece en nuestro Código Civil, ya que en primer lugar, falta una rúbrica expresa de la indignidad en dicho Código (94), además de faltar, asimismo, una expresa mención del Fuero Juzgo como precedente de la indignidad, en gran parte de la doctrina (95).

No obstante, algunos autores sí aluden, efectivamente, al Fuero Juzgo como antecedente histórico de la indignidad, y lo hacen, concretamente, refiriéndose a la ley 5.ª, título II, libro V (96); a la ley 1.ª, título II, libro III (97), e incluso, hay quien señala también como tal, la ley 8.ª, título II, libro III (98).

La referida ley 1.ª, título II, libro III del Fuero, contempla el caso de la mujer que contrae matrimonio después de la muerte de su anterior marido y antes de que cumpla un año, así como, cuando comete adulterio, estableciendo una «pena» como expresamente se indica en dicha ley.

Por su parte, la ley 5.ª, título II, libro V, se refiere de igual modo a la

---

(93) *Vid.* La Rua, en *Lecciones de Derecho español,* t. I, Madrid, 1838, pág. 3.

(94) Observación que es contemplada por Hernández Gil en su artículo «La rehabilitación del indigno», en *RDP,* 1962, pág. 292.

(95) *Vid.* entre otros, Gutiérrez: *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español,* t. 3, 4.ª ed., Madrid, 1875, págs 434 y ss.; Navarro Amandi: *Código Civil de España,* t. I, Madrid, 1880, págs. 465 y ss.; Falcón: *Código Civil español,* t. 3, Madrid, 1889, pág 168, y Elías: *Derecho civil general y foral de España,* t. III, Madrid/Barcelona, 1877, pág. 643.

(96) Del Viso: *Lecciones elementales de Derecho civil,* t. I, Valencia, 1885, pág. 332.

(97) *Vid.* Garcia Goyena: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español,* reimpr., Zaragoza, 1974, pág. 334.

(98) *Vid* Scaevola: *Código Civil,* t. XIII, 5.ª ed., Madrid. 1944, pág. 376.

mujer que cometiese adulterio o no se casase *«cuemo deve»*, con respecto a la donación hecha por su marido.

Por último, la ley 8.ª, título II, libro III, al caso de la mujer que contrae matrimonio contra o sin la voluntad del padre, imponiendo que en tal supuesto *«ella nin sus fijos non deven heredar en la buena de los padres»*.

Cabe observar, como dato curioso, en estas tres leyes, una limitación en cuanto a su contenido, en tanto que aparece la «mujer» como sujeto de todas ellas, en sus actuaciones con respecto a su marido o a sus padres.

Poco más cabe decir en este apartado si no es dejar constancia de lo expuesto como referencia a las leyes que algunos autores indican como precedentes legales de la indignidad en el Fuero Juzgo.

Tras el Fuero Juzgo vino el Fuero Real, reproduciendo algunas de las causas establecidas en el de los Jueces, y «ocupándose ya determinadamente de la indignidad» (99), aún sin existir una rúbrica expresa.

Esto es así, y llama la atención —siendo tal vez significativo— el hecho de que en el Fuero Real, bajo el título «de los heredamientos» (3, 9), se contengan las causas de desheredación (3, 9, 2), y las causas de indignidad o «ingratitud» (3, 9, 4), que no obstante, como queda dicho, bajo un mismo título, trata con perfecta distinción unas de otras (100).

El texto del Fuero Real en su ley 4.ª de los títulos y libro indicados, se refiere al indigno como «ingrato» («Como aquel que fuere "ingrato" al que hereda pierde la herencia, e vuelve al Rey la herencia»).

Comienza la citada ley: *«Si alguno que no hobiere herederos derechos, ficiere su manda, é ficiere en ella heredero partiero á otro cualquier...»*

En un principio puede parecer con ello, que el Fuero Real limita las causas de indignidad a los herederos no «derechos», esto es, a los no legítimos. O, dicho de otro modo, que este Fuero establece una limitación de los herederos susceptibles de incurrir en causa de indignidad (101).

Ahora bien, es necesario indicar que no es éste el sentir unánime de la doctrina; y, así, NAVARRO AMANDI (102) en la interpretación que realiza del texto anterior, amplía su campo a los herederos legítimos, en contra de lo dicho, cuando refiriéndose a la primera de las causas señaladas en la referida ley 4.ª dice que «priva al instituido de los derechos que se le conferían en el testamento, o los que por ministerio de la ley le correspondieran en la sucesión intestada del muerto». Es más, esta causa la incluye dicho autor entre las que señala como de indignidad para adquirir por testamento y

(99) *Vid.* SCAEVOLA: *Código Civil*, cit., t. XIII, pág. 384.

(100) *Vid.* HERNÁNDEZ GIL: *La rehabilitación del indigno*, cit., pág. 292.

(101) En este sentido, GUTIÉRREZ (*vid. Códigos*, cit., pág. 434) indica que «la exclusión surte entre los herederos extraños un efecto parecido al de la desheredación entre los propios», corroborando, así, la afirmación anterior.

(102) *Vid. Código Civil de España*, cit., pág. 466.

abientestado (103), mientras que no la comprende entre las indicadas como de indignidad para adquirir por testamento, únicamente. Por tanto, muestra claramente una postura distinta, a la anteriormente indicada, al interpretar el texto del Fuero Real.

La citada ley 4.ª del Fuero Real incluye varias causas por las que debe perder la herencia el «ingrato» y que señala en número de tres (104):

1.º Si aquél a quien se nombró heredero, matara después al testador, o contribuyera a ello (105).

2.º Si lo matara otro, y el heredero no demandara su muerte (106).

3.º Si dijere que es falsa aquella manda en que es heredero.

En relación con la segunda causa citada, el Fuero Real dedica la ley 5.ª del tit. IX, libro III, a especificar unos requisitos necesarios para que incurra en indignidad aquél que no demandara la muerte del testador. Tales requisitos aparecen así:

a) *«Que han edad cumplida»,* esto es, el menor no incurre en dicha pena.
b) *«Que son varones»,* por lo tanto se excluye de esta causa de indignidad a la mujer.
c) *«E si fuere sabido quién fue el matador, é que sea en la tierra, é que sea poderoso de demandarle la muerte».*

Se observa, como dato curioso, ante estas leyes 4.ª y 5.ª referidas, que nada tienen que ver las causas de indignidad contenidas en ellas con la que se presentaban en el Fuero Juzgo (107).

---

(103) *Vid. Código Civil de España,* cit., pág 465.

(104) *Vid* SCAEVOLA. *Código Civil,* cit., t. XIII, pág. 384.

(105) Con respecto a la primera causa establecida se vio en su momento que ya era contemplada en el Digesto, concretamente en la ley 3.ª, título IX, libro XXXIV del mismo. De igual modo que era también contemplada en las «Pandectas» la tercera de las causas señaladas, exactamente en D. 49, 14, 13, 9.

(106) SCAEVOLA afirma que esta causa procede del Derecho romano, señalando que así lo dispuso el Senato-consulto Silaniano. *Vid. Código Civil,* cit., pág. 400.

(107) No obstante, en el Fuero Real se aprecia cierta influencia de su texto antecesor, aunque no relevante, en la ley IX, título XII, libro III, que bajo el epígrafe: «De las donaciones», contempla el caso de la mujer que después de la muerte del marido, *«no ficiere buena vida»* Caso similar, como se ha visto anteriormente, al que contenía el Fuero de los jueces y que se considera entre las causas de indignidad DEL VISO· *Lecciones elementales,* cit., pág 332.

2. «Razones» de indignidad o pérdida de herencia contempladas en las Partidas de Alfonso X «El Sabio»

Sobre el texto de las Partidas, de forma general y sin temor a equivocación, puede afirmarse, con Lasso Gaite, que se trata del «monumento jurídico más famoso de nuestro derecho y durante seis siglos fuente básica del derecho castellano» (108).

Aunque el comienzo en su elaboración data de 1256, no es aplicado su texto, apareciendo como un libro de doctrina jurídica y de enseñanza, hasta los tiempos del Ordenamiento de Alcalá (1348), en el que se dispuso que a falta de otra ley nacional se hiciera aplicación de las leyes contenidas en los libros de las Siete Partidas.

Todo el texto de Las Partidas está impregnado de una esencia romanista, especialmente, justinianea. Es, por ello, que mediante esta obra vuelven a introducirse en España los principios inspiradores del Derecho romano. Esto puede afirmarse aún más rotundamente respecto a la Partida Sexta reguladora de las Sucesiones y, por ende, objeto de especial interés en este trabajo. Dicha Partida regula las Sucesiones en sus dos formas: testada o, intestada, presidiendo en tal regulación los principios formalistas del Derecho romano (109).

En la ley 13 del Título VII de la Partida 6.ª, la que contiene, según su propio texto indica, seis *«razones principales... que por cada una dellas deue perder el heredero la herencia del finado»*.

Al referirse a ellas dicho texto como «razones principales» que *«moftraton los fabios antiguos»*, parece indicar de modo expreso que se trata de casos ya contemplados con anterioridad y, por ende, con antecedentes concretos. Veámoslo.

En primer lugar, la ley 13 aludida contiene una primera causa o «razón» (110) en la que se distinguen dos supuestos claramente diferenciados: en el primer caso, el heredero que, conociendo la muerte provocada de un consorte, entrare en la herencia antes de querellarse ante el Juez, incurre en

---

(108) Cfr. *Crónicas de la Codificación española. 4 Codificación civil*, vol. I, publicado por el Ministerio de Justicia, 1970, pág 29.

(109) De la Rua califica dicha Partida Sexta, junto con la Quinta, de «cuerpo perfecto de legislación», si bien expresa que ello es así «prescindiendo del defecto de adhesión a las leyes romanas». Con ello muestra su desfavorable opinión sobre la inspiración romanista de tales Partidas. *Vid.* su obra *Lecciones de Derecho español*, cit., tomo primero, Madrid, 1838, pág. 17.

(110) Dicha primera «razón» reza literalmente como aquí: *«quando el feñor de los bienes fue muerto por obra, o por cofejo de algunos de fu copaña, fi el heredero fabiendo efto entraffe la heredad, ante fizielle querella al juez, de la muerte de aquel cuyos bienes queria heredar. Mas fi al teftador ouieffe muerto otros eftraños, que nó fueffen de fu compaña: nbien podria fu heredero entrar la herencia, e defpues fazer querella de la muerte del fafta cinco años. E fi fafta efte tiempo non la fiziere, deue la perder, e deue gela tomar el Rey, afsi como a ome q la non merefce»*.

causa de indignidad y debe perder la herencia que le correspondía; mientras que en el segundo caso contemplado en dicha ley 13, cuando el heredero conoce la muerte dada por «extraños» al finado, podrá entrar en la herencia y querellarse al Juez, después de la muerte de aquél hasta un plazo de cinco años; pero si transcurren esos cinco años y no presenta querella, la herencia pasará al Rey (111).

A lo dispuesto en esta ley 13, la ley 15 de los mismos título y Partida dispone excepciones concretas, indicando motivos determinados que excusan al heredero, que no venga la muerte del testador, de la partida de su herencia (112) (113).

De esta forma, señala NAVARRO AMANDI que «en sentir de los autores, también cesa esta obligación del heredero: 1.° cuando otro hubiere formulado acusación antes que él o se procediese de oficio a la persecución del delito, y 2.° si el muerto hubiere perdonado a su asesino» (114).

Con respecto a la primera de las causas de excepción que señala dicho autor, conviene la doctrina en señalar que la misma es introducida por GREGORIO LÓPEZ en su Glosa 8.ª a la ley 13 (115).

---

(111) En relación al plazo para la denuncia, parece deducirse del texto de la ley, la existencia de dos distintos plazos contenidos en la ley de las Partidas, y así SCAEVOLA (*Código Civil,* cit., pág. 402) señala que «el plazo señalado por las antiguas leyes para la denuncia, cuando el asesino pertenecía a la familia del causante, no estaba determinado de derecho, sino sólo de hecho, en el haber de preceder al acto de posesionarse de la herencia». Observa el autor, pues, en este caso, un plazo «de hecho», mientras que «cuando el culpable era un extraño a la familia, el plazo concedido por la ley de Partidas a los herederos era de cinco años, tratándose en este otro caso, de un plazo "determinado de derecho"».

(112) Tales motivos, en el texto de la citada ley 15, tit. VII, part. 6.ª, aparecen así:

1.° *«Fi el heredero qrellafe la muerte, mas el juez, o el Señor de la tierra, non quifieffe llegar la qrella aderecho»*

2.° *«Fi acufaffe a aquellos q fofpechaffe que le auian muerto e disffen la fentancia cótra el heredero, affoluiédo los acufados e quitandolos de la acufacion q auian fechao dellos».*

3.° *«Fi el heredero fueffe menor de veinte e cinco años».*

4.° *«Fi aquellos que ouieffen muerto al teftador, non podieffen fer fallados para fazer juftıcia dellos».*

(113) La doctrina señala como antecedente de estas leyes 13 y 15 de Partidas al Derecho romano y, concretamente, a las leyes 17 y 21 del título 9.°, libro 34 del Digesto; y, en nuestro Derecho, los precedentes se encuentran en las leyes 4.ª y 5.ª, título 9.°, libro 3.° del Fuero Real que, como ya se vio, regulaban la causa a la que en estas líneas se refiere. *Vid.* entre otros, MANRESA Y NAVARRO: *Comentarios al Código Civil español,* cit., t. VI, vol. I, Madrid, 1973, pág. 90, SCAEVOLA: *Código Civil,* cit., pág. 400; GARCÍA GOYENA: *Concordancias,* cit., pág. 332; FALCÓN: *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral,* t. III, 4.ª ed., Barcelona, 1893, pág. 172.

(114) Cfr. *Código Civil de España,* cit., pág. 466.

(115) En este sentido, GUTIÉRREZ: *Códigos,* cit., pág. 435; SCAEVOLA: *Código Civil,* cit., pág. 401; VISO: *Lecciones elementales,* cit., pág. 331; MANRESA Y NAVARRO: *Comentarios,* cit., pág. 91.

La excepción fundada en el perdón del difunto a su asesino es también mencionada por parte de la doctrina, señalando su origen en la ley 2.ª, Dig. de Sena. Cons. Sil., y si bien en Las Partidas no aparece como causa de excepción a la pérdida de la herencia, es opinión admitida por la doctrina el hecho de que en la época se aplicaba (116).

Por último, parece ser que, de igual modo, cesaba la obligación de denunciar cuando los homicidas fueran ascendientes o descendientes, hermanos o cónyuges del heredero, ya que las leyes 2.ª, tit. I, Part. 7.ª y 3.ª, prohibían a dichas personas acusarse unas a otras.

Tras lo expuesto, cabe concluir sobre la primera «razón» vista, que si bien la falta de denuncia de la muerte violenta o provocada del causante constituía causa de pérdida de herencia en la que incurría el heredero conocedor de aquélla; se daban algunas excepciones que permitían, no obstante, dicha falta, la forma de posesión de la herencia, sin que ello supusiera incursión en causa de indignidad (117).

Continuando con el texto de la ley 13, tit. VII, Part. 6.ª, el mismo señala como segunda «razón» por la que *«deue perder el heredero la herencia del finado»* la siguiente: *«quando el heredero abra el teftamento de aql q lo eftablecio, ante quien fizieffe la acufación de los matadores del, feyendo fabidor de los que le auían muerto»* (118).

Sobre esta segunda causa, NAVARRO AMANDI y DEL VISO (119) hacen

(116) Así lo manifiestan GUTIÉRREZ: *Códigos,* cit., pág. 435; VISO: *Lecciones elementales,* cit., pág 331; FALCÓN: *Código Civil español,* cit., pág. 169.

(117) FALCÓN lo resume diciendo: «Suponía la ley que el heredero conocía la existencia del delito y que sabía quienes fuesen sus perpetradores. Cuando desconocía una u otra cosa, o cuando teniendo noticia del delito, carecía de medios legales de prueba, no incurría en indignidad por aceptar la herencia.

Hablaba la ley de acusación, y sin duda alguna que se refería a la denuncia, porque el heredero no estaba obligado a correr los peligros de una acusación pública sin pruebas. Aún teniéndolas, la obligación de acusar no le alcanzaba al heredero cuando el culpable era un ascendiente suyo, un descendiente, un cónyuge o un colateral dentro del cuarto grado, pues las leyes en todos tiempos dispensaron a una persona de acusar y aún de declarar en causa en que fuere procesado un pariente de las clases indicadas. Y, por último, era opinión muy admitida, que si el testador perdonó a su agresor, el heredero por este hecho se consideraba relevado de la obligación de denunciar. Podía en este caso tomar posesión de la herencia sin incurrir en la pena de indignidad» (cfr *Exposición doctrinal,* cit, pág 172).

(118) Sobre esta causa y su contenido se ocupan, especialmente, dos autores, si bien, manteniendo posturas distintas. Se trata de NAVARRO AMANDI y DEL VISO.

El primero considera el transcrito un caso de indignidad impeditivo de la adquisición de la herencia, tanto por testamento como abientestato, haciendo así referencia tanto al heredero testamentario como al heredero abientestato.

Por el contrario, DEL VISO indica que queda excluido como indigno «el heredero testamentario que abriese el testamento antes de acusar a los homicidas del testador sabiendo quienes son..» como respecto, tan sólo, del heredero testamentario

(119) *Vid Código Civil de España,* cit., pág. 465. *Lecciones elementales,* cit., pág. 331.

referencia a la opinión de que la sola apertura del testamento, cuando no era acompañada de la adición de la herencia, no constituía causa de indignidad.

Por su parte, GUTIÉRREZ (120), expresa que tal opinión «que LÓPEZ recuerda de la glosa 10, no es desatendible, sobre todo cuando puede suceder que el heredero ignore su nombramiento como acontece en el testamento cerrado».

El texto legal de las Partidas establece de nuevo, excepciones, esta vez sobre la causa anterior. De esta forma, en la misma ley 13 señala: «Pero si non lo supiese o fuesse aldeano necio: estóce non perderia la herencia por esta razón» (121).

Pasando a la tercera causa señalada en la ley 3.ª, la misma hace referencia al caso en que el testador fuese muerto «por obra, o por consejo, o por culpa del heredero».

Merece destacarse aquí, tal como hace GUTIÉRREZ (122), la «perfecta uniformidad» existente en los Códigos acerca de esta causa. Ello se hace patente en el estudio hasta ahora realizado, puesto que se recordará que al tratar sobre el Derecho romano se vio que el Digesto incluía ésta como causa de indignidad, concretamente en la ley 3.ª, del título 9.º del libro 34. Asimismo, se ha tenido ocasión de comprobar que el Fuero Real, en la ley IV, tit. IX, libro III, señalaba como «ingrato» *«aquel que fizo heredero ho matáre despues, ó fuere en su muerte».*

Se señala en Las Partidas como cuarta «razón», *«quando el heredero yoguiesse con la muger de aquel que le establescio por heredero».*

Poco trata la doctrina esta causa si no es para hacer alusión a las glosas de LÓPEZ sobre la misma (123).

En dichas glosas 13 y 14 de la ley 13 de Partidas, Gregorio LÓPEZ considera que es aplicable la ley 9.ª, tit. XXVI, Part. 4.ª sobre pérdida de feudos por los vasallos y, del mismo modo que en este caso, sostiene que debe perderse la herencia igualmente por adulterio con la hija o nuera del difunto; y añade, que no constando en la ley en qué tiempo ha de haberse cometido el delito, ha de entenderse tanto antes como después de la muerte del difunto (124).

---

(120) Cfr. *Códigos,* cit., pág 435.

(121) Al respecto, la Glosa 11 de LÓPEZ reza así. *«Non parcitur rustico, nisi quando est ignorans, seu quendo est rusticus opere et conversatione»*

(122) *Vid. Códigos,* cit , pág. 435.

(123) Así, entre otros, aluden a comentarios del insigne glosador: SCAEVOLA: *Código Civil,* cit., pág 402; DEL VISO. *Lecciones elementales,* cit., pág. 331, GUTIÉRREZ: *Códigos,* cit., pág. 436.

(124) Tal analogía de leyes, realizada por el ilustre glosador, es cuestionada sin respuesta por NAVARRO AMANDI: *Código Civil de España,* cit., págs 466 y 467.

La «quinta razón» que contiene la ley 13, tit. VII, Partida 6.ª, versa sobre si el heredero acusase el testamento, *«o la escritura en que fuesse establescida, diziendo que era falso...»*

De la lectura del propio texto íntegro, caben deducir algunas observaciones:

a) Es necesaria la celebración de un juicio sobre la validez o falsedad del testamento.

b) Se necesita que el juicio sea fallado a favor de la validez del testamento en contra de la «acusación» del heredero para que el mismo incurra en esta causa.

c) Se hace extensiva dicha causa al heredero «abogado o procurador» que, por su cargo, tuviere que seguir tal acusación. Es decir, no constituye tal hecho excusa o excepción (125).

d) No atañe esta causa de indignidad si lo hiciese *«por pro, o por mandado del Rey, o si fuesse guardador de algún huerfano e razonasse contra el testamento por pro del»*.

e) Es referida al heredero testamentario. Esta conclusión, compartida por NAVARRO AMANDI (126), encuentra su fundamento en la propia letra de la ley cuando se hace referencia al heredero que acusase de fallo el testamento o la escritura *«en que fuesse establescido»*, limitando, así, el campo de los herederos susceptibles de incurrir en esta causa de indignidad a los puramente testamentarios.

Por último, la sexta causa o «razón» que se presenta en dicha ley versa así: *«quando el teftador rogasse al heredero en poridad que diesse aquella*

---

(125) La doctrina otorga especial atención a este apartado que contiene la extensión que la propia ley de Partidas hace a los herederos que llevan a cabo la «acusación» en razón de su cargo, y con ello, expresamente rechaza como excepción de la causa quinta de la ley 13 tal hecho

De acuerdo con ello, se manifiesta DEL VISO *(vid. Lecciones elementales,* cit., pág. 332), cuando señala que se excluye de la herencia el que denunció como falso el testamento en que fue instituido heredero «aún cuando lo hiciere en calidad de abogado o procurador de otro». Añade dicho autor: «Se exceptúa el caso en que lo hiciere a nombre y en beneficio del huérfano de quien fuera tutor». Se observa, por tanto, en las palabras del autor, su absoluta concordancia con el texto de Las Partidas.

No así, ocurre con FALCÓN y GUTIÉRREZ, los cuales aluden al cumplimiento de un deber como de excepción a la incursión en indignidad.

FALCÓN *(vid. Exposición doctrinal,* cit., pág. 172) por su parte, señala como una de las «indignidades» el caso del que combatió la validez del testamento «a menos que se probase que obró en cumplimiento de un deber procedente de algún cargo».

En el mismo sentido, GUTIÉRREZ *(vid. Códigos,* cit., pág. 436), manifiesta como una «ingratitud .., y hasta una inconsecuencia, presentarse a recoger la herencia por virtud de un testamento que se ha redarguido de falso». Añadiendo, « .. pero tiene disculpa cuando ésto se hace por deber».

(126) *Vid. Código Civil de España,* cit., pág. 467.

heredad en que le estableciesse a algún fu fijo, o a otro, que lo non podía hredar, porq le era defendido por la ley. Ca fi el hredero cüpliesse tal ruego, o mádamiento del testador, e la entregasse al otro, perdería porende el derecho q auia en la heredad».

Se observa, con su lectura, que este fragmento de la ley castiga el fideicomiso prohibido por ésta.

Dicha disposición encuentra un claro precedente en el Derecho romano donde como se recordará, el Digesto privaba de la *«quarta Falcidia»*, pasando por ello ésta al Fisco, a aquél que aceptara cumplir el fideicomiso tácito de restituir la herencia a favor de quien no reunía los requisitos legales para adquirirla (127), y es objeto de especial atención por la doctrina (128).

Termina la ley 13 de Partidas haciendo alusión a los efectos que produce cualquiera de las seis causas antedichas. Tales efectos, según la propia ley, consisten en lo siguiente:

a) Pérdida de la herencia por parte del heredero que incurriera en alguna de las seis «razones».

---

(127) En el mismo sentido, DEL VISO conceptúa como persona indigna, excluida de la herencia, «el que consintió en ser instituido heredero fiduciario para entregar luego la herencia al que por derecho es incapaz de heredar». *Lecciones elementales,* cit., pág 332.

(128) Así, FALCON (cfr. *Exposición doctrinal,* cit., pág. 172) califica dicho acto como «fraude, pactado en menosprecio de la ley» a lo que, expresando su opinión, añade «y con razón la ley lo condenaba» En el mismo sentido, GUTIÉRREZ (cfr. *Codigos,* cit., pág. 436) indica que esta sexta causa de la ley de las Partidas es incluida «con objeto de impedir las instituciones hechas en fraude de la ley», refiriéndose al indigno por esta causa como aquél que «aceptó encargo confidencial secreto de entregar a un incapacitado la herencia, y le cumple».

Por su parte, NAVARRO AMANDI (cfr. *Código Civil de España,* cit., págs. 467 y 468), conceptuando como indigno de adquirir por testamento «el que por encargo del testamento hace entrega de la herencia a persona incapaz o indigna para heredar», considera contrario a la ley el hecho de que el incapaz pueda «directa o indirectamente, ni de una manera evidente o encubierta percibir cantidad alguna por el testamento» y por tanto, sostiene que aquel heredero o legatario que cumple con un encargo del testador que es contrario a la ley, de esa forma, «merece en castigo verse privado de lo que pudiera muy bien ser premio de su servicio para vulnerar la ley».

Cabe observar, en relación con esta última causa, que tal precepto, que GUTIÉRREZ califica de «ineludible» (cfr. *Códigos,* cit., pág. 437), sólo hace mención a la indignidad del heredero que entrega al incapaz, por encargo del testador, parte de la herencia, pero no hace referencia al propio incapaz que la recibe.

En relación a este tema, es necesario aludir a la ley 14, tit. VII, Part. 6.ª, en la cual se premia al incapaz «que no puede ser por derecho establecido por heredero», cuando habiéndolo sido *«de facto»,* él mismo lo descubre antes de ser acusado por ello.

Apoyándose esta ley 14, DEL VISO *(vid. Lecciones elementales,* cit., pág. 332), amplía el campo de la indignidad al que por derecho es incapaz de heredar y hereda, refiriéndose a él como al «fideicomisario», si bien, exceptúa caso, en que él mismo denunciara al fideicomiso que se contempla en aquella ley.

b) Paso de la herencia perdida por el heredero indigno a manos del Rey.

c) Pérdida, igualmente de las «mandas» a aquéllos a quienes fuesen hechas e incurrieran en alguna causa de indignidad.

Además de la ley 13, tit. VII, Part. 6.ª, se encuentran en estos mismos tit. y Part., otros casos por los que el heredero pierde su herencia y que son conceptuados por la doctrina también como «indignidades».

Tal es el caso de la ley 17, en donde aparecen casos de exclusión de la herencia, que si bien como tales se asemejan a los expresados en la ley 13 ya vista, se diferencian de ésta en que los que aquí se contienen tienen la característica especial de no pasar tal herencia a manos del Rey, como ocurría en los anteriores. Esta circunstancia es puesta de relieve de forma expresa en la misma ley 17, la cual comienza así: *«Cuydarían algunos que todas las cosas que son tomadas a los que las non merescen que deuen ser de la camara del Rey. E por ende dezimos que cosas y ha en que non seria assi...»* A continuación, dicha ley señala varios casos.

En primer lugar hace mención, la ley, del caso en que el testador, dejándole alguna cosa a una determinada persona, le rogase que fuese el «guardador» de sus hijos. Si esa persona no aceptara tal cargo, no merece la «manda», y en tal supuesto, dicha manda será de los huérfanos y no del Rey (129).

Sobre esta consecuencia indica GUTIÉRREZ (130): «Cuando la indignidad del heredero mira al favor de cierta persona, lo que la ley le quita se aplica a ésta». Así, en el caso expuesto, y como indica el texto legal, serán los huérfanos los destinatarios de la manda que hubiese beneficiado a la persona nombrada por el testador como «guardador» de aquéllos, y que no ha aceptado tal cargo.

En segundo lugar, señala la ley 17 la siguiente causa: *«Si algund ome furtasse el teftamento, en que lo ouiessen fecho alguna manda, que la pierda por efta razón e que deue fer de los herederos del teftador e non del Rey»*.

---

(129) El supuesto de hecho contemplado en esta disposición era ya observado en el Digesto (34, 9, 5, 2), hacía referencia a la *«excusatio»* del tutor testamentario e incumplimiento de las cargas. Sobre dicha hipótesis, como ya se tuvo ocasión de comprobar *(vid. ut supra.,* ap II.3), no existe en la doctrina romanista unanimidad sobre su condición de causa de indignidad romana No obstante, el caso encuentra claro precedente en la mencionada cita, al hacer referencia a un mismo hecho. Incluso, merece destacarse que el Digesto ya incluía la misma consecuencia de las Partidas: el legado que se deniega al tutor, no se transfería al fisco, sino que se dejaba al hijo contra cuyo interés desertó el llamado tutor.

(130) Cfr *Códigos,* cit., pág. 438. Esta causa de indignidad es también contemplada como tal por DEL VISO. *Vid Lecciones elementales,* cit., pág 332.

NAVARRO AMANDI incluye este caso entre los que él conceptúa como de indignidad de adquirir por testamento (131).

En tercer lugar, contempla la ley el supuesto en que el testador instituye heredero al que, sin duda, cree su hijo, y cuando muere, es sabido que no es su hijo. En este caso, la herencia pasará a los parientes más próximos al testador si los hubiese. En caso de que no los haya, entonces tal herencia pasaría al Rey (132).

Se observa, por tanto, aquí una excepción a la regla general que corona esta serie de supuestos de la ley 17, consistente en no pasar la herencia perdida por el indigno a manos del Rey, si bien cabe advertir que en este tercer caso sólo ocurrirá tal hecho si se da inexistencia de parientes más próximos del difunto; ésto es, subsidiariamente.

Continuando con la ley 17, tit. VII, Part. 6.ª, se encuentra en cuarto lugar otra causa de pérdida de herencia: *«Si algun criftiano eftablefcieffe por fu heredero a algun herege, o moro: o iudio»,* pasando aquélla a manos de los parientes más próximos del testador (133).

GUTIÉRREZ aporta un fundamento o explicación a este curioso caso. Según su opinión, como los infieles «son más bien, incapaces que indignos, por eso, la herencia que inútilmente se les manda, pasa a los parientes del testador, no al Fisco» (134).

Por último se contienen en la ley 17 dos casos referentes a una cierta actitud de los hijos frente a los padres «necesitados», concretamente, se observa el caso del hijo que no ofrece los cuidados necesarios a su padre «furioso o desmemoriado», ofreciéndoselos, sin embargo, un extraño; y el otro caso, es cuando el padre se encuentra cautivo y el hijo no quiere sacarle de tal cautiverio. En el primer caso, la herencia pasa a aquél extraño que cuidó del «furioso o desmemoriado», mientras que para el segundo se indica que *«deue fer dada para facar catiuos»* (135).

Estos dos casos son incluidos, por NAVARRO AMANDI (136) como de indignidad a suceder abientestato o por virtud del testamento anterior a la enfermedad; ésto último referido al primer caso mencionado.

Al igual que la anterior ley 17, se dan otras leyes que la doctrina refiere

---

(131) *Vid. Código Civil de España,* cit., págs 467 y 468.

(132) Se encuentra, también, precedente de este caso, en el Derecho romano, concretamente en D (49, 14, 46 pr) *(vid. ut supra* ap 1 1.3.2)

(133) Debe hacerse notar que esta misma causa se encuentra contenida en las Partidas, entre las de desheredación (ley 7.ª, tit VII, part. 6.ª).

(134) Cfr. *Códigos,* cit, pág 438.

(135) De igual modo que la anterior, estas causas de pérdida de herencia se contemplaban ya en el Derecho romano, en la Nov 115, 3, 12-13, así como se encuentran también entre las de desheredación en la 7.ª, tit VII, part 6.ª

(136) *Vid. Código Civil de España,* cit, pág. 468

como «indignidades» contenidas en las Partidas. Tales son las leyes 26 y 27 del tit. I, Part. 6.ª

La ley 26 citada hace referencia a la mala acción de los hombres que impiden a otro hacer testamento y a la consiguiente pena que deben sufrir, que no es otra que *«perder el derecho que debe aver en los bienes de aquel que destorvó»,* pasando a ser, todo lo que perdiere por esta razón, de la Cámara del Rey.

Sobre esta ley, indica GUTIÉRREZ (137) lo señalado en la Sentencia de 26 de junio de 1862, que no es otra cosa que «la ley debe interpretarse y explicarse por la que le sigue» y haciendo alusión directa a la ley citada, señala que la misma no hace mas que «consignar un precepto absoluto y abstracto», añadiendo que «la otra es en la que se indican las diversas maneras de causar aquél impedimento o embargo, como le llama la ley».

Dirigiéndose a «la otra» ley (esto es, a la ley 27, tit. I, Part. 6.ª), se observa que en ella se indican tres razones que *«mueven á los omes á las regadas á embargar á otros que non fagan sus testamentos»* (138).

En vez de razones, GUTIÉRREZ habla de «clases de personas», indicando las siguientes:

a) Las que habiendo sido instituidas en testamento, se oponen a que las cambien.
b) Las que por tener esperanzas de suceder abientestato, impiden que se haga testamento.
c) Las que quieren que el testamento sea ordenado *«á su guisa é á su placer»*.

Dicha ley 27 contiene en su texto, las maneras en que ese «embargo» puede llevarse a cabo. Tal como señala GUTIÉRREZ «la coacción» puede emplearse, o directamente con el testador, o con el escribano o los testigos que habían de autorizar su testamento» (139) (140), indicándose en el

(137) *Vid. Códigos,* cit., pág. 440.

(138) A la vista de estas dos leyes se encuentra claro precedente en el Derecho romano (D 29, 6, 1 pr. y C. 6, 34, 2) donde ya se vio que el hecho de impedir al *«de cuius»* hacer testamento o cambiarlo constituía causa de indignidad romana.

(139) Cfr. *Códigos,* cit., págs. 441 y ss.

(140) GREGORIO LÓPEZ en la glosa 4.ª a dicha ley, indica que si la fuerza es hecha a los testigos, la ley declara nulo el testamento por presumir que acobardados ignoraban lo que hacían, pero si se trata del testador, señala el glosador, que aunque violentado, entiende y sabe lo que hace.

En opinión de GUTIÉRREZ, con esta glosa, LÓPEZ intenta conciliar diferencias sobre la cuestión de si se declara la nulidad del testamento o si éste se sostiene, pasando los bienes del heredero, como indigno, a Hacienda. Para resolver dicha cuestión, GUTIÉRREZ atiende sólo a un supuesto: «el testador ha de tener la libre elección de su heredero; el testamento otorgado por fuerza no es su voluntad».

mismo texto de la ley, que no sólo son las señaladas, las maneras posibles para incurrir en esta pérdida de herencia, sino que se admiten «*en otras semejante dellas*».

Incluso se incluye en el texto legal, otro tipo de influencia: «*mas rogándole por buenas palabras, lo adujese á que no ficiese testamento*». Si bien este caso es observado como de no pérdida de herencia, como expresamente se indica en la ley (*«... estonce, non perdia lo que debia aver...»*).

Para terminar con esta ley 27, tit. I, Part. 6.ª, señalada por la doctrina como de indignidad, indicar, por último, que la misma establece el requisito de la prueba, así como establece que el hijo que impidiere a sus padres testar, quedaría privado de su parte de herencia, que pasaría a Hacienda, sin que el resto de los hijos, si los hubiere, sufran perjuicio alguno por su causa.

A modo de resumen, cabe concluir que la indignidad para suceder es regulada en las Partidas como figura, distinta de la desheredación (aunque ambas tienen su sede en la misma Partida y Título), que provoca al heredero o legatario que incurre en alguna de las concretas y expresas causas que contempla, la pérdida de su herencia o «manda», pasando ésta, como regla general, a manos del Rey por no considerar, por ley, el indigno merecedor de ella.

3. La indignidad en la Novísima Recopilación

La ley IX, tit. XX, Lib. X de la Novísima Recopilación, recoge el caso de la falta de denuncia o querella de la muerte del causante por sus herederos.

Se trata de la única causa de indignidad que recoge el texto histórico, y poca es la doctrina que se ocupa de la misma, en muchas ocasiones absolutamente ignorada.

Cabe destacar a Scaevola, que en su obra (141), indica que las leyes 13 y 15, tit. VII, Part. 6.ª han sido hasta la promulgación del Código Civil «el derecho español sobre el asunto», y, dicho autor añade a su afirmación, que la única modificación establecida la constituyó la ley 11, tit. XX, lib. X mencionada, si bien no se detiene a explicar en qué consistió esa modificación (142).

---

(141) *Vid. Código Civil*, cit, pág. 400.

(142) Ante esta afirmación, cabe preguntarse. ¿a qué modificación se refiere el autor?

Con los textos anteriores del Fuero Real y Partidas a la vista, parece que la única modificación que supone la Novísima Recopilación es la introducida al principio de la ley 11 cuando se dice: «si algún hombre fuere muerto a traición o a tuerto...» Es decir, parece ampliar, con ello, la causa de indignidad, no sólo la causa de muerte del causante,

Por su parte DEL VISO (143), hace referencia a esta ley de la Novísima cuando expone los casos en que la obligación de denunciar cesa y, señala como segundo: «si no se supiese quién era el matador, o no se hallase éste en la tierra», tal como expresa el texto legal en que se centra ahora la atención como precedente legal histórico de caso de indignidad.

Analizando la ley 11 de la Novísima, se observa que procede dicho texto de la primera causa de la ley 13, tit. VII, Part. 6.ª y de las anteriores leyes 4.ª y 5.ª del tit. IX, lib. III del Fuero Real, que ya se ha tenido ocasión de estudiar. Pues bien, tal como indica GUTIÉRREZ, «Don Enrique III y don Alonso reproducen esta pena en el título de las de Cámara», como aparece en la ley 11 citada. Así, en dicho texto legal, se dice, textualmente: *«pierdan la herencia que del finado ha recardado para la nuestra Cámara»* (144).

Quede lo dicho, por tanto, como constancia de la existente —aunque escasa—, regulación de la indignidad en la Novisima Recopilación como figura de exclusión de herencia.

4. REFERENCIA AL PERDÓN DEL INDIGNO EN LOS TEXTOS JURÍDICO-HISTÓRICOS ANTERIORES

En nuestro Derecho histórico, el perdón de la pena de privación de herencia comienza a aparecer, no en el campo de la indignidad sucesoria, sino que en el de la desheredación, «quizá por afectar en mayor medida a los hijos», según opinión de HERNÁNDEZ GIL (145), y posiblemente —como el mismo autor expresa—, por no comprender siempre el círculo de los más próximos parientes, en la indignidad, el reconocimiento explícito fue tardío, adquiriendo su plenitud cuando los legitimarios pueden incurrir en cualquier causa de indignidad».

Concretamente, en el Fuero Juzgo y Fuero Real no se alude al perdón en la indignidad. Pero, si cabe, causa mayor admiración tal falta en el

---

sino también al caso en que el mismo quedase «tuerto». Del mismo modo, se observa como innovación, la mención de la muerte calificada como «a traición».

El resto del texto de la ley 11 procede de antecedentes previos ya señalados, que no modifica en nada. Así, el plazo señalado para querellarse el heredero es el de cinco años, igualmente que lo establecía la ley de Partidas; y los requisitos necesarios para que el heredero incurra en esta causa son los mismos expresados en la ley 5.ª del Fuero Real.

1 *«Que han edad cumplida».*

2 *«Y son varones».*

3 *«Y si fuere sabido qien fué el matador, y que sea en la tierra, y que sea poderoso para demandar la muerte».*

(143) *Vid Lecciones elementales,* cit., pág. 331.

(144) Cfr. *Códigos,* cit., pág. 434.

(145) *Vid. «La rehabilitación del indigno»,* cit , pág. 291

segundo de los textos legales mencionados puesto que, como ya es sabido, en el mismo la indignidad es regulada en el título dedicado a la «desheredación», si bien en distintas leyes. Así se observa que en la ley 2.ª, que regula la desheredación, se hace expresa mención del perdón *(«é despues le perdonáre»),* mientras que en la ley cuarta, referida a la indignidad, se silencia.

Ante la cuestión que se suscita del por qué de este distinto tratamiento, cabe una posible respuesta certera y es la dada en opinión de HERNÁNDEZ GIL, cuando indica que «el perdón es inconcebible en la indignidad, tal como la prevé el Fuero Real, por una causa temporal» (146). Dicho autor fundamenta su opinión en el hecho de que todos los motivos que se enumeran se refieren a acciones realizadas después de la muerte del causante.

Sea esta u otra la causa que motiva el silencio en torno al perdón del indigno en el Fuero Real, el hecho cierto es que tal figura no es contemplada en los textos legales referidos y, por ello, no constituye precedente del artículo 757 del Código Civil español vigente, regulador de la «rehabilitación» del indigno.

Como es sabido, con la publicación de las Partidas se introduce en España el sistema del Derecho romano, y con ello, sus principios, entre los que se destaca ahora el desconocimiento total de la efectividad del perdón en materia hereditaria. Esto es, ni la desheredación ni la indignidad se sanan por el perdón.

Como conclusión, cabe decir que en el Derecho histórico español, el perdón del indigno es totalmente desconocido y por ello aparece la indignidad como «pena» al «ingrato» que con su conducta ofende al testador, cuyo perdón es, desde un punto de vista legal, plenamente ineficaz.

IV. PRECEDENTES LEGALES DE LA INDIGNIDAD EN EL DERECHO EXTRANJERO CODIFICADO

1. EL *CODE NAPOLEÓN.* INFLUENCIA Y RÉGIMEN JURÍDICO EN TEMA DE INDIGNIDAD

De todos es sabida la influencia que, de forma general ejerció el *Code* en la Codificación civil del siglo XIX. Fue implantado en algunos territorios y países (147), siendo en ellos aplicado directamente su articulado; mien-

(146) *Vid. «La rehabilitación del indigno»,* cit., pág. 293.

(147) El Code se implantó en los territorios alemanes del Rhin, Hesse y en el Palatinado, así como en Países Bajos, Luxemburgo e Italia, perviviendo aún en Bélgica (LASSO GAITE. *Crónicas de la Codificación española. 4. Codificación civil,* vol. I, pág 54), *vid.* AUBRY & RAU *Cours de Droit civil français,* t. I, París, 1869, cit., págs 19 y ss.

tras que en otros (148), aunque no llegando al extremo de los anteriores, la codificación civil tuvo su máximo ascendiente en el Código del emperador francés.

Es entre estos últimos, donde se encaja el caso de la codificación civil española. Y es por ello, que se dedica aquí la atención a la influencia que, en nuestra materia, haya podido ejercer dicho texto jurídico francés.

Ahora bien, no en todas las materias civiles influyó el *Code* de igual manera y con la misma intensidad.

Excede del fin de estas líneas el delimitar aquí cuáles, y en qué medida, han sido las materias del campo, en Derecho civil español que se han visto derivadas, e incluso, literalmente trasplantadas en algunos, del *Code* a nuestro texto legal de 1889.

Sí, por el contrario, debe manifestarse en este lugar, por constituir punto menos que imposible de mención, dada la materia que nos ocupa, la escasísima influencia que en materia de Sucesiones, en general, y de indignidad, en particular, el *Code Napoleón* ejerce sobre el nuestro.

Ante esta realidad que no deja de sorprender, por configurarse el *Code* como el ascendiente de más alto grado sobre nuestro Código Civil, se hace interesante el conocimiento de los motivos que pudieron dar lugar a esta excepción en materia sucesoria.

Ello nos lleva a remontar el estudio al Derecho anterior a la publicación del *Code* en Francia, nos encontramos con que antes de la publicación del mismo, este país se hallaba dividido en territorios donde el Derecho era escrito y territorios en los cuales era el Derecho consuetudinario el que reinaba.

En esta división, la sucesión se encontraba como materia diferenciada por los distintos sistemas legales existentes y, así, mientras en los primeros —territorios con derecho escrito— se seguía el Derecho romano, y particularmente, en lo concerniente a la sucesión, el sistema establecido por Justiniano en su Novela 118; en los segundos —aquellos territorios en los que la costumbre era el elemento primordial—, y precisamente por ello, el sistema sucesorio variaba de unas *«villes»* a otras, si bien, las costumbres en todas ellas estaban impregnadas de un espíritu germánico, aunque modificado por el feudalismo y régimen aristócrata que dominaban en el país vecino antes de la Revolución (149).

---

(148) Ejerció influencia el Código francés en las codificaciones portuguesa, rumana e iberoamericana, incluso Luisiana y Quebec y japonesa, además de la española (LASSO GAITE: *Crónicas,* cit., pág. 54).

(149) *Vid.* LAURENT: *Principes de Droit civil,* t. 8, 3.ª ed., Bruxelles, 1878, pág. 579; ORTEGA PARDO, en *Naturaleza jurídica del llamado «legado en lugar de la legítima»,* Madrid, 1945, pág. 57, DEMANTE: *Cours de Droit civil,* t 3, París, 1885, pág. 54

Ante este panorama de divergencias en materia de sucesiones y dado que la conciliación entre Derecho romano y Derecho de costumbres se presentaba imposible, los redactores del *Code*, tal como manifiesta LAURENT (150), dieron preferencia a la costumbre. Heredándose, de esta forma, el espíritu germánico de ésta.

He aquí, por tanto, el hecho que explica los motivos de la falta de influencia del *Code* en materia de Sucesiones, sobre nuestro Código Civil, puesto que como se ha venido observando en el transcurso de la historia, es el espíritu romano el que trasciende en materia sucesoria y, especialmente, en materia de indignidad, en nuestro Derecho codificado.

No obstante, la realidad divergente antes expuesta, se presenta como ineludible la observancia de la figura de la indignidad sucesoria y su regulación en el *Code,* que si bien con distintos ascendientes respecto del sistema en el que se integra, se trata siempre de una figura de origen romano (151) por ello contiene puntos comunes que bien pueden considerarse de una u otra forma antecedentes de los contenidos en el Código Civil español.

Es por ello que, brevemente, a continuación se hace referencia a dicha regulación, destacando los puntos de mayor interés.

Esta figura sucesoria se presenta en el *Code,* independientemente de las causas de incapacidad para suceder, como la única causa que excluye al heredero de la herencia. Lo que difiere del Derecho francés anterior al *Code,* en donde se reconocían tres figuras que motivaban tal exclusión: *«exhérédatio», «renonciation»* y *«indignité»* (152).

De estas tres figuras, el *Code* sólo recogió la *«indignité»* (153).

Se observa, pues, en este tema una radical diferencia con nuestro Código Civil en el que, junto a la indignidad, aparece la desheredación como figura de exclusión de la herencia.

Al no incluir el *Code* la *«exhérédatio»* (154), ni la *«renonciation»*, queda por tanto, como se ha indicado, la indignidad como única figura de exclusión de la herencia en el sistema francés.

La indignidad se encuentra regulada en el *Code* en los artículos 727 a

---

(150) *Vid. Principes,* cit, pág. 579.

(151) *Vid.* PLANIOL, en *Traité élémentaire de Droit civil,* t. III, París, 1948, pág. 501.

(152) *Vid.* DEMOLOMBE: *Cours de Code Napoleón T. 13. Traité des Successions,* t. I, 3ª ed., París, 1866, pág. 273.

(153) Lo que GARCÍA GOYENA ha calificado de «inconsecuente», ya que con ello, según el autor, el Code «rechazó la desheredación del hombre o por testamento en todos los casos, y admitió en algunos la indignidad o desheredación por el solo efecto de la ley». Cfr. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español,* Zaragoza, 1974, pág. 337.

(154) Según PLANIOL es suprimida por dar lugar a pleitos «fréquents et scandaleux». *(Traité élémentaire de Droit civil,* t. III, París, 1948, pág. 501).

730, contenidos en el *Chapitre II («Des qualites requises pour succéder»), Titre I («Des Successions»), Livre III («Maniéres d'acquérir la propiété»),* del mismo. En el primero de los artículos mencionados se incluyen tres causas de indignidad que como se verá, ya fueron contempladas con anterioridad en nuestro Derecho histórico, así como en el Derecho justinianeo. No obstante, es la primera vez ésta en la que aparecen en un Código Civil como tales, y ello merece destacarse.

En primer lugar, el artículo 727 considera indigno de suceder, *«et, comme tels, exclus des successions, 1.° celui qui serait condamné pour avoir donné ou tenté de donner la mort au défaut».*

La doctrina francesa y, en especial, los exégetas, muestran, uniformemente que el hecho que aquí se castiga y por el cual se incurre en indignidad lo constituye la «condena» por haber dado o intentado dar muerte al difunto (155). Esto es, el sólo hecho de «dar o intentar dar muerte» no es lo que lleva al heredero a ser «indigno de suceder», sino que debe haber sido condenado por ello.

Algunos autores (156) incluso expresamente señalan que debe tratarse de una condena penal. Y por ello, cuando la condena no es posible, la causa de indignidad no deviene como tal (por ejemplo, cuando la acción pública ha prescrito o si el culpable muere antes del juicio) (157).

---

(155) En este sentido, AUBRY & RAU: *Cours de Droit civil français,* t. 6, 4.ª ed., París, 1869, pág. 282; DEMOLOMBE: *Cours de Code Napoleón,* cit., t. XIII. *Traité des Succesions,* t. 1, 3.ª ed., París, 1866, pág. 279; BAUDRY-LACANTINERIE: *Précis de Droit civil,* t. III, París, 1914, pág 335, DURANTON. *Cours de Droit français suivant le Code civil,* t. 6, 4.° ed., París, 1844, pág. 111; HUC: *Commentaire théorique & pratique du Code civil,* t. 5.°, París, 1893, pág. 67, LAURENT: *Principes de Droit civil,* t. 9, 3.ª ed., Bruxelles, 1878, págs. 9 y 10; PLANIOL: *Traité élémentaire de Droit civil,* cit., t. 3, 3.ª ed., París, 1948, pág 502; ROGRON: *Expliqués par leurs motifs, par des exemples, et par la jurisprudence..,* París, 1836, pág. 122.

(156) Por ejemplo, en este sentido se muestran, DEMOLOMBE: *Cours...,* cit., pág. 280, BAUDRY-LACANTINERIE: *Précis...,* cit., pág 335, AUBRY & RAU: *Cours.,* cit., pág 281.

(157) Aparte del mencionado, dos temas trata la doctrina con preferencia en torno a esta primera causa de indignidad del artículo 727 del *Code* Uno de ellos es el referente al requisito de voluntariedad en el delito, en el que los autores se muestran, en general, de acuerdo en la misma opinión: la ley, con la indignidad, trata de castigar una intención culpable y no un accidente desgraciado (*vid.* DEMOLOMBE: *Cours .,* cit., pág. 280 y 285; BAUDRY-LACANTINERIE: *Précis...,* cit., pág. 335; DURANTON: *Cours...,* cit., pág. 112; LAURENT: *Principes .,* cit., págs. 9 y 10, PLANIOL. *Traité,* cit., pág. 502; ROGRON: *Expliqués...,* cit., pág. 122; AUBRY & RAU: *Cours ..,* cit., pág 281). Es por ello que, según la doctrina, cuando la acción ocurre en estado de demencia, o ha sido realizada por una fuerza irresistible, así como si es ordenada por ley o autoridad legítima, o se ha llevado a cabo en legítima defensa, al no haber delito ni crimen, y por ende, condena por ello, no habría indignidad En todos estos casos no se incurre, según los autores, en causas de indignidad

No presenta tal concordancia la doctrina, con respecto al segundo de los temas

Sin adentrar en tal discusión, por no constituir objeto de estas líneas, indicar que expresamente la ley hace mención de las acciones de *«donner» y/o «tenté de donner»*. Esto es, se castiga tanto el hecho consumado como la tentativa como origen de indignidad.

La segunda causa de indignidad que recoge el artículo 727 francés consiste en *«porter contre le défunt une accusation capitale jugée calomnieuse»*.

Se puede afirmar, con DURANTON (158), sobre esta causa de indignidad que requiere la reunión de cuatro circunstancias. A saber:

— que se trate de una *«accusation»*,
— que la acusación haya sido «capital»,
— que la misma haya sido juzgada, y
— que haya sido declarada calumniosa.

Se presentan, por tanto, cuatro requisitos para poder declarar al heredero indigno por tal causa (159).

Por último, el artículo 727 señala una tercera y última causa de indignidad consistente en la falta de denuncia de la muerte del causante, por parte del heredero mayor de edad conocedor de la misma.

De igual modo que con las anteriores, la doctrina trata diversos puntos con respecto a esta causa, de los que aquí, únicamente, se dejará constancia.

En primer lugar se muestra como requisito la mayoría de edad del heredero conocedor de la muerte violenta del difunto. Dicho requisito es mencionado por toda la doctrina, si bien sólo algún autor hace referencia a la necesidad de que tal heredero, además, goce de la plenitud de sus facultades (160).

También la doctrina observa la ausencia de plazo legal en que deba efectuarse la denuncia. El sentir general de los autores descansa en la opinión de que, al tratarse de una «cuestión de hecho», dicho punto queda

---

aludidos y que tiene por objeto la «complicidad» en el delito. Los autores se preguntan si el «cómplice» deviene, igualmente que el autor, indigno de suceder. Se pretende discurrir si se incurre en la primera causa de indignidad por complicidad en el hecho delictivo.

Una parte de la doctrina se muestra a favor, alegando que el Código penal asimila la complicidad a la autoría (entre ellos, DEMOLOMBE *Cours*., cit., pág. 279, y DURANTON: *Cours*.., cit., pág. 111); mientras que otros autores se muestran disconformes con ellos, pues mantienen que el artículo 727,1 º no engloba tales casos (destacan BAUDRY-LACANTINERIE: *Précis*..., cit., pág. 335, y LAURENT. *Principes*..., cit., págs. 8 y 9).

(158) *Vid. Cours,* cit., pág 121.

(159) Requisitos que de igual modo el Código Civil español en su texto como integrante de la misma causa de indignidad.

(160) Tal es el caso de HUC: *Commentaire,* cit., pág. 69, y AUBRY & RAU: *Cours*..., cit., págs. 285-286.

a la apreciación de los jueces que decidirán de acuerdo con las circunstancias del caso (161).

Por último, otro de los puntos más estudiados por la doctrina se centra en el objeto de la denuncia sobre el que vienen a coincidir los autores, de manera general, a la hora de afirmar que dicho objeto se fija en la muerte (violenta) del causante y no en el asesino del mismo. Esto es, el heredero mayor de edad no está obligado a denunciar al asesino, sino que su obligación consiste, según la ley, en denunciar la muerte de la cual tiene conocimiento.

En relación a este punto, se encuentra el artículo 728 del *Code* en el que se establece una excepción a la obligación de denunciar contenida en esta tercera causa de indignidad. Tal artículo versa: *«Le défaut de dénonciation ne peut être opposé aux ascendants et descendants du meurtrier, ni á ses alliés au même degré, no á son époux ou á son épuse, no á ses fréres ou soeurs, no á ses oncles et tantes, no á ses neveux et niéces»* (162).

Por su parte, el artículo 729 tiene por objeto la obligación de restitución de frutos por parte del indigno.

Sobre este punto son varias las cuestiones que los autores estudian, destacando las más frecuentemente citadas por ellos, mencionar la apreciación del indigno como poseedor de mala fe y su consecuente tratamiento como tal (163).

De otra parte y como posible consecuencia de la anterior, se estudian las enajenaciones efectuadas por el indigno antes de su declaración como tal en juicio (164).

También de forma generalizada los autores se inclinan por la imposibilidad, por parte del heredero indigno, de invocar la prescripción quinquenal

---

(161) En este sentido: HUC: *Commentaire,* cit., pág. 69; PLANIOL: *Traité élémentaire,* cit., pág. 503; LAURENT: *Principes...,* cit., págs. 13; DURANTON: *Cours.* ., cit., pág. 132; DEMOLOMBE: *Cours* ., cit., pág. 305; AUBRY & RAU: *Cours* , cit., pág. 285; BAUDRY-LACANTINERIE: *Précis...,* cit , pág. 336.

(162) Sobre la aplicación de este artículo, DEMOLOMBE, defiende, en contra de TOULLIER, que es referida únicamente a la sucesión *«ab intestato»* Para mayor información, *vid.* en su obra *Cours,* cit., págs. 312 y ss

(163) En este sentido, ROGRON: *Expliqués,* cit., pág. 123; PLANIOL: *Traité élémentaire,* cit , pág. 505; DURANTON: *Cours.. ,* cit., pág. 138, y LAURENT: *Principes* ., cit., págs. 34, entre otros.

(164) En este tema suelen los autores diferenciar entre las enajenaciones a título lucrativo o gratuito. Distinguiendo que las primeras realizadas por el indigno, y en virtud del principio de la buena fe de terceros, serán válidas mientras que las segundas deberán ser revocadas *(vid.* ROGRON: *Expliqués,* cit., pág. 123. En contra de esta postura se encuentran otros autores, entre los que cabe destacar a LAURENT, para el cual todos los actos del indigno son nulos, sin distinción de ningún tipo, así como a DEMOLOMBE, quien sostiene opuestamente al anterior, que todos los actos de aquél deben ser mantenidos. *Vid.* respectivamente, *Principes,* cit., págs. 37-39, y *Cours,* cit., pág. 375).

del artículo 2.277 del *Code* en relación directa con las dos cuestiones citadas (165).

Termina el capítulo del *Code* que nos ocupa, con un original precepto, el 730, en el que de forma directa se hace alusión a los hijos del indigno. Parece ser, según testimonio de diversos autores (166), que el motivo principal de la inclusión de este precepto por parte de los codificadores, radica en el hecho de que en el antiguo derecho francés, los hijos del indigno eran excluidos también de la herencia, al igual que su padre, por la falta cometida por éste. Por ello, por lo que el legislador derogó tal costumbre mediante una expresa declaración que recoge el artículo 730, y que textualmente versa: *«Les enfants de l'indigne, venant á la succession de leur chef, et sans le secours de la représentation, ne sont pas exclus pour la faute de leur pére...»*

En este artículo, por tanto, como manifiesta la doctrina (167) se hace eco del «principio de la personalidad de las penas» y su finalidad es terminar con la clara injusticia de que personas ajenas a una falta se vean perjudicadas por la misma.

Ahora bien, si al parecer la doctrina se muestra unánime en este punto, las controversias surgen al tratar la cláusula *«et sans le secours de la representation»,* pues, la misma provoca confusión respecto a la posibilidad o no del ejercicio del derecho de representación por parte de los hijos del heredero indigno (168).

La segunda parte del artículo 730 establece una excepción al derecho de usufructo que la ley otorga a los padres sobre los bienes de sus hijos, negando al indigno el derecho a reclamar tal prerrogativa, lo que de forma general es aceptado por la doctrina.

De forma breve se ha expuesto la regulación que de la indignidad contiene el *Code.* Pero antes de cerrar el capítulo dedicado al Derecho francés en esta materia, parece interesante hacer alusión a la figura del perdón del indigno que si bien expresamente no es contemplada por el Código Civil francés, sí ha sido objeto de estudio y atención por parte de la doctrina francesa.

Es necesario advertir que tal tema es escasamente tratado por dicha

---

(165) Así lo manifiestan entre otros, ROGRON: *Expliqués,* cit., pág. 123; HUC: *Commentaire,* cit., pág. 74; DURANTON: *Cours..,* cit , pág. 137, y DEMOLOMBE: *Cours. .,* cit., pág. 372

(166) Como, por ejemplo, DURANTON: *Cours..,* cit., pág. 143; HUC: *Commentaire,* cit., pág 75, y LAURENT: *Principes ..,* cit , pág 40.

(167) *Vid.* PLANIOL: *Traité élémentaire,* cit., pág. 504; LAURENT: *Principes ..,* cit., pág. 40, y DEMOLOMBE: *Cours .,* cit., pág. 350.

(168) Para abundar en el tema, puede consultarse: LAURENT: *Principes. .,* cit., págs. 40-41; DURANTON *Cours .,* cit., pág. 148; HUC: *Commentaire,* cit., pág. 76; PLANIOL: *Traité élémentaire,* cit., pág. 505, y DEMOLOMBE: *Cours ,* cit., pág. 351.

doctrina. Se destacan en estas líneas, entre otros, a DE PAGE, LAURENT, DEMOLOMBE y HUC.

Los dos últimos autores citados coinciden, con la mayoría de la doctrina, en negar de forma rotunda una posible eficacia del perdón en la figura de la indignidad (169).

Por su parte, LAURENT señala que si bien no parece posible admitirse eficacia a dicho perdón por tratarse la indignidad de una figura jurídica que tiene lugar de pleno derecho, en virtud de la ley y, por tanto, no susceptible de ser revocada por la simple voluntad del *«de cuius»*, si se admite que la indignidad no existe hasta ser declarada por un juez, por la demanda de parte interesada *«nous déciderions, comme on le laisait dans l'ancien droit, que l'indignité se couvre par le pardon»* (170).

Este autor, por tanto, no descarta la posibilidad de eficacia del perdón del indigno. Es más, incluso, como se ha visto, señala que manteniéndose una determinada postura, es cierta tal eficacia.

Entre los intérpretes del Código, y en relación a este tema que ahora se trata, la excepción está representada por DE PAGE. Este autor no considera lógica la solución adoptada por el texto francés, porque si la indignidad está fundada en ofensas del heredero al difunto, ¿quién debe ser el juez supremo de estos hechos sino el interesado, el difunto mismo?, se pregunta el autor, ¿por qué imponer una solución de discordia cuando ha intervenido la reconciliación? (171).

Sin entrar más a fondo, por ahora, se deja el tema del perdón del indigno, subrayando, eso sí, que no es contemplada tal figura de forma expresa por el *Code,* al contrario, como más adelante se verá, ocurre en otros textos civiles codificados (172).

En suma, el *Code* constituye ascendiente legal del Código Civil español en cuanto en sus líneas contempla la figura de la indignidad, dedicando a su regulación expresa los artículos a que se ha hecho referencia y presentando, como característica general, la visión de tal figura como la única de exclusión de herencia en el sistema francés susceptible de ser provocada por tres distintas causas señaladas en la ley. Aparece, pues, la indignidad en el *Code* como una sanción de carácter personalísimo —de forma expresa se excluyen los hijos del indigno—, que conlleva unos determinados efectos —restitución

(169) *Vid* DEMOLOMBE. *Cours.*, cit, págs. 283 y 300; HUC. *Commentaire,* cit, pág. 68

(170) Cfr. *Principes,* cit., pág. 14

(171) DE PAGE: *vid. Traité élémentaire de Droit Civil belge,* t IX, 1948, pág. 84. En el mismo sentido, POTHIER, en *Traité des successions,* cap. I, secc. 2.ª, art. 4.º, párr. 2.º

(172) La postura del Code la fundamentan los jurisconsultos franceses en el carácter o naturaleza de la indignidad en cuanto pena pública, no susceptible de remisión particular *(vid.* SCAEVOLA. *Código Civil,* cit, pág. 409)

de frutos y rentas—, y que no es susceptible de perdón o rehabilitación por parte del ofendido, o al menos, la ley no contempla tal posibilidad.

2. El Código Civil italiano de 1865: antecedente de la indignidad sucesoria del Código Civil español

El *Code Napoleón,* objeto de estudio en el epígrafe anterior, y sobre el que ya se ha hecho alusión a la extensa influencia que produjo en los países europeos, no exceptúa a Italia de su despliegue codificador.

Efectivamente, repasando la historia, se observa que el *Code,* que fue promulgado por vez primera en Italia en 1804 en la región de Piamonte, fue más tarde adoptado e impuesto en otras regiones de la península italiana (173). Más tarde fue perdiendo vigencia el texto francés y fueron apareciendo distintos Códigos en los antiguos Estados italianos, si bien todos ellos con inevitable influjo francés.

La labor de revisión de estos Códigos, con el fin de elaborar un único texto legal para toda la nación italiana, comienza a fines de 1859 y no es hasta 1865 cuando fue promulgado el nuevo texto del Código Civil italiano, cuatro años más tarde de que fuera proclamado el Reino de Italia.

No obstante, la influencia francesa sobre el texto italiano, se observan innovaciones en el tratamiento de la indignidad sucesoria y a las que aquí de forma prioritaria se hará mención.

La indignidad como única figura jurídica de exclusión de herencia que contempla el *«Codice»,* al igual que ya se ha visto hace el *Code,* es regulada en aquél, en la *«Sezione»* I *(«De la capacitá di succedere»)* del *«Titolo»* II *(«Delle successioni»)* del Libro III del texto italiano.

«Tutti sono capaci di succedere, salve le accezioni determinate dalla legge» reza el artículo 723, que encabeza la «Sezione» I aludida, tras del cual se contiene un artículo dedicado a la incapacidad de suceder, ocupándose después el *«Codice»,* durante cuatro artículos, a regular la indignidad. Por tanto, aparece la indignidad en el Código Civil italiano como una excepción legal a la capacidad de suceder, esto es, como una incapacidad y es así: *«Sono icapaci, como indegni, di succedere...»*

Cuatro son las causas que este Código contempla como de indignidad para suceder. Las dos primeras, de clara y evidente ascendencia francesa,

---

F. Hernández Gil, en su artículo *La rehabilitación del indigno,* cit., pág. 294, al tratar de tal figura en las codificaciones modernas señala que los sistemas existentes pueden reducirse a dos: el sistema prohibitivo o del Código Civil francés y los sistemas permisivos. Según señala el autor, por tanto, es el sistema del *Code* la excepción que mantiene la no permisividad del perdón del ofendido en el tratamiento de la indignidad sucesoria

(173) Cfr. «Voce»: «Codici italiani degli antichi stati», de A. Azara, en *Novissimo Digesto italiano,* t. III, 1938, pág. 398.

ya se contemplaban en el Code, concretamente en los números 1.° y 2.° del artículo 727 que ya se vio en anteriores líneas, y se refieren, exactamente, a quien «voluntariamente» hubiese matado o intentado matar a la persona *«della cui successione si tratta»,* así como, en segundo lugar, a quien la hubiese acusado de delito punible con *«pena criminale»,* cuando la acusación haya sido declarada calumniosa en juicio.

Se observa, por tanto, una casi identidad entre ambos Códigos Civiles, el francés y el italiano, con respecto a estas dos primeras causas de indignidad, si bien cabe destacarse la introducción, en el texto italiano, del término «voluntariamente», referente al modo de llevar a efecto la acción de la primera causa señalada. De tal suerte que el *«Codice»* no contempla como indigno al que, faltándole la voluntad para ello *(v.gr.,* accidentalmente, por fuerza mayor...) hubiera matado o intentado matar al *«de cuius»* (174). De igual modo se observa que el Código italiano suprime el requisito de la condena en juicio que exige el Code en esta primera causa.

La tercera causa señalada en el *Code* referente al heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte del difunto, no lo haya denunciado a la justicia, es suprimida en el *«Codice»* italiano (175). Mientras que añade otras dos nuevas:

> *«3.° Chi la avesse costretta a far testamento od a cangiarlo;*
> *4.° Chi la avesse impedita di fare testamento e di revocare il già fatto, o avesse soppresso, celato od alterato il testamento posteriore».*

Estas dos causas constituyen innovaciones respecto al texto del Código francés que no las incluye, como ya se vio. El legislador italiano toma estas causas de los Códigos Napolitano y Sardo (176) y, con ello se pretende, tal como señala BARATTA (177), resguardar la libertad de testar (178).

---

(174) La introducción de tal término por parte del legislador italiano es calificada por MANRESA Y NAVARRO como «lógica pero redundante», ya que indica el autor «sin voluntariedad no hay delito». (Cfr. *Comentarios al Código Civil español,* t. VI, vol. I, Madrid, 1973, pág. 88).

(175) En este punto, el Código Civil italiano sigue la línea general de los Códigos europeos. (Cfr. MANRESA Y NAVARRO: *Comentarios,* cit., pág 91; SCAEVOLA: *Código Civil,* t. XIII, Madrid, 5.ª ed., 1944, pág. 4019.

(176) Cfr. GARCÍA GOYENA, en «Concordancias, motivos y comentarios», cit., del *Código Civil español,* reimpr. Zaragoza, 1974, págs. 333.

(177) *Vid.* en *Nuovo Digesto italiano,* t. VI, *«voce INDEGNITA»,* Torino, 1938, pág. 1003. BARATTA señala como preferible a la opción tomada por el legislador italiano de distinguir y diferenciar estas dos causas, una fórmula única y amplia que incluyera las varias hipótesis que se contienen, y así lo expresa en el artículo mencionado.

(178) Constituyen estas dos causas nuevas, centro de atención de la doctrina, tanto por su originalidad como por las cuestiones y polémicas que originan. En dichas causas, nuestro Código Civil encuentra en el italiano un claro precedente de su texto; si bien,

Además de lo expuesto, el Código de 1865 presenta de nuevo un precepto innovador respecto al Código francés de 1804: el artículo 726. Dicho artículo, textualmente expone: *«Chi fosse incorso nella indegnitá, può essere ammesso a succedere, quando la persona della cui successione si tratta, ve lo abbia espressamente abilitato con atto autentico o con testamento»*.

Este original y relevante precepto, que constituye antecedente del correspondiente en el Código Civil español, introduce a la figura de la indignidad en un nuevo sistema de permisividad de rehabilitación (179), con todo lo que ello conlleva.

La facultad de rehabilitar se limita a la persona *«della cui successione si tratta»*. Puede calificarse, por tanto, de acto personalísimo, así como el modo que este Código de 1865 contempla es el expreso por medio de acto auténtico o testamento.

De forma contraria que en la legislación francesa, en el ámbito del Código italiano, el indigno es susceptible de perdón por parte del ofendido, lo que ha llevado a gran parte de la doctrina a calificar a la indignidad como «pena privada» (180).

El artículo 727 del texto italiano es una trasposición del 729 del *Code* y expresamente obliga al indigno, como ya se vio, a restituir todos los frutos y rentas, de los cuales hubiese disfrutado después de la apertura de la sucesión. De igual modo, el artículo 728 italiano encuentra en el 730 francés su antecedente inmediato. El artículo 728 expresamente declara que la indignidad del *«genitore od ascendente non nuoce ai suoi figli o discendenti»*, y añade, al contenido del precepto francés: *«sia che succedano per ragion propria, sia che succedano per rappresentazione»*. De esta forma incluye la sucesión por representación en un supuesto de hecho, evitando así los conflictos que la cláusula *«saus le secours de la représentation»* provocaba en el texto francés. Por último, este precepto italiano priva al indigno, igualmente que el francés, de los derechos que la ley concede a los padres sobre los bienes de sus hijos referentes al usufructo y administración de los mismos.

---

ya se verá, el Proyecto del Código Civil español de 1851 contiene en su articulado un precepto semejante que, de igual modo, constituye precedente del actual.

(179) HERNÁNDEZ GIL, en su artículo *La rehabilitación del indigno,* cit , pág. 295, distingue dos sistemas en las legislaciones modernas: sistema prohibitivo del Código Civil francés y sistema permisivo. En este segundo introduce al Código Civil italiano, refiriéndose en nota al Código de 1865, del cual destaca que sólo reconocía la forma expresa de rehabilitación. bien por acto auténtico, bien por testamento.

(180) Junto al Código Civil portugués de 1867 aparecen otros, presentes igualmente ante la Comisión, como son el mejicano de 1870, el guatemalteco de 1877, el chileno de 1855, el uruguayo de 1868, o el argentino de 1869 *(vid.* E. GACTO FERNÁNDEZ: «Derecho del Constitucionalismo y la Codificación II», cit. en colección *Temas de Historia del Derecho,* publ. Univ. de Sevilla, 1979, pág 230)

En suma, el Código Civil italiano contempla a la indignidad como única figura de exclusión de herencia careciendo, por ello, de regulación en este texto legal la figura de la desheredación, e introduce, respecto al francés, innovaciones que a su vez constituyen antecedentes de nuestro Código Civil de 1889 y que se concretan en la inclusión de dos causas más de indignidad referentes a la libertad de testar del *«de cuius»*, así como la expresa regulación de la rehabilitación del indigno.

3. El Código Civil portugués de 1867 y la indignidad para suceder

Entre las influencias del Código Civil español cabe mencionar, tras la prioridad de los anteriores, al Código portugués de 1867 por ser uno de los Códigos iberoamericanos tenidos en cuenta por la Comisión General de Codificación en la elaboración de sus trabajos (181).

No debe olvidarse que, no obstante, la influencia de este Código de 1867 en la formación del español, aquél absorbió a su vez influjos del Proyecto del 51, entre los cuales algunos se ven reflejados en el articulado regulador de la indignidad que, como a continuación se verá, aparece en el Código portugués un tanto disperso y confuso.

Como nota a destacar, y a diferencia de los anteriores Códigos francés e italiano, es de especial mención la coexistencia en el portugués, de las dos figuras de exclusión de la herencia presentes igualmente en el Código español de 1889: la desheredación y la indignidad (182).

Otras características deben citarse del Código portugués, esta vez referentes ya a la regulación en el mismo de la figura sucesoria de nuestro interés: la falta de una rúbrica expresa que acoja de forma clara y ordenada los artículos referentes a la indignidad, y, a consecuencia de ello, la dispersidad y confusión en dicha regulación.

El Código portugués se ocupa de las Sucesiones en el Título II, del Libro III de la Parte II de su texto; dentro de dicho Título dedica el Capítulo II a la *«Sucessao testamentária»*, el III a la *«Sucessao legitima»* y un Capítulo IV a las disposiciones comunes a ambos tipos de sucesión.

Dentro del Capítulo II aludido, esto es, el dedicado a la sucesión testamentaria, contiene la *«Secçao II»* que lleva por título *«Dos que podem testar e dos que podem adquirir por testamento»*, en cuyo articulado se

---

(181) Algún autor ha visto en esta coexistencia el reflejo del carácter disciplinario y moralista de los países de creencias católicas *(vid.* Roguin: *Traité de Droit civil comparé. Les successiones,* t I, París, 1908, pág. 170).

(182) Entre otros: Roguin: *Traité de Droit civil,* cit , pág 157, y Scaevola: *Código Civil,* t. XIII, Madrid, 1944, pág 385.

encuentra el artículo 1.782, contenedor de las causas de indignidad, según la doctrina (183).

Pero no es exclusivamente en este precepto en donde el Código Civil portugués refiere causas de prohibición o exclusión de herencia, excepción hecha de las incapacidades para suceder y de la desheredación, a saber también las contienen los artículos 1.749, 1.780, 1.937 y 1.938. El primer artículo citado, el 1.782, contiene dos causas distintas de indignidad y literalmente dice así:

Artículo 1.782:

> *«Os que forem condemnados por haverem attentado contra a vida do testador, ou concorrido de qualquer fórma para tal delicto, e os que impedirem por violencias, ou com ameças, ou fraude, que o testador revoque o seu testamento nao poderao aproveitarse das disposiçoes feitas em seu favor».*

Una segunda parte contiene este artículo, a la que más tarde se hará referencia.

Por su parte, el artículo 1.749 señala que aquél que impidiese a otro (mediante dolo, fraude o violencia) hacer testamento será castigado por la ley penal, pero si fuere heredero abintestato además quedará privado de su derecho a la herencia, pasando éste a quien correspondiese en el caso de que dicho heredero no existiese. Se observa en este precepto, por tanto, otra exclusión de herencia si bien en este caso hace referencia a los herederos *abintestatos.*

El artículo 1.780 dice que el albacea o tutor testamentario que se excusase de su cargo por los motivos expuestos en la ley, perderán lo que les fuese dejado en testamento. Esta vez, por ende, la privación de la herencia hace referencia tan sólo a la sucesión testamentaria.

También el artículo 1.937 contiene una privación de herencia al hacer referencia a aquella persona que, mediando dolo, no presentare el testamento cerrado que tuviere en su poder de otra persona, y señalando que además del castigo penal, perderá cualquier derecho a la herencia del testador *«que por ventura tiviesse».*

Por último, el artículo 1.938 establece las mismas penas a aquél que sustrajese dolosamente el testamento de las manos del testador o del que lo tuviese depositado.

---

(183) DIAS FERREIRA señala que el texto de dicho artículo comprende tanto a los incapaces propiamente dichos como a los indignos, diferenciando a unos de otros en que los primeros se encuentran absolutamente inhibidos de suceder y los segundos sólo quedan inhibidos de participar en determinadas sucesiones por actos personales anteriores o posteriores a su institución *(vid. Código Civil portuguez annotado,* vol. III. Coimbra, 1902, pág. 488 en nota al art 1 978)

Todos estos artículos mencionados, por tanto, pueden considerarse, por su contenido, reguladores de las causas de indignidad contempladas en el Código portugués de 1867. Ahora bien, todos ellos aparecen dispersos, faltando de esta forma una única rúbrica que regule en bloque las causas que dan lugar a la figura indignitaria. Ello conlleva la falta de claridad y un tanto de confusión en el estudio de esta figura en este texto jurídico civil codificado.

De otro lado, puede observarse claramente que los preceptos anteriores, si no bajo una misma rúbrica, sí se encuentran todos ellos en un mismo Capítulo al que ya se ha citado y que lleva por título *«Da sucessao testamentária»*. Tal inclusión puede llevar, *prima facie,* a pensar que en este Código la indignidad está encuadrada en dicho tipo de sucesión, lo que sería un grave error, no sólo por los términos en que se expresa el ya visto artículo 1.749, sino por la rotundidad con que el artículo 1.978 indica que las personas incapaces de adquirir por testamento tampoco podrán adquirir por sucesión legítima.

Con ello es evidente que en el Código portugués la indignidad despliega su eficacia tanto en sucesión testamentaria como en sucesión legítima o abintestato.

En cuanto a la figura de la rehabilitación del indigno, se contempla en el ya mencionado artículo 1.782 que en su apartado único, el cual constituye la segunda parte de dicho artículo, indica:

> *«No caso, porém, de tentativa contra a vida do testador, sobreviviendo este, será valida a disposiçao posterior ao crime, se o testador teve conhecimento d'elle, bem como a disposiçao anterior poderá surtir effeito, se o testador declarar, por modo authentico, que persiste n'ella».*

Por tanto, será susceptible de rehabilitación, ora tácita, ora expresa, mediante documento auténtico, el indigno que lo sea por haber atentado contra la vida del testador, en el caso de que éste sobreviva. Con respecto a las demás causas de indignidad, el Código guarda silencio, incluida la otra causa contenida en dicho precepto 1782 que, como se recordará, hacía referencia al caso en que se impide a otro revocar su testamento mediante violencia, amenaza o fraude.

Cabe concluir en tema de rehabilitación del indigno que en el Código de 1867 dicha figura se encuentra limitada a un solo caso de indignidad (184).

---

(184) Puede verse en ello una actitud reacia del legislador portugués del 67 a la rehabilitación o reconciliación en tema de exclusión de herencia, puesto que el Código tampoco contempla dicha figura en la desheredación *(vid.* arts. 1.875 y ss. del Código Civil portugués de 1867)

Por último deben citarse como de interés los artículos 1.778 y 1.979. El primero señala el momento al que hay que atender para calificar la capacidad para adquirir por testamento, que será la que el adquirente tiene al tiempo de la muerte del testador; y en el caso de institución de heredero con condición, o de legado condicional, se atenderá también, al tiempo del cumplimiento de la condición.

El artículo 1.979 expresa el carácter personalista de la incapacidad para suceder, así como la adquisición por los hijos y descendientes del incapaz de la herencia, tal como si éste hubiese fallecido sin causa de incapacidad.

Concluyendo y a modo de resumen, señalar que el Código de 1867 regula la indignidad como privación de herencia junto a la desheredación, si bien dicha regulación se encuentra caracterizada por la dispersión y la confusión debido a la falta de una rúbrica expresa donde se condense todo el articulado referente a aquélla (la indignidad), que despliega su eficacia tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada, y es susceptible de rehabilitación, tácita o expresa, únicamente en el supuesto de una concreta causa por haber atentado contra la vida del causante, por lo que dicha rehabilitación tendrá lugar, cuando éste haya sobrevivido a tal atentado.

V. ANTECEDENTES PRELEGISLATIVOS DE LA INDIGNIDAD PARA SUCEDER EN LA CODIFICACION CIVIL ESPAÑOLA

1. El Proyecto de 1836

La idea de la codificación civil española fue propugnada ya en los inicios del movimiento innovador de las Cortes de Cádiz. No obstante, la empresa de llevar a cabo la formación de un Código que recogiera la materia civil tuvo que recorrer un escabroso camino y se ha llegado a decir que ha resultado «la más difícil, complicada, laboriosa e insatisfactoria de todo el proceso codificador del Derecho español» (185).

Un primer intento de Codificación civil lo constituyó el Proyecto de 1821, pero no es hasta 1836 cuando aparece la figura de la indignidad en un texto unificador. Efectivamente, en el Proyecto de 1836 la indignidad es contemplada en las «Disposiciones generales» del Libro Cuarto de dicho Proyecto, concretamente en los artículos 2.205 al 2.207.

Llama por tanto la atención, un primer dato importante derivado de la ubicación de los artículos que regulan la figura sucesoria.

---

(185) *Vid.* E Gacto Fernández: «Derecho del Constitucionalismo y la Codificación II», en la colección *Temas de Historia del Derecho;* Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979, pág. 171.

El Proyecto de 1836 admite dos tipos de sucesión: la intestada o legítima y la testamentaria (186), siendo reguladas ambas en el Título I y el Título II, respectivamente.

Es obvio que al contener los artículos dedicados a la indignidad en las «Disposiciones generales», el Proyecto contemple a la indignidad como «exclusión» de la sucesión, tanto testada como intestada (187), lo que viene subrayando por el encabezamiento del artículo 2.205. Serán excluidos de la sucesión como indignos..., puesto que al no especificarse el tipo de sucesión debe entenderse incluidas ambas.

Dicho artículo señala tres causas de exclusión de herencia. A saber:

1. El que hubiere sido condenado como autor o cómplice de la muerte del sujeto cuya sucesión se reclama, o que hubiere intentado dársela, aún cuando esto no haya tenido efecto.
2. El que hubiere entablado contra el difunto una acusación criminal que se hubiese declarado calumniosa.
3. El que con violencia o fraude impidiere hacer testamento a la persona cuya sucesión intestada reclamare después.

La primera causa parece tener influencia francesa, pues al igual que el *Code* requiere la condena en juicio, así como contempla tanto el caso de delito consumado como la tentativa o el delito frustrado. De esta misma influencia puede hablarse con respecto a la segunda de las causas mencionadas. No así de la tercera causa, la cual no es contenida como de indignidad en el Código francés.

Volviendo la vista atrás en la historia, se encuentra un precedente legal de esta tercera causa del artículo 2.205 del Proyecto del 36 en el texto de Las Partidas. Se recordará que en las leyes 26 y 27 del Título I de la Partida 6.ª se contempla el supuesto de hecho referido: «impedir hacer testamento a la persona cuya sucesión intestada se tiene esperanzas de recibir».

Pues bien, tal causa que como ya se ha visto, posteriormente será contenida también en el *«Códice»* italiano de 1865, es contemplada ya por el Proyecto de 1836 español y pasará a los posteriores textos legales de la Codificación civil española como más adelante se verá.

Por el momento, dejar constar la consideración, en el Proyecto, de

---

(186) *Vid.* artículo 2 202 del Proyecto de 1836: «Las sucesiones son de dos especies, a saber: intestadas o legítimas y testamentarias».

(187) Ya se vio en el epígrafe dedicado al derecho histórico español, cómo en el Fuero Real, en opinión de parte de la doctrina se establecía un límite en relación a los herederos susceptibles de incurrir en indignidad, recayendo tal límite en los herederos testamentarios. También en las Partidas y con respecto a alguna determinada causa de indignidad se señalaba dicha limitación.

indigno del heredero que «con violencia o fraude» impide hacer testamento al *«de cuius»*.

También se percibe influencia francesa en los artículos 2.206 y 2.207 del Proyecto. El primero de ellos refleja el principio de personalidad de la indignidad que, ya se vio, contenía también el *Code* con respecto a los hijos del indigno, puesto que expresamente se excluía a los mismos de los efectos de la indignidad de su padre. En el Proyecto se observa que tal principio aparece aún con más rigor al hacerse referencia expresa del siguiente modo: «La exclusión por las causas que expresa el artículo anterior no será extensiva a los ascendientes y descendientes del autor del crimen, ni a sus parientes de cualquier clase, o a su cónyuge, los cuales entrarán en la parte que el indigno debía percibir».

El artículo 2.207 contiene la obligación del declarado indigno «a la devolución de todos los frutos y rentas que hubiere percibido».

Se omite aquí la limitación señalada en el *Code* referente a los frutos y rentas percibidos «después de la apertura de la sucesión», haciéndose en el Proyecto mención, únicamente y de forma general, a aquellos que el indigno «hubiere percibido».

Por último, en relación al tema de la rehabilitación o perdón de la indignidad, el Proyecto de 1836 no se muestra diáfano desde un primer momento, puesto que en la regulación que de la indignidad contiene dicho Proyecto, ubicada en las «Disposiciones generales» del Libro IV («De las sucesiones hereditarias»), no se hace mención ni existe precepto alguno referente a dicha materia, dando la sensación, por ende, que al igual que el Código de Napoleón, no observa la figura de la rehabilitación del indigno.

Sin embargo, en el Título II de dicho Libro IV, titulado «De la sucesión testamentaria», en su Capítulo V («Del sucesor testamentario»), es importante destacar el artículo 2.278 que versa así:

> «No pueden adquirir en virtud de testamento los declarados judicialmente indignos de suceder por cualquiera de las causas expresadas en el artículo 2.205, con tal que éstas fuesen posteriores a la fecha del testamento: siendo anteriores, únicamente se reputarán eficaces cuando se probase que el testador ignoraba la existencia de tales hechos».

De esta forma se observa que el Proyecto de 1836 contempla, si bien a *sensu contrario* y con los riesgos que una interpretación de este tipo conlleva, la figura del perdón del indigno por el testador, puesto que según tal interpretación, que se desprende del tenor literal del precepto, serán ineficaces las causas de indignidad cuando el testador conocía la existencia de tales hechos, con anterioridad al testamento.

No contempla, eso sí, este texto la remisión posterior al testamento en documento público; pero por lo que hace al perdón o rehabilitación del indigno, sí parece contemplarla si se considera la interpretación hecha.

Este artículo, el 2.278 del Proyecto de 1836, por su ubicación y literalidad, podría decirse que es aplicable únicamente a la sucesión testamentaria. No se va a adentrar en estas líneas sobre tal materia que será objeto de un estudio más detallado en páginas posteriores cuando se trate el tema de la rehabilitación del indigno. Pero es evidente que en materia de sucesiones, y en concreto en materia de indignidad, no puede decirse que el Proyecto de 1836 no contempla en su articulado la figura jurídica en cuestión.

A modo de resumen, cabe concluir que el Proyecto de 1836 trata a la indignidad sucesoria como una figura jurídica que excluye al heredero de la sucesión —ya se trate de la testada como de la intestada— por la inclusión en unas determinadas causas, que no afecta en modo alguno a ascendientes, descendientes o parientes del indigno y que, al menos en materia de sucesión testamentaria, es susceptible de perdón o rehabilitación por parte del testador.

2. El Proyecto de 1851 y las concordancias de García Goyena

El Proyecto de 1851 constituye un cuerpo de normas de primordial importancia en el *«iter»* hacia el Código Civil. Hasta tal punto esto es así que la misma Ley de Bases de mayo de 1888 sancionó expresamente su condición de fundamento del inminente Código Civil (188). En efecto, la Base 1.ª de dicha Ley comienza: «El Código tomará por base el proyecto de 1851 en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio...»

Haciendo alusión a la relevancia del Proyecto del 51, no puede por menos que hacerse lo propio con la obra de García Goyena, cuyo nombre suele asociarse de forma automática a aquél. En «Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil» se contiene la historia y los motivos de los artículos que conforman el Proyecto, siendo de enorme utilidad para el conocimiento de las normas a que se refiere. La misma Comisión, cuando en 1851 elevó al Gobierno el Proyecto terminado, comunicaba la autenticidad de tal interpretación y resoluciones «por haberse hecho previa discusión y con aprobación de la Sección».

Es por todo esto que aquí se tomará como base y fundamento para el estudio del Proyecto la obra de García Goyena y por lo que este epígrafe lleva por título su nombre.

---

(188) *Vid* E. Gacto Fernández: *Derecho del Constitucionalismo,* cit., pág. 190.

La indignidad es regulada en el Capítulo IV del Título Primero del Libro Tercero del Proyecto, bajo el epígrafe: «De la capacidad para disponer y adquirir por testamento». En este capítulo se trata de la incapacidad y de la indignidad como figuras distintas si bien se les da regulación común. Ello lo prueban determinados artículos que, haciendo referencia a las dos figuras, las contienen como objeto de una misma regulación. Así, el artículo 606 se refiere a los incapaces y a los indignos como excluidos de la adquisición por testamento; del mismo modo los artículos 620 —referente al momento en que debe calificarse la incapacidad o la indignidad—; artículo 621 —en relación a la incapacidad o indignidad relativas a una cosa o persona—; artículo 622 —restitución de bienes con los frutos y rentas percibidos—, y artículo 623 —derecho a la legítima de los hijos o descendientes del indigno—.

La distinción entre ambas figuras es clara si se atiende a los artículos 607 y 617, que, respectivamente, hacen referencia a quienes se consideran incapaces y a quienes son indignos, así como a dos artículos en que de forma exclusiva parecen regularse efectos de una sola de las figuras. Así, el artículo 616 («Será nula la disposición hecha en favor de un *incapaz*, bien se la disfrace bajo contrato oneroso, o usando el nombre de una persona interpuesta...»), al menos de forma expresa, no hace referencia a la figura del indigno; mientras que en el artículo 619 ocurre lo contrario, pues se hace expresa mención a la indignidad y se omite la incapacidad: «Todas las exclusiones por causa de indignidad cesan respectivamente si el testador las sabía al tiempo de hacer testamento...»

En suma, en el Proyecto se regula la indignidad junto a la incapacidad como figura distinta de éste aunque con comunes preceptos que otorgan unos mismos regulación y efectos a dichas figuras.

Ya se ha dicho que en el Proyecto la indignidad se regula en el capítulo que lleva por título «De la capacidad para disponer y adquirir por testamento». Se observa, por tanto, que en dicho capítulo se hace referencia única y exclusivamente a la sucesión testamentaria y no así a la llamada legítima o intestada.

Del mismo modo cuando en el artículo 606 del Proyecto se dice: «Pueden adquirir *por testamento* todos los que la ley no declare incapaces o indignos», se está expresando, *a sensu contrario,* que tanto los incapaces como los indignos están impedidos por ley, para adquirir «por testamento», pero nada se dice sobre la adquisición por sucesión abientestato.

Este argumento es reforzado por otros artículos del Proyecto. Así, el propio artículo 617, el cual comienza diciendo: «Son indignos y como tales no pueden adquirir por testamento...» Esto es, al indigno se le prohíbe adquirir por testamento. En este mismo artículo, en la causa primera, en su segundo párrafo, se dice: «pierde *también* su derecho a la legítima». La

inclusión del término «también» parece indicar que lo que en principio se pierde es el derecho de suceder testamentariamente, pero como excepción que se da en el caso preceptuado en este segundo párrafo, se perderá además, la legítima.

Al mismo tiempo, en el capítulo primero del Título II, donde se trata «De las herencias sin testamento», concretamente en el artículo 743, se indican los casos en que tiene lugar la sucesión intestada, señalando en cuarto lugar: «Cuando el heredero instituido es incapaz o indigno de suceder». Este artículo del Proyecto igualmente parece subrayar el argumento señalado de que en el Proyecto de 1851 la indignidad afecta únicamente a la sucesión testamentaria.

Todo esto lleva a la común consideración por parte de la doctrina de que en el Proyecto de 1851 la indignidad afecta única y exclusivamente a la sucesión testamentaria (189). Consideración que cabe calificar de errónea si se atiende al texto del artículo 745 del Proyecto en donde literalmente se dice: «lo dispuesto en el capítulo 4 del título anterior (esto es, el capítulo que lleva por título "De la capacidad para disponer y adquirir por testamento" al que ya se ha hecho referencia) sobre incapacidad e indignidad para recibir por testamento, obra respectivamente en las herencias intestadas».

Por tanto, es claro y evidente que el Proyecto de 1851, al igual que su antecesor de 1836, contempla a una indignidad aplicable, tanto a la sucesión testada como a la intestada; con lo cual se desecha de todo punto la existencia de un cambio de dirección en este sentido con respecto a lo ya visto con anterioridad, resultando de este modo una clara continuidad de criterio (190).

Tras lo expuesto se hace inevitable el estudio del derecho a la legítima del indigno según el Proyecto. El texto de 1851, en su artículo 640, define

---

(189) VALLET DE GOYTISOLO califica esta limitación de la indignidad al ser referida en el Proyecto de 1851 a la sucesión testamentaria de incongruente (cfr. *Panorama del Derecho de Sucesiones II. Perspectiva dinámica,* Madrid, 1984, pág. 305).

(190) Ya se ha visto que en el Proyecto de 1836 la indignidad era referida tanto a la sucesión testada como intestada De igual forma, en el *Code* francés, la indignidad se refiere a la sucesión en general, sin especificar la testamentaria. Pero si retrocedemos a los antecedentes histórico-patrios, se observa que puede encontrarse en alguno de ellos cierta limitación en la sucesión a la que es referida la indignidad, puesto que, como ya se vio, el Fuero Real cuando habla de las causas por las que se prohíbe heredar, pasando dicha herencia al rey, en la ley 4.ª del tit IX, lib. III, comienza dicha ley diciendo *«si alguno que no hoviere* ***herederos derechos*** *ficiere su manda..»* De esta forma, el Fuero Real parece excluir de las causas de indignidad a los herederos legítimos («herederos derechos»). No obstante, no establece distinción positiva entre sucesión testamentaria y abientestato Por su parte, en Las Partidas, se recordará que en la ley XIII del tit VII de la part. 6ª, donde se regulan las causas de indignidad, nunca se hace referencia al «causante» o al *«de cuius»* siempre se alude al mismo como al *«teftador»,* lo que puede resultar indicio de alguna restricción, pero sin demasiado fundamento.

tanto a los herederos forzosos, como lo que se entiende por legítima. Textualmente, dice así:

> «Llámanse herederos forzosos aquellos a quienes la ley reserva en los bienes del difunto cierta porción de que no puede privarlos sin causa justa y probada de desheredación. La porción reservada se llama legítima».

De la lectura de este artículo del Proyecto se desprende, por tanto, que la única privación legal de la legítima es por «causa justa y probada de desheredación»: De dicho artículo no se desprende ninguna otra causa legal que prive del derecho de legítima y, por ende, y al menos expresamente, el Proyecto no admite como causa de privación de legítima, la incapacidad o la indignidad para adquirir «por testamento».

Ya se ha hecho referencia al artículo 606 y al principio del 617 y de ellos se sustrae la consecuencia inmediata de que lo prohibido por la indignidad es la adquisición «por testamento». Por lo que a todas luces parece permisible para el mismo, la adquisición legítima o por derecho de legítima. También se ha visto ya la excepción que se contiene en el segundo párrafo, apartado 1.°, artículo 617, que hace alusión al caso en que fuera heredero forzoso el que incurriera en esa primera causa de indignidad, señalando que perderá «también» su derecho a la legítima. Se observa, pues, que la inclusión del término «también» no hace sino revestir con carácter de excepción a la pérdida del derecho de legítima, como adición a la pérdida «normal» de la sucesión testamentaria del indigno.

Por otra parte, y atendiendo al artículo 623 del Proyecto, se regula la situación en que el excluido de la herencia por indignidad, sea hijo o descendiente del «testador» (obsérvese que se emplea este término y no el de «causante», o «difunto», etc.) y tenga hijos o descendientes, a su vez, y existan otros herederos testamentarios. En este caso, dispone dicho artículo que el derecho a la legítima del excluido lo tendrán los hijos descendientes del mismo. He aquí, por tanto, otro supuesto que el texto del Proyecto contempla como de pérdida del derecho de legítima del indigno, el cual pasará a los hijos y descendientes del mismo, quienes sucederán, según este precepto, «en el caso de haber otros herederos testamentarios» y no, *ex* artículo 743, en que ya se vio se regulaban los casos en que tenía lugar la sucesión legítima, a falta de herederos testamentarios, y se recordará que en el apartado 4.° expresamente se hacía mención del heredero incapaz o indigno de heredar.

En suma, tras el estudio de los artículos mencionados, cabe concluir que el Proyecto de 1851 sostiene como regla general que el indigno conserva su derecho a la legítima, ya que sólo se le impide adquirir «por testamento».

Ahora bien, a esta regla general, el mismo Proyecto señala excepciones que, por otra parte, no hacen sino confirmarla. Tales excepciones según lo ya dicho, son las siguientes:

a) Cuando el heredero forzoso es condenado en juicio por delito o tentativa de homicidio contra su cónyuge o contra sus descendientes (*ex* art. 617,1.°, párrafo 2.°).

b) Cuando el excluido de la herencia por indignidad es hijo o descendiente del testador y tiene a su vez hijos o descendientes, existiendo otros herederos testamentarios.

En cuanto a las causas de indignidad contempladas en el Proyecto, se contienen en el artículo 617 del mismo en número de seis (191).

Como primera causa señala el Proyecto que es indigno «el condenado en juicio por delito o tentativa de homicidio contra la persona de cuya herencia se trata, contra su cónyuge o contra sus descendientes».

Esta causa, que se contiene como de indignidad en todos los textos jurídicos desde los tiempos de Roma (como se sabe, el Digesto ya la contemplaba), aparece en el Proyecto con la adición «contra su cónyuge o contra sus descendientes». Tal adición es innovadora en dicho texto jurídico (192).

En sus «Concordancias», GARCÍA GOYENA explica que dicha adición ha tenido lugar «porque la ofensa parece cuasi igual, y de este modo —nos dice el autor— se resuelve una cuestión dudosa entre los intérpretes, como la resolvió el artículo 540 austríaco» (193).

Se observa que con una marcada influencia francesa, el Proyecto del 51, al igual que el ya visto Proyecto de 1836, requiere la condena en juicio «por delito o tentativa de homicidio».

El espíritu del artículo, según el propio GARCÍA GOYENA, «no es comprender la muerte enteramente escusada, en cuyo caso no habrá condena, pero ni aún —añade— la simplemente culpable».

Haciendo referencia a las leyes romanas y patrias, el ilustre intérprete indica que parecen comprender también el caso de culpa, en relación a lo cual, y en desacuerdo, él mismo expresa: «pero yo encuentro en esto excesiva dureza y ocasión de muchos y muy dudosos pleitos» (194).

---

(191) Se ha podido comprobar que el número de causas de indignidad es un punto en el que existen una gran variedad de unos textos a otros, tanto en el tiempo como en el espacio: desde los tiempos del *Codex* y las *Pandectas,* en los cuales existían numerosísimas causas, como se ha podido constatar, al *Code* francés en el que tienen lugar tan sólo tres.

(192) Se recordará que el propio *Code* en su texto, ya que éste, como se vio, sólo hacía referencia de modo exclusivo a la muerte del «difunto».

(193) Cfr. *Concordancias...,* cit., pág 332.

(194) No parece compartir la misma opinión GUTIÉRREZ, el cual señala expresamente que esta primera causa «tiene lugar en el homicidio culpable, y procede aun en el caso

El segundo párrafo de este apartado 1.º del artículo 617 ya ha sido comentado con ocasión del derecho de legítima del indigno. Dicho párrafo reza así: «Si alguno de los herederos forzosos incurre en esta causa de indignidad, pierde también su derecho a la legítima».

Este párrafo, como más adelante se verá, es origen y centro de polémicas y discusiones doctrinales. En el Proyecto parece tener un sentido claro dada la limitación, que en el mismo se contiene, de la indignidad referente a la sucesión testamentaria, pues al considerarse aún más contrario a la moral y conciencia pública el llevar a cabo tal acto (dar o intentar dar muerte) por los herederos forzosos de la víctima, se ha querido agravar la pena y de esta forma el heredero forzoso indigno, no sólo perderá la sucesión testamentaria (que en caso de no ser heredero forzoso también perdería) sino que por su condición de tal, también pierde su derecho a la legítima. La inclusión de este segundo párrafo constituye otra novedad del Proyecto, puesto que nada se encuentra en otros Códigos acerca de la pérdida de los derechos de legítima por motivo de la indignidad. Por el momento, pues, dejar constancia en estas líneas de su sentido y su carácter innovador. Más adelante se realizarán nuevas consideraciones al respecto.

En segundo lugar se considera indigno al «heredero mayor de edad, que sabedor dentro de un mes de la muerte violenta del difunto, no la denuncia a la justicia, cuando ésta no ha procedido ya de oficio sobre aquélla» (195).

No hace el Proyecto de 1851, por tanto, sino seguir a sus antecesores legales (196), cuando entre sus líneas recoge la causa referida, manifestando en ello clara influencia francesa, si bien se separa del *Code,* aproximándose a los textos histórico-legales españoles, cuando señala un plazo para la denuncia.

Se distingue también del texto francés en la limitación que en el Pro-

---

de haber prescrito la pena u obtenido indulto» (Cfr. *Códigos,* cit., pág. 435). En el mismo sentido, DEL VISO señala igualmente que el heredero es excluido «aún en el caso de haber obtenido indulto o prescrito la pena» (cfr *Lecciones elementales,* cit, pág. 331).

(195) SCAEVOLA señala en relación a esta causa el hecho de que casi ningún Código europeo ha copiado esta disposición, inclinándose por esta postura generaliza en los mencionados Códigos cuando dice que «las razones de haberse derogado en este punto el derecho antiguo son tan claras y tan poderosas que es lástima que se haya prescindido de ellas al redactar nuestro artículo 756». Su postura la fundamenta en la existencia del Ministerio Fiscal y con ella la falta de necesidad de iniciativas individuales, calificando al precepto de «ineficaz y expuesto a inconvenientes». (cfr *Código Civil,* cit., pág. 401).

(196) Esta causa, como la anterior, procede del Derecho romano y fue regulada por el Senado-consulto Silaniano como en su momento se vio. También el Derecho histórico-patrio la contempló como se recordará, en Las Partidas, siendo objeto de posterior modificación en la Novísima Recopilación.

De igual modo el Código francés, en el tercer número del artículo 727, contempla dicha causa de indignidad. Cfr. *Concordancias,* cit., págs. 332-333.

yecto se establece respecto a la obligación de denunciar, pues ésta se impone sólo al heredero emancipado que conozca la muerte violenta del causante, y desaparece cuando la justicia ha procedido ya de oficio y cuando, según la ley, no hay obligación de denunciar. Esto último lo contiene el artículo 617 en el segundo párrafo de su apartado segundo: «Si los homicidas fuesen ascendientes o descendientes, marido o mujer del heredero, cesará en éste la obligación de denunciar».

Como tercera causa de indignidad, el artículo 617 del Proyecto señala la siguiente: «El que voluntariamente acusó o denunció al difunto de un delito, que por la ley sea castigado con la pena de cadena perpetua o la de muerte».

Esta causa, que como ya se ha visto, la contemplaba también el Proyecto de 1836, así como el *Code Napoleón,* presenta en el Proyecto del 51 una novedad; y ésta no es otra que la inclusión del término «voluntariamente». Con ello, indica GARCÍA GOYENA, «queda pues exceptuado el que acusa por razón de su oficio, como el fiscal y el tutor y demás que acusase en nombre y representación de otros», a lo que añade: «lo mismo deberá decirse cuando la acusación haya sido por vía de excepción y en defensa propia» (197).

En cuanto al límite o requisito que se señala referente al delito de que se acusa o denuncia al difunto («que por ley sea castigado con la pena de cadena perpetua o la de muerte»), se observa también diferencia con respecto al Proyecto de 1836 influido decisivamente por el *Code,* el cual tan sólo hace referencia a que se trate de una «acusación capital y calumniosa». Ello es debido, en palabras de GARCÍA GOYENA, a que «ha parecido más sencillo y acertado medir la indignidad por la gravedad de la pena, fijándose en la de muerte o cadena perpetua, según el nuevo Código penal» (198).

En cuarto lugar recoge el artículo 617 del Proyecto una causa tomada de las leyes patrias, que ya en el Derecho romano fue consignada. Mediante tal causa se considera indigno el «condenado en juicio por adulterio con la mujer del testador».

Esta causa no la contempla el Código francés y tampoco la incluyó el Proyecto anterior de 1836.

GARCÍA GOYENA fundamenta su existencia en consistir en un grave atentado o ultraje personal contra el honor del difunto (199).

---

(197) Cfr. *Concordancias,* cit., págs. 332-333.

(198) Cfr. *Concordancias,* cit., pág. 332.

(199) La doctrina se cuestiona si el legislador prohíbe al indigno heredar al marido únicamente o también, a la adúltera o cómplice del adulterio.

GARCÍA GOYENA *(vid Concordancias,* cit., pág. 333), en el mismo sentido que también lo hace SCAEVOLA *(vid. Código Civil,* cit., págs. 402-3) interpreta esta causa referida a la inhabilitación para heredar al marido y a la esposa de éste, sí se diera el caso. Por su parte, MANRESA Y NAVARRO, sin dejar de reconocer la razón de moralidad en que se fundan estos autores, no participa de tal opinión y mantiene que si el legislador

Al igual que esta cuarta causa, es tomada de las leyes patrias la quinta que contiene el artículo 617 del Proyecto, la cual contempla como indigno al «pariente del difunto que, hallándose este loco o demente y abandonado, no cuidó de recogerle o hacerle recoger en un establecimiento público».

Como se recordará, el Derecho romano contemplaba ya esta falta. No así el *Code,* que no la incluye en sus líneas.

En sexto y último lugar, el artículo 617 contiene un apartado que dispone como indigno al que «para heredar estorbó por fuerza o fraude, que el difunto hiciera testamento o revocará el ya hecho, o sustrajo éste, o forzó al difunto para testar».

Los antecedentes de esta causa se encuentra tanto en el Derecho romano como en las Partidas (200).

En relación a esta disposición, manifiesta GARCÍA GOYENA que «es consiguiente a la regla general de que la fuerza o violencia inducen nulidad en todos los actos» (201).

Termina el artículo 617 con un inciso: «Las causas de indignidad, expresadas en este artículo, comprenden también a los legatarios» (202).

Un artículo de gran interés se encuentra, como novedad, en el Proyecto de 1851. En efecto, el artículo 619 no encuentra antecedentes romanos ni históricos-patrios, ni aún en el *Code* se contempla precepto semejante. Unicamente en el anterior Proyecto de 1836 se contempla la figura de la rehabilitación del indigno, pero con las características que ya se vieron, esto es, aplicable sólo a la sucesión testamentaria y sin contemplar la remisión expresa posterior al testamento. Se trata de la regulación expresa de la figura de la rehabilitación del indigno, esto es, del perdón del ofendido.

Como ya vimos en su momento no es hasta la publicación del «Códice civile» italiano de 1865, cuando en su texto legal, por vez primera, aparece dicha regulación. Pero ya en el Proyecto de Código Civil español de 1851, anterior a aquel Código, aparece esta figura, al parecer, por influencia de los Códigos sardo y napolitano (203).

---

hubiera querido comprender en la inhabilidad ambas sucesiones hubiese redactado el precepto de modo distinto al utilizado *(vid. Comentarios,* cit., págs. 92-3)

(200) El Código francés no menciona estas causas El Proyecto de 1836, ya se ha visto, incluye como tercera causa el impedir, con violencia o fraude, hacer testamento a la persona cuya sucesión intestada se reclamase después. Supuesto de hecho que era ya contemplado en Las Partidas, derivado del Derecho romano, al igual que el resto de los supuestos que recoge este apartado 6.º del artículo 617. (Para mayor concreción, *vid.* GARCÍA GOYENA: *Concordancias,* cit., pág 333).

(201) Cfr. *Concordancias,* cit., pág. 333

(202) Con ello, de forma expresa, no se hace sino repetir lo que en la ley 13, tit. 7, part. 6.ª se decía: *«e por las mismas razones que el heredero deue perder la herencia, poe essas mismas perderían las mandas aquellos a quien fuessen fechas».*

(203) El artículo 650 del Código napolitano dice «El heredero que ha incurrido en la indignidad puede ser admitido a suceder, cuando el difunto le ha llamado expresa-

Ya se ha visto que el Código francés no contempla tal figura y por ello no admite la dispensa en las causas de indignidad, aunque, como señala GARCÍA GOYENA, «puede realizarse en dos de sus tres causas de indignidad» (204).

En contra de tal postura se manifiesta el artículo 619 del Proyecto regulando y admitiendo la rehabilitación, tanto expresa como tácita, del indigno por parte del «testador»: «Todas las exclusiones por causas de indignidad cesan respectivamente si el testador las sabía al tiempo de hacer el testamento, o si, habiéndolas sabido después, las remitió en instrumento público» (205).

La letra del artículo admite, pues, dos tipos de remisión: una tácita —«si el testador las sabía al tiempo de hacer el testamento»— y otra expresa —«o si, habiéndolas sabido después, las remitió en instrumento público»—.

Explicando este precepto, GARCÍA GOYENA, entiende que tratándose de captar lucro y enriquecerse con los bienes del difunto, «debe constar de su expresa voluntad por un perdón o expreso llamamiento posterior» (206); y fundándose en este motivo opina que no puede aplicarse a los casos de indignidad la doctrina general sustentada por los autores sobre la remisión tácita de las injurias.

Con respecto a la aplicación de este artículo 619, surge la cuestión de si, tal como expresa el precepto, *«todas* las exclusiones por causas de indignidad» cesan por el perdón del ofendido. A ello responde el ilustre comentador cuando dice: «Doy por supuesto que este artículo sólo es aplicable a los casos en que puede tener lugar la remisión: la del número 2 del artículo 617, "por ejemplo", como posterior a la muerte, no cabe en lo humano que sea remitida» (207).

En suma, el Proyecto de 1851 por vez primera, contempla la figura del perdón o rehabilitación del indigno, apartándose así, en este punto, del

---

mente (habilitado, relevado de ella); y en el artículo 651 reza: «La rehabilitación no puede resultar sino de un instrumento auténtico o de un testamento hecho con plena libertad».

Por su parte, el Código sardo, en su artículo 709, números 1 y 3, admite al heredero cuando el testamento es posterior al delito o acusación, y el testador tenía noticias de ellos. (Cfr. GARCÍA GOYENA: *Concordancias,* cit., págs. 334-335).

(204) Cfr. *Concordancias,* cit , pág. 334.

(205) Se observa que no sólo se habla en el artículo 619 del «testador» como persona que remitirá las causas de indignidad, sino que se fija como punto de partida el instante de hacer el testamento. Ello en perfecta concordancia con la ubicación del artículo en el texto del 51, ésto es, en el cap. IV, tit. I, libro III, bajo el epígrafe: «De la capacidad para disponer y adquirir por testamento». Pero no debe olvidarse el aludido artículo 745 que amplía el campo de la indignidad a la sucesión intestada

(206) *Vid. Concordancias,* cit., pág. 335.

(207) *Vid. Concordancias,* cit., pág. 334.

Código francés, configurando así a la indignidad como «sanción» susceptible de remisión, con todas las consecuencias jurídicas que ello acarrea.

En el artículo 620 del Proyecto se regula el momento al que se atiende para calificar la incapacidad o indignidad, y se dice textualmente: «Para calificar la incapacidad o indignidad, se atenderá solamente al tiempo de la muerte de aquél a quien se trata de heredar.

Si la institución o legado fueren condicionales, se atenderá además al tiempo en que se cumple la condición.

El heredero y legatario que mueren antes de existir o cumplirse la condición aunque sobrevivan al testador, no transmiten derecho alguno a sus herederos».

Tal como indica GARCÍA GOYENA, este artículo no se halla expreso en el *Code;* «pero —indica el autor— su primera parte parece derivarse del 718, y la segunda del 1.040», del texto francés.

El ilustre comentador señala los antecedentes de este precepto en el Derecho romano y las Partidas (208); si bien en el primero, por la regla Catoniana, era además necesaria la capacidad al tiempo de hacerse el testamento. A esto, explica GARCÍA GOYENA, que dado que el testamento no surte efecto alguno, ni crea derechos hasta la muerte del testador, ésta es «la sola época a que debe atenderse». Con ello fundamenta que tanto para la sucesión *«ab intestato»* como para la testamentaria, el momento a que debe atenderse sea el mismo: el de la muerte del causante.

El segundo párrafo del artículo 620 hace referencia al caso en que la institución o legado fueren condicionales, señalando que deberá atenderse «además» al tiempo en que se cumple la condición y ello «porque, hasta que exista la condición, los herederos y legatarios no adquieren derecho, aún después de muerto el testador».

En relación al tercer párrafo, GARCÍA GOYENA comenta que no hace sino decir de paso lo que se consagra en el artículo 723.

El 621 del Proyecto consagra el principio de personalidad y relatividad de la indignidad: «La indignidad o incapacidad relativas a una cosa o persona no se extiende a otra persona o cosa». Este precepto que no aparece en ningún otro Código moderno, proviene del Derecho romano (209), encontrándose también en las leyes históricas antecedentes del mismo (210).

El Código francés carece de un artículo semejante al que aquí se hace referencia, si bien el espíritu de dicho precepto sí puede decirse que se deriva del 730 del texto francés, en donde, como ya se vio, se consagra, igualmente, el carácter personalísimo de la indignidad.

---

(208) *Vid. Concordancias,* cit., pág. 335.
(209) *Vid. Concordancias,* cit , pág. 336.
(210) *Vid.* NAVARRO AMANDI: *Código Civil de España,* cit., t. I, 1880, págs. 470-1.

En el Proyecto de 1836 sí se observa un precepto con análogo espíritu al 621. Se recordará que el artículo 2.206 de aquel Proyecto limitaba la exclusión por cualquier pariente del indigno. Si bien se advierte mayor rigor en el Proyecto del 51, por cuanto en éste tal limitación no es sólo referida a las personas sino que es relativa, igualmente, a las cosas (211).

De la obligación de restitución de frutos y rentas que se ha venido observando en todos los textos legales hasta ahora estudiados en cuanto efecto de la indignidad, trata el Proyecto en su artículo 622, en donde textualmente se dice: «El indigno o incapaz que hayan entrado en posesión de los bienes contra lo dispuesto en los artículos anteriores están obligados a restituirlos con todos los frutos y rentas que de ellos hayan percibido, y con las accesiones que hayan tenido los mismos bienes».

Se observa que con respecto al artículo 2.207 del Proyecto de 1836 y el 729 del Code, que hacen referencia a los frutos y bienes percibidos o que se hayan disfrutado desde la apertura de la sucesión, respectivamente, el artículo 622 añade, expresamente, los «bienes» y «accesiones» de éstos.

Parece innecesaria esta adición que se efectúa en el Proyecto, puesto que las accesiones se hallan comprendidas en la denominación de frutos (*ex* art. 396 y ss. del Proyecto) y las consistentes en unión o incorporación de bienes, por la teoría general de la accesión, se considera parte integrante del dominio (212).

Por último, el artículo 623 cierra el Capítulo IV del Proyecto en el que se regula la indignidad. Dos párrafos conforman este proyecto. El primero dice así: «Si el excluido de la herencia por indignidad o incapacidad es hijo o descendiente del testador, y tiene hijos o descendientes, tendrán estos derecho a la legítima del excluido, en el caso de haber otros herederos testamentarios».

Se observa en este precepto un fiel reflejo del principio de personalidad de la indignidad que ya se vio en el artículo 730 del Código francés (213).

En caso de indignidad, tal como expresó la Comisión, «la falta es personal», y no debe dañar al inocente. Esto no era considerado así en el Derecho romano ni en las leyes históricas, que no admitían la representación de una persona viva y por tanto el indigno perdía la herencia para sí y para los suyos. En el *Code* se establece este principio, si bien GARCÍA GOYENA califica de inconsecuente e incluso inhumano el precepto 730 fran-

---

(211) Sobre este precepto SCAEVOLA, considerándola como «declaración innecesaria» manifiesta que «con muy buen acuerdo ha sido suprimida por el Código» (cfr. *Código Civil*, cit., pág 17).

(212) *Vid.* SCAEVOLA: *Código Civil*, cit., pág. 441.

(213) Dicho principio, por tanto, viene contemplado en el Proyecto del 51 en dos preceptos: el artículo 621 y el 632.

cés «fundado, ..., en que las faltas son personales, y excluyendo a pesar de esto a los nietos cuando concurran con sus tíos» (214).

Es en el Código sardo donde GARCÍA GOYENA encuentra la equidad y justicia cuando regula este punto, al admitir el derecho de representación, aun en vida del indigno, pero limitándolo a la legítima de éste» (215).

El artículo 623 del Proyecto se refiere a la sucesión testamentaria, como de su redacción y ubicación se desprende, e incluso parece limitarse al caso «de haber otros herederos testamentarios».

Estos términos, que han dado lugar a dudas por parte de la doctrina, fueron suprimidos, como más adelante se verá, al redactar el Código, en opinión de MANRESA y NAVARRO, «para evitar las confusiones a que daba lugar» (216), pues parecen imponer la necesidad de tal concurrencia como requisito legal para la limitación de su derecho a la legítima.

GARCÍA GOYENA, explicando los términos señalados, indica que como la indignidad (o la incapacidad) tienen también lugar en las herencias sin testamento, los hijos del indigno (o incapaz) sucederán en ellas por las reglas generales del título dedicado a la sucesión intestada, «sin atenerse a la rigurosa legítima, pues que no les obsta la expresa voluntad del testador» (217).

También de influencia francesa proviene el segundo párrafo del artículo 623 que prohíbe al indigno el usufructo y administración de los bienes que por la causa anterior heredan sus hijos.

En el artículo 150 del Proyecto se establece con carácter general: «El padre es el administrador legal de los bienes de sus hijos menores», así como en el artículo 153 se dice: «los bienes que adquiere el hijo por cualquier título lucrativo pertenecen a éste, pero el padre tiene su usufructo mientras el hijo esté en su poder».

Por tanto, el Proyecto establece el derecho del padre del usufructo y administración de los bienes de los hijos menores o que «estén en su poder». Es evidente, por ello, que el segundo párrafo del artículo 623 se refiere al caso en que los hijos que hereden bienes por causa de la adquisición del derecho de legítima de su padre indigno con respecto a su ascendiente, sean menores o se hallen bajo su poder, pues de otro modo (tratándose de hijos mayores de edad o emancipados) no tendrían sentido tal disposición.

---

(214) *Vid. Concordancias,* cit., pág. 337.

(215) El artículo 711 del Código sardo dice así: «Si el excluido de la herencia como indigno es hijo o descendiente del testador, y tiene hijos o descendientes, aunque haya otros herederos escritos en el testamento, se deberá todavía a estos hijos o descendientes la legítima que habría correspondido al excluido» (cfr GARCÍA GOYENA, *Concordancias,* cit., pág 337).

(216) Cfr. *Comentarios.* cit., pág. 125.

(217) Cfr *Concordancias,* cit , pág 338.

De otra parte, constituye consecuencia necesaria de la exclusión, tal como señala GARCÍA GOYENA, pues de otro modo dicha exclusión «quedaría eludida en parte sin la privación del usufructo». Es por ello, que el redactor del Proyecto ha creído conveniente el hacerlo constar de manera expresa y de esta forma evitar que la exclusión de la legítima por indignidad sea vana o devenga en la praxis, inútil.

En suma, el Proyecto de 1851 aparece, a la hora de regular la indignidad, con caracteres propios que aún teniendo influencia francesa, lo separa del *Code* en muchos puntos concretos. Aparece, por tanto, la indignidad en dicho Proyecto, como figura distinta de la incapacidad para suceder, si bien regulada en unos mismos preceptos que conforman consecuencias y efectos jurídicos iguales para ambas figuras, susceptible de perdón por parte del testador, y por la cual el legitimario indigno no pierde su derecho a la legítima, salvo concretas y expresas excepciones que provocan el traspaso de tal derecho a los hijos y descendientes del indigno cuando concurren con otros herederos testamentarios.

3. EL ANTEPROYECTO DE 1882-1888

De todos es sabido que el tortuoso camino hacia el Código Civil español no encontró su último trecho en el Proyecto de 1851. El talante castellanista y afrancesado de éste, así como su despego hacia los derechos forales, suscitó críticas y protestas entre los juristas de aquella época que determinaron la paralización del intento codificador del 51, siguiendo a ello una política de promulgación de leyes generales con vigencia en todo el territorio español (218).

El fortalecimiento de los Derechos forales y la potenciación de la tarea codificadora por el Real Decreto de 2 de febrero de 1880, reemprendieron el camino hacia la codificación civil, cuyo resultado lo constituyó el «Anteproyecto», cuya Sección redactora aparece en primer plano en la elaboración del Código, ya que, redactó íntegramente el texto definitivo (219).

El Anteproyecto, pues, constituye un «medio valioso para la interpretación de los preceptos de nuestro Código» (220), y de ahí su interés como objeto de estudio, en cuanto antecedente inmediato del texto definitivo del Código Civil español de 1889.

---

(218) *Vid.* E. GACTO FERNÁNDEZ. *Derecho del Constitucionalismo y la Codificación II*, cit., págs. 188 y ss.

(219) M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, publicado en Centenario de la Ley del Notariado. Sección cuarta, vol. I, Madrid, 1965, pág. 42.

(220) Así lo señala M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *El Anteproyecto*, cit., pág. 47

La indignidad es regulada en el Anteproyecto en el segundo apartado de la Sección Tercera («De la capacidad para adquirir por testamento»), Capítulo Primero («De la sucesión testamentaria»), Título III, concretamente en los artículos 754-763.

Una primera observación, pues, viene a colación, y es que en el Anteproyecto, al igual que ya se vio en el Proyecto del 51, la indignidad se regula en el capítulo dedicado a la sucesión testamentaria como impedimento para adquirir «por testamento». De ello es fiel reflejo el encabezamiento del artículo 754 del Anteproyecto, que en copia exacta de su antecesor, el artículo 619 del Proyecto, dice así: «Son indignos, y como tales no pueden adquirir por testamento...» Ocurre en este aspecto lo mismo que ya se comentó en el Proyecto de 1851: la indignidad es referida aparentemente a la sucesión testamentaria, no así a la legítima. Apariencia contradicha por el artículo 924 del Anteproyecto que, al igual que el 745 del Proyecto, viene a derrumbar una posible y errónea consideración. En este aspecto se hace aquí remisión a lo dicho sobre el Proyecto.

Como conclusión cabe decir que mediante la indignidad se impide, en el Anteproyecto, al heredero declarado indigno adquirir mediante testamento, así como abintestato, siendo posible que el mismo adquiera su derecho a la legítima, excepción hecha de los casos expresamente señalados en el texto del Anteproyecto (art. 754.1.°, párrafo 2.° y art. 760) y que, como puede comprobarse, coinciden exactamente con los ya indicados al estudiar el Proyecto:

a) Cuando el heredero forzoso haya sido condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, su cónyuge o descendientes y ascendientes.

b) Cuando el excluido por indignidad fuere hijo o descendiente del testador y también tuviere hijos o descendientes, y fuera el caso el de existencia de otros herederos testamentarios.

Puede verse en ello un deseo de defensa de la legítima, que dado el sistema sucesorio del Ordenamiento Jurídico español, se erige en uno de sus pilares básicos.

Al paso de esta observación cabe añadir que, como ya se verá, en todas las causas de indignidad mencionadas en el Anteproyecto, se habla de «testador» expresamente y que en el artículo 791 de aquél, se dice que «legítima es la porción de bienes de que el testador *no puede* disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos».

Con respecto a las causas de indignidad en el Anteproyecto, cabe advertir algunas modificaciones efectuadas en relación al Proyecto del 51. Dichas

causas siguen siendo en el artículo 754 del Anteproyecto en número de seis, pero difieren del artículo 617 del Proyecto en que ha desaparecido la causa quinta de éste, desdoblándose la sexta en dos que constituyen la quinta y la sexta del artículo 754.

Comenzando por la causa primera puede observarse que básicamente es la misma que en el Proyecto, pero ahora reza así:

> «El condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, su cónyuge o descendientes y ascendientes.
>
> Si el ofensor fuera heredero forzoso perderá su derecho a la legítima».

Cabe advertir pues, que antes en el Proyecto se hacía referencia a la «persona de cuya herencia se trata», hablándose ahora del «testador». Aquí puede verse un fiel reflejo de lo que antes se ha dicho con respecto a la sucesión testamentaria en aquel texto.

Otra modificación que aparece es la ampliación de los sujetos pasivos que se mencionan, pues ahora se abre el campo también a los «ascendientes» del testador, que eran omitidos en el Proyecto anterior. Parece también ampliarse dicha causa cuando en vez de hacer referencia al «delito o tentativa de homicidio» como el artículo 617.1.° del Proyecto, se dice ahora «atentado contra la vida del testador». Se utiliza, por tanto, una fórmula más general y amplia. Por lo demás, esta causa aparece igual que en el Proyecto del 51.

La segunda causa del artículo 754 del Anteproyecto, que se deriva de la causa tercera del artículo 617 del Proyecto, califica de indigno al «que hubiere acusado al testador de delito castigado con pena aflictiva cuando la acusación sea declarada calumniosa».

Se observa en el precepto una palpable influencia italiana, pues el artículo 754.2.° es prácticamente una traducción del artículo 725.2.° del Código Civil de 1865.

Se omite el término «voluntariamente» del artículo 617.3.° del Proyecto y se añade el requisito de la declaración de la acusación como calumniosa al igual que el precepto italiano.

La tercera causa del artículo 754 es prácticamente una transcripción del artículo 617.2.° del Proyecto con dos únicas variantes: se habla de «testador» en el Anteproyecto, en vez de «difunto» como se hacía en el Proyecto; y en cuanto al segundo párrafo referente al cese de la obligación de acusar, se nombra a los «ascendientes o descendientes, marido o mujer de heredero», en lugar de hacer remisión a la ley como se hacía en el Proyecto.

Así, el apartado 3.° del artículo 754 queda de la siguiente forma:

> «El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiere denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando ésta no ha procedido ya de oficio.
>
> Cesará esta prohibición en los casos en que, según la ley, cesa la obligación de acusar».

En cuanto a la causa cuarta («El condenado en juicio por adulterio con la mujer del testador») coincide exactamente con su correspondiente del artículo 617 con una única modificación y es que en lugar de «difunto», se habla ahora de «testador».

Por último, las causas quinta y sexta del artículo 754 del Anteproyecto, con innegable influencia italiana, son resultado de un deslinde de la causa sexta del artículo 617 del Proyecto:

> 5.ª «El que con amenaza, fraude o violencia obligare a una persona a hacer testamento o a cambiarle».
>
> 6.ª «El que por iguales medios impidiere a otro hacer testamento, o revocar el que tuviere hecho, o suplantare, ocultare o alterare otro posterior».

Se habla en el Proyecto de 1851 de «fuerza o fraude», ahora se añade otro medio, la «amenaza», y se habla de «fraude o violencia», a la vez que se amplían los supuestos de hecho, añadiendo el obligar a una persona a *cambiar* el testamento y hablando de «suplantar, ocultar o alterar» en vez de «sustraer» el testamento. Dichas reformas o modificaciones referentes a los supuestos de hechos o acciones por las que se incurre en indignidad provienen de la influencia del artículo 725 del «Codice civile» italiano, cuyos apartados 3.° y 4.° coinciden con los 5.° y 6.° del artículo 754 del Anteproyecto, si bien en aquellos no se mencionan los medios (amenaza, fraude, violencia) utilizados para llevar a cabo la acción (obligar a hacer o cambiar el testamento; impedir hacer o revocar el ya hecho, suplantar, ocultar o alterar el posterior).

Por último, el artículo 754 omite el párrafo con el que finalizaba el 619 del Proyecto: «Las causas de indignidad, expresadas en este artículo, comprenden también a los legatarios», siguiendo en ello a los otros Códigos que no contienen dicha cláusula. Pudiera pensarse con ello que el redactor del Código, suprimiendo tal referencia, ha querido sustraer a los legatarios de la posibilidad de incurrir en indignidad. Pero ello no sólo carece de fundamento jurídico, sino que tal afirmación se tambalea aún más cuando se observa que en el artículo 758 del mismo Anteproyecto, como más adelante se verá, se hace referencia al «heredero o legatario».

A continuación regula el Anteproyecto en su artículo 755 la figura del perdón o rehabilitación del indigno que es una copia exacta del artículo 619

del Proyecto, y por lo cual el comentario a dicho artículo se remite al ya realizado con ocasión de su estudio en tal texto.

Incluye el Anteproyecto un precepto, que en idénticos términos también incluía el Proyecto, y referente a los nombrados tutores o albaceas que «hayan rehusado sin justa causa el cargo o hayan sido removidos por sospechosos», por el que impone la pérdida del derecho «que se les hubiere dado en el testamento» (221).

Este precepto no aparece, como más adelante se verá, en el texto definitivo del Código Civil.

El artículo 757 regula el tiempo a que se atiende para calificar la incapacidad o indignidad. Dicho artículo proviene del artículo 620 del Proyecto anterior, si bien éste, como se recordará, contenía tres párrafos, el último de los cuales pasa a conformar, en el Anteproyecto, el artículo 758. Aparte de este deslinde, la regulación es idéntica en ambos textos, tal como puede observarse de su redacción en el nuevo Anteproyecto:

> Artículo 757:
>
> «Para calificar la incapacidad o indignidad se atenderá solamente al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate».
>
> Artículo 758:
>
> «El heredero o legatario que muere antes de que la condición exista o se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos».

Los artículos 759 y 760 del Anteproyecto aparecen esencialmente iguales a sus respectivos (622 y 623) del Proyecto del 51 (222) regulando respectivamente, la obligación de restitución de bienes con sus accesiones, frutos y rentas y la adquisición del derecho a la legítima de los hijos y descendientes del indigno cuando éste, a su vez, es hijo o descendiente del testador. Es por esta coincidencia que estas líneas se remiten a lo ya dicho con anterioridad.

Se observará que en lo hasta ahora visto, prácticamente, el Anteproyecto constituye una transcripción del Proyecto del 51. Pero es a partir de este

---

(221) A dicho precepto, que no se incluye entre las causas de indignidad pero que se regula dentro de ésta, GARCÍA GOYENA le señala antecedente en Derecho romano y patrio, mientras que PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS lo fija en el Código de Méjico *(vid.* respectivamente, *Concordancias,* cit., pág. 334, y *El Anteproyecto,* cit., págs. 231-232).

(222) En relación al artículo 759 del Anteproyecto, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS indica que siendo el antecedente el 622 del Proyecto, es modificado por el artículo 3.452 del Código mejicano, que reza así: «El que siendo incapaz de suceder hubiere entrado en posesión de los bienes, deberá restituirlos con todas sus accesiones y con todos los frutos y rentas que hubiere percibido» (cfr. *El Anteproyecto,* cit., pág. 232)

punto donde aparecen tres artículos en el Anteproyecto que constituyen las novedades de éste con el anterior, y cuyos antecedentes los fija PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS en el Código Civil mejicano de 1871.

A continuación se estudia cada artículo por separado.

> Artículo 761:
>
> «La incapacidad y la indignidad no producen el efecto de privar de la herencia al indigno o incapaz, sino mediante su conformidad o después de declarada en juicio a petición de algún interesado, sin que pueda procederse de oficio» (223).

Se observa que tal precepto hace depender el efecto de privación de la «herencia», de la conformidad del propio indigno o de la declaración en juicio de la indignidad a petición siempre de algún interesado.

De aquí pueden extraerse varias consecuencias. Así, en primer lugar, destaca la mediata de la eficacia de la indignidad, puesto que se hace depender su principal efecto de un hecho posterior que puede venir constituido bien por la conformidad del indigno, bien por una declaración en juicio, pudiendo ser ésta solamente instada a petición de parte interesada y nunca de oficio, como expresamente indica el artículo del Anteproyecto. Y mientras alguno de estos dos actos no tenga lugar, el indigno continuará en posesión de la herencia, de la cual no podrá ser privado legalmente.

Por tanto, otra consecuencia que puede derivarse de este precepto es que la acción para declarar la indignidad corresponde tan sólo a los «interesados», esto es, los legitimados activamente serán aquellas personas que, de algún modo, tengan un «interés» jurídico en ello y sean parte interesada en el asunto. Por esto puede decirse que no se trata de modo alguno de una acción pública, la de declaración de la indignidad, en cuanto no puede ser ejercitada por cualquier ciudadano o por el Ministerio fiscal, sino por el contrario, es una acción privada, puesto que única y exclusivamente puede ser ejercitada por parte legitimamente interesada.

Y haciendo referencia a dicha acción de declaración de la indignidad pasamos a ver el siguiente artículo 762 del Anteproyecto, que dice: «La acción para declarar la incapacidad e indignidad no podrá deducirse pasados cinco años desde que el incapaz o indigno esté en posesión de la herencia o el legado» (224).

---

(223) El artículo 3.457 del Código mejicano, antecedente de este artículo, dice textualmente: «La incapacidad no produce el efecto de privar al incapaz de lo que hubiere de percibir, sino después de declarada en juicio, a petición de algún interesado no pudiendo promoverla el juez de oficio»

(224) El artículo 3.458 del Código mejicano que constituye antecedente de este precepto reza: «No puede deducirse acción para declarar la incapacidad pasados cinco años desde que el incapaz esté en posesión de la herencia o legado»

Parece indicar, por tanto, este precepto un plazo de caducidad a la acción para declarar la indignidad, que comienza a contarse desde el momento en que el indigno «esté en posesión» de la herencia o legado. Según el artículo 445 del Anteproyecto, «la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al *heredero* sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante», si bien se especifica «en el caso de que llegue a adirse la herencia». Por tanto, la aplicabilidad de tal precepto a la indignidad depende de la consideración o no del indigno como heredero y de si, en caso de indignidad, llega a adirse la herencia o no. En tal supuesto, el plazo de los cinco años para ejercitar la acción de declaración de indignidad comienza a contarse desde el momento de la muerte del causante. Momento, por otra parte, que como ya se ha visto, según el artículo 757, se atiende en orden a la calificación de la indignidad.

Se observa, por tanto, que el derecho reconocido a los interesados es un derecho que se extingue por prescripción, es decir, por el mero transcurso del tiempo; mientras que el estado de hecho del indigno en cuanto a la posesión de la herencia o legado es susceptible de usucapión o prescripción adquisitiva, de tal modo que pase a ser estado de derecho, contra el cual no podrá dirigirse nadie, ya sea o no interesado.

Por último, el artículo 763 del Anteproyecto regula los actos de disposición por parte del indigno sobre bienes de la herencia. Expresamente dice: «si el que entró en posesión de la herencia o legado y la perdió después por incapacidad o indignidad, hubiere enajenado o gravado el todo o parte de los bienes antes de la interposición de la demanda de incapacidad o indignidad, el contrato será válido, habiendo tenido el otro contrayente buena fe; pero el heredero incapaz o indigno estará obligado a indemnizar al legítimo del valor de los bienes» (225).

Por tanto, se deduce, como de anteriores artículos, que la indignidad no opera *«ipso iure»,* sino que el indigno puede no sólo entrar en posesión de los bienes, sino incluso realizar actos de disposición sobre los mismos con plena eficacia jurídica.

Se observa, según la literalidad del citado precepto, que la enajenación o gravamen de los bienes en que entró en posesión el indigno y los perdió después de su indignidad, tiene eficacia jurídica. Se requiere:

a) Que la enajenación o gravamen sobre el todo o parte de dichos bienes sea llevada a cabo antes de la interposición de la demanda

---

(225) El artículo 3.459 del Código mejicano, antecedente del artículo 763 del Anteproyecto dice: «Si el que entró en posesión de la herencia y la perdió después por incapacidad, hubiere enajenado o gravado el todo o parte de los bienes, antes de ser citado en juicio de interdicción y aquél con quien contrató hubiere tenido buena fe, el contrato subsistirá, mas el heredero incapaz estará obligado a indemnizar al legítimo de todos los daños y perjuicios».

de indignidad. Es decir, no se requiere que sea antes de la declaración judicial de indignidad, sino que sea anterior a la simple interposición de la demanda.

b) Y la existencia de buena fe en el otro contrayente.

Cumpliéndose, pues, estos requisitos, el contrato por el que se efectúa la enajenación o gravamen de los bienes por el indigno se entenderá válido, según el tenor literal del precepto. Ahora bien, el heredero indigno estará obligado a indemnizar al legítimo del valor de los bienes» (226).

Este precepto que, como más adelante se verá, desaparece en el texto definitivo del Código Civil, encuentra su eco, según SCAEVOLA, en el artículo 760 del mismo (227).

En suma, por tanto, se observa que el Anteproyecto, siguiendo la línea del Proyecto del 51, trata a la indignidad como figura jurídica que por determinadas causas impide adquirir, tanto por testamento como abintestato, al heredero que incurre en alguna de ellas, conservando su legítima, a excepción de concretos casos señalados por ley, y siendo susceptible de perdón por parte del testador.

Como novedades del Anteproyecto pueden resumirse:

a) La indignidad no opera *«ipso iure»,* sino su eficacia se despliega a partir de su declaración en juicio, o la conformidad del indigno.

b) La acción para declarar la indignidad es una acción privada y tiene un plazo de vigencia. Los legitimados activamente para ejercitar tal acción son únicamente los «interesados».

c) Se contempla y se regula la posesión por parte del indigno de bienes de la herencia, así como los actos de disposición que realiza.

4. El Código Civil español de 1889

Se dedica este apartado a exponer el texto definitivo que, en materia de indignidad, contiene el Código Civil vigente y su regulación.

La indignidad sucesoria es regulada en nuestro Código Civil en la Sección primera («De la capacidad para suceder por testamento y sin él»), Capítulo II («De la herencia»), Título III, Libro III del mismo.

Por tanto ya, de principio, cabe advertir una primera diferencia con respecto a los ya estudiados Proyecto de 1851 y Anteproyecto de 1882-8,

(226) El antecedente mejicano de este precepto señalaba la obligación de indemnizar «todos los daños y perjuicios» *(vid* la nota anterior). Por el contrario, el Anteproyecto limita al valor de los bienes la indemnización obligada.

(227) *Vid Código Civil,* cit., págs 27-28.

en los cuales como se recordará, la indignidad se regulaba en sede de materia referida tan sólo a la sucesión testamentaria, siendo ello nido de erróneas interpretaciones en relación al campo de aplicación de la figura. Tal problemática queda zanjada en el texto definitivo de nuestro Código Civil, donde esta figura se contempla como incapacidad para suceder «por testamento y sin él», lo que viene aún más marcado cuando en el artículo 756, regulador de las causas de indignidad, el cual comienza diciendo: «Son incapaces de suceder por causa de indignidad...» Se observará que al contrario de los textos jurídicos anteriores («son indignos y como tales no pueden adquirir por testamento...»), el Código habla de «incapacidad de suceder», sin especificar si es por testamento o *abintestato,* por lo que deberá entenderse incluidos ambos tipos.

En cuanto a las causas de indignidad, el Código contiene seis en la actualidad, si bien con anterioridad a la Ley 22/1978, de 26 de mayo, de despenalización del adulterio y amancebamiento *(BOE* de 30 de mayo), contenía siete, pero con esta ley se excluyó de los supuestos enumerados en el texto originario del artículo 756, el que se había enunciado como quinto: «El condenado en juicio por adulterio con la mujer del testador».

De otro lado, se introduce la primera causa expresada en el artículo 756, que en su redacción originaria se presentaba así: «Los padres que abandonaren a sus hijos o prostituyeren a sus hijas o atentaren a su pudor».

Esta causa que no aparece en el Proyecto de 1851, ni tampoco en el Anteproyecto y parece tener sus orígenes o antecedentes en el derecho histórico-patrio (228), ha sido objeto de reforma recientemente por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, cuyo artículo sexto modifica su redacción quedando de la siguiente forma: «Los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus hijos». Con ello la Ley reformadora da fiel cumplimiendo a su finalidad.

El resto de las causas de indignidad que contiene el precepto aparece tal y como lo hacía en el Anteproyecto ya estudiado, a excepción de la enunciada como tercera que ahora hace referencia al «delito de presidio o prisión mayor», en vez de decir «castigado con pena aflictiva» como hacía el Anteproyecto. Pero ésta es únicamente la diferencia que se aprecia respecto a este texto.

El artículo 757 regula la rehabilitación del indigno en sus dos formas, tácita y expresa, al igual que lo hacían los textos anteriores, si bien se habla de las «causas de indignidad», en vez de «exclusiones por causa de indignidad».

---

(228) *Vid.* MANRESA Y NAVARRO: *Comentarios,* cit., pág. 85; SCAEVOLA: *Código Civil,* cit., pág. 387.

Desaparece el artículo 756 del Anteproyecto respectivo del 618 del Proyecto del 51, referente a los tutores y albaceas testamentarios que rehúsan de su cargo sin justa causa.

El artículo 758 del Código introduce un nuevo párrafo cuando regula el momento de calificar la «capacidad del heredero o legatario» especificando que «en los casos segundo y tercero del artículo 756 se esperara a que se dicte la sentencia firme, y en el número 4.° a que transcurra el mes señalado para la denuncia».

Los artículos 759 y 760 del Código Civil coinciden exactamente con sus respectivos 758 y 759 del Anteproyecto y 620 y 622 del Proyecto del 51 (este último precepto modificado como ya se vio al estudiar el Anteproyecto), al regular el caso del heredero o legatario que muere antes de que la condición se cumple y la obligación de restitución, respectivamente.

El artículo 761, por su parte, omite la cláusula «en el caso de existir otros herederos testamentarios» que ya se vio que tanto el Proyecto del 51 (art. 623) como el Anteproyecto (art. 760) se contenía y que aparecía innecesaria.

Cabe observar también que el Código, en su artículo 762, declara el plazo de cinco años como de caducidad de la acción para declarar la «incapacidad, coincidiendo con su respectivo artículo 762 del Anteproyecto, y suprimiendo los artículos 761 y 763 de éste, que ya fueron objeto de estudio con anterioridad.

Por último se advierte en el texto definitivo del Código Civil una alteración más con respecto al texto del Anteproyecto de 1882 y es que en este último se hace alusión a «incapacidad e indignidad» en los artículos 741, 757, 759, 760, 761, 762 y 763. Mientras que en el Código Civil de 1889, en los artículos homólogos a los anteriores (744 —homólogo 741 Anteproyecto—; 758 —homólogo 757 Anteproyecto—; 760 —homólogo 759 Anteproyecto—; 761 —homólogo 760 Anteproyecto—; 762 —homólogo 762 Anteproyecto—) sólo se habla de «incapacidad», sin hacer expresa referencia a las dos figuras por separado, sino incluyendo bajo un mismo término a las incapacidades relativas y a la indignidad.

Atendiendo a los artículos que contemplan las causas de indignidad en uno y otro texto legal, igualmente se observa que en el Anteproyecto, en su artículo 754, se dice literalmente: «Son *indignos* y como tales no pueden adquirir por testamento...»; al tiempo que en el Código Civil, en su artículo 756 se dice expresamente: «Son *incapaces* de suceder por causa de indignidad...»

Todo ello constituye claro exponente de la concepción bajo la cual el Código Civil contempla a la indignidad, lo que fundamenta la ubicación sistemática de dicha figura en el texto sustancial, y que no es otra que la de «incapacidad» para suceder.

Por lo dicho, y respecto a los artículos antes citados, en los que el Código Civil hace referencia tanto a las «incapacidades» relativas como a la indignidad, bajo el único término de «incapacidad» habrá de tenerse en cuenta tal circunstancia, a la hora del estudio e interpretación de los preceptos que contienen.

Estas son, pues, las innovaciones y modificaciones introducidas por la Comisión al redactar el texto definitivo del Código Civil en materia de indignidad y que refleja a esta figura, en líneas muy generales, como «incapacidad de suceder», que provoca la exclusión de herencia, tanto por testamento como abintestato, del heredero que incurre en determinadas causas, fijadas por ley, las cuales «dejan de surtir efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer el testamento, o si, habiéndolas sabido después, las remitiera en documento público».

VI. CONSIDERACION FINAL

El mostrado ha sido el *iter* recorrido por la indignidad como tal figura jurídica desde su origen remoto en el viejo Derecho romano, a través de los textos jurídicos que constituyeron el denominado Derecho histórico español, en los antecedentes legales del Derecho extranjero codificado, así como en los textos fruto del tortuoso camino que la codificación civil española tuvo que recorrer hasta su inclusión en la edición definitiva de nuestro Código Civil.

En ellos se encuentra el sentido histórico de nuestra figura que, por ello, aparece hoy fundadamente encuadrada en el sistema de sucesiones español de nuestro Código Civil, no obstante, con una regulación sin duda necesitada de una mayor claridad, concreción y sistematización que dieran a la indignidad para suceder una eficacia real y práctica, en la actualidad muy debilitada, a nuestro parecer, en gran medida, por falta de aplicación de las normas que la regulan, a lo que indudablemente contribuyen las deficiencias expuestas.

María José Mena-Bernal Escobar
Doctora en Derecho
Profesora Ayudante de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

BIBLIOGRAFIA

ARIAS RAMOS: *Derecho romano,* vol. II, 1940.

AUBRY & RAU. *Cours de Droit civil français,* t. I, IV y VI, 4.ª ed., París, 1869.

AZARA, A.. «Voce *Codici italiani degli antichi stati*», en *Novissimo Digesto italiano,* t. III, 1938, 398.

BARASSI, L.: *Le successione per causa di morte,* 3.ª ed., riv. Milano, 1947.

BARATTA, V.: *Voce «indegnità» en Nuovo Digesto italiano,* t. VI, Torino, 1938, págs. 1001-1004.

BAUDRY-LACANTINERIE, G.: *Précis de Droit civil,* t. III, París, 1914 (11.ª ed.).

BIONDI, B.: *Diritto ereditario romano. Parte Generale,* Milano, 1954.

— *Sucesión testamentaria y donación.* Tratado por FAIREN, Barcelona, 1960 (2.ª ed. rev.).

BONFANTE, P.: *Corso di Diritto romano, vol. VI. Le successioni. Parte Generale.* Publ. por la Società editrice del Foro italiano, Roma, 1930.

— *Instituciones de Derecho romano.* Trad. de la 8.ª ed. italiana por BACCI y LARROSA. Madrid, 1929.

CUERPO DE DERECHO CIVIL: t. II, vers. esp. por DON ALEJANDRO DE BACARDI, Barcelona, 1874.

DE PAGE, H : *Traité élémentaire de Droit Civil belge,* t. IX, 1946.

DE LA RUA, V.: *Lecciones de Derecho español,* t. I, Madrid, 1838.

DEL VISO, S.: *Lecciones elementales de Derecho Civil,* t. I, 5.ª ed., Valencia, 1885.

DEMANTE: *Cours analytique de Code civil,* t. 3, París, 1885.

DEMOLOMBE, C.: *Cours de Code Napoleon. Traité de Successions,* t. XIII, París, 1866.

DIAS FERREIRA, J.: *Código Civil portuguez annotado,* 2.ª ed , vol. III, Coimbra, 1902.

DURANTON, M.: *Cours de Droit français, suivant le Code civil,* t. VI, 4.ª ed., París, 1874

EL DIGESTO DE JUSTINIANO: t I. *Constituciones preliminares y Libros 1-19,* vers. castellana por A. D'ORS, Pamplona, 1963.

— t. II. *Libros 20-36,* vers. castellana por A. D'ORS, Pamplona, 1972.

EL FUERO REAL DE ESPAÑA, glosado por ALONSO DÍAZ DE MONTALVO, t. II, Madrid, año MDCCLXXXI.

ELÍAS, J. A.: *Derecho civil general y foral de España,* t. III, Madrid/Barcelona, 1877.

FALCON, M.: *Código Civil español,* t. III, Madrid, 1889.

— *Exposición doctrinal del Derecho Civil español, común y foral,* t. III, 4.ª ed., Barcelona, 1893.

FUERO JUZGO, en latín y castellano, cotejado por la Real Academia Española, Madrid, 1815.

GACTO FERNÁNDEZ, E.: «Derecho del Constitucionalismo y la Codificación». II en la colección *Temas de Historia del Derecho,* Publ. Univ. de Sevilla, Sevilla, 1979.

GARCIA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil español,* Zaragoza, 1974 (reimpr.).

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español,* t. III, 4.ª ed., Madrid, 1875.

HERNÁNDEZ GIL, F.: «La indignidad sucesoria. naturaleza jurídica, declaración judicial y efectos», en *RDP,* 1961, págs. 468 y ss.

— «La rehabilitación del indigno», en *RDP,* t. XLVI, 1962, págs. 285-307.

— «La obligación del sucesor de denunciar la muerte violenta del causante», en *Estudios en honor del profesor Castán Tobeñas,* vol. II, apl. 1969, págs. 227 y ss.

— «La indignidad por incumplimiento de deberes legales», en *RDP,* 1965, págs. 109-121.

HUC, T.: *Commentaire théorique et pratique du Code civil,* t. V, París, 1893.

IGLESIAS SANTOS: *Instituciones de Derecho romano,* vol. II, 1951.

JORS, P. y KUNKEL, M.: *Derecho privado romano* (trad. por PRIETO CASTRO), Madrid, 1965 (reimpr.).

LAS SIETE PARTIDAS, glosada por GREGORIO LÓPEZ, Madrid, *BOE,* 1975, ed. facsímil de la ed. de Andrea de Portonariis, t. III, Salamanca, 1555.

LASSO GAITE, J. F.. *Crónicas de la codificación española. 4. Codificación civil,* vol. I, publ. por el Ministerio de Justicia, 1970.

LAVAGGI, G.: «L'indegnitá a succedere per soccombenza nella querella inofficiosi testamenti», en *SDHI,* 5 (1939), págs. 76-100.

LAURENT, F.: *Principes de Droit civil français,* t. I, VIII y IX, 3.ª ed., Bruxelles, 1878.

LEYES DE TORO, glosadas por A. GÓMEZ: *Typis,* Don Gabrielis Ramírez, MDCCLXVIII.

MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código Civil español,* t. VI, vol. I y vol. II, Madrid, 1973.

NARDI, E.: *I casi di indegnitá nel Diritto successorio romano,* Milano, 1937.

— «In tema di indegnitá da soccombenza nella "querella inofficiosi testamenti"», en *SDHI,* 5 (1939), págs. 450-457.

— «Trittico indignitario», en *Studi in memoria de Albertario,* vol. secondo, Milano, 1953, págs. 723-742.

— «Voce "indegnitá"», en *Novissimo Digesto italiano,* t. VIII, 1957.

NAVARRO AMANDI, M.: *Código Civil en España,* t. 1, Madrid, 1880.

NOVISSIMA RECOPILACION DE LAS LEYES DE ESPAÑA, mandadas por Carlos IV, Madrid, *BOE,* D.L. 1975. T.V. Reproducc. facsímil de la ed. Madrid 1805-1807.

ORTEGA PARDO, G.: *Naturaleza jurídica del llamado «legado en lugar de la legítima»,* Madrid, 1945.

— «Heredero testamentario y heredero forzoso», en *ADC,* 1950, pág. 321.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: «El Anteproyecto del Código Civil español» (1882-1888), vol. I, publ. en *Centenario de la Ley del Notariado,* Madrid, 1965.

— «La naturaleza jurídica de la legítima», en *ADC,* XXXVIII-4 (1985), pág. 849.

PEROZZI, S.: *Istituzioni di Diritto romano,* vol. II, Firenze, 1908.

PLANIOL, M.: *Traité élémentaire de Droit civil,* t. III, 3.ª ed., París, 1948.

POTHIER: *Traité des successions,* cap. I, secc. 2.ª, art. 4.º, párr. 2.º

REIMUNDO, B.: *La sistematización de la indignidad para suceder según el Derecho romano clásico,* publ. por la Univ. de Oviedo, Oviedo, 1983.

ROGRON, J. A.: *Codes français Expliqués par leurs motifs, par des exemples et par la jurisprudence,* París, 1836.

ROGUIN, E.: *Traité de Droit civil comparé. Les successions,* t. I, París, 1908.

SCAEVOLA, Q. M.: *Código Civil comentado y concordado,* t. XIII (5.ª ed.) y t. XIV (4.ª ed.), Madrid, 1944.

SOHM, R.: *Instituciones de Derecho privado romano. Historia y Sistema,* 17.ª ed., trad. por W. ROCES, Madrid, 1936.

VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Panorama del Derecho de Sucesiones,* t. I, Fundamentos, Madrid, 1982.

— *Panorama del Derecho de Sucesiones,* t. II, Perspectiva dinámica, Madrid, 1984.

VOCI, P.: *Diritto ereditario romano,* vol. I, 2.ª ed. riv., Milano, 1967.

Reproducción de la obra plástica propiedad de museos y colecciones privadas (*)

1. INTRODUCCION. ACTUALIDAD DEL TEMA

La protección jurídica del artista plástico tiene no pocas particularidades respecto de la que se dispensa en los Ordenamientos nacionales y en Convenios internacionales sobre propiedad intelectual a otros autores, de los que a ese efecto ha sido prototipo durante mucho tiempo el creador de obras intelectuales, sean literarias, musicales o científicas; es decir, aquellas donde es más fácil disociar, como entidad jurídica y fáctica, la mera creación intelectual o artística del *corpus mechanicum* en que se exterioriza y queda plasmada.

La obra plástica y su proyección económica natural —la comercialización del original y la reproducción, en varia forma, de los cuadros, grabados, esculturas y demás— tienen cada día más peso en la sociedad moderna, que trasciende notablemente el hecho intelectual o artístico, y los problemas derivados han adquirido relevancia jurídica creciente, a los que en general y, sobre todo, en nuestro país, no se ha dedicado atención suficiente.

Algunos de ellos no son nuevos. Ya atrajeron la atención de eminentes

---

(*) Con este título y tema presenté una ponencia en la «Jornada sobre *Protección jurídica del artista plástico*», organizada por ALADDA, en Madrid, el 15 de diciembre de 1993 Aunque el texto de aquélla (de próxima publicación con las demás ponencias) coincide sustancialmente con el de este trabajo, me ha parecido oportuna la publicación independiente del presente, que me permite prescindir en algún punto de la estructura expositiva y formato propio de una ponencia oral (por ejemplo, en materia de citas y fuentes de información) y profundizar en ciertas cuestiones a que allí debí renunciar, así como tratar ahora alguna nueva. Agradezco a ALADDA tanto la ocasión que me proporcionó para acercarme a los problemas de que aquí me ocupo como las facilidades dadas para publicar este trabajo separadamente.

autores provenientes de otros ámbitos: pensadores como Paul VALERY y Walter BENJAMIN (1) —por poner ejemplos recientes y valiosos—, cada uno desde su propia personalidad y perspectiva, y ambos con profundidad y sutileza.

Estos problemas han adquirido últimamente inusitada actualidad con motivo del «Manifiesto de Zaragoza», en el que los artistas plásticos reclaman, entre otras cosas, la reforma del artículo 56.2 de la vigente Ley de Propiedad Intelectual y del derecho de exposición pública que en el mismo se regula, que recaban para sí y no para el propietario de la obra de arte, la obligación de ser informados de la localización de sus obras (a efectos de organizar exposición antológica o similar), y el derecho de participación y la explotación económica de las obras exhibidas en espacios públicos (2).

No les falta alguna razón, ciertamente, pues aunque la protección que les depara la LPI'1987 es más amplia y mejor (quizá con algún matiz) que la legalidad anterior, la realidad diaria y el tiempo transcurrido desde que entró en vigor esta ley están demostrando que esa protección es insuficiente y, en algún caso y aspecto, deficiente.

Mas estos problemas no son nuevos, decía, ni exclusivos de nuestro país y ordenamiento. He aquí algunas muestras.

En la etapa prelegislativa de dicha Ley, el Dictamen de la Comisión de Educación, Universidades, Investigación y Cultura «sobre prioridades legislativas en materia de derechos de autor», manejado en aquella ocasión al efecto, recogía las reivindicaciones de los artistas plásticos: entre otras, el derecho de secuencia *(droit de suite)* o participación del autor en segundas y ulteriores enajenaciones de la obra, cuando éstas se realicen con publicidad y el derecho del autor vivo pueda estimarse razonable; el derecho a autorizar o no la reproducción de la obra por medio de las artes gráficas o por medios audiovisuales; el derecho a oponerse a la exposición de las obras plásticas y a oponerse a la destrucción de la obra única (que decían que debiera extenderse a las planchas matrices de los grabados de arte y a las matrices de las obras plásticas reproducidas en número de ejemplares convenidos); la definición que debiera aplicarse a las artes plásticas de la falsificación y el plagio en las leyes penales, y otros extremos.

---

(1) Paul VALERY. «Pièces sur l'art», en *La conquête de l'ubiquïté,* en larga cita que encabeza el trabajo de Walter BENJAMIN, «La obra de arte en la época de su reproducibilidad técnica», ensayo publicado en su obra póstuma *Arte y Literatura,* Ed Eumo/ Edipoies, Barcelona, 1984, págs. 25 y ss.

(2) Véase diario *El País,* de 29 de noviembre de 1993, de donde he tomado las referencias del texto. Con posterioridad a la presentación de mi ponencia, el mismo diario *El País* publicaba el 24 de diciembre de 1993 un artículo (de «Opinión») de Juan Antonio RAMÍREZ, Catedrático de Historia del Arte, UAM, en que mostraba abierto desacuerdo con el «Manifiesto de Zaragoza», cuyos «14 puntos del texto son bastante candorosos», decía, con particular crítica de alguno de ellos.

Algunas de esas peticiones de los artistas plásticos guardaban muy directa relación con el desafortunado «asunto Pablo Serrano», en el que este prestigioso escultor no obtuvo satisfacción cumplida a sus muy razonables reclamaciones por medio de las dos sentencias del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional, que han merecido críticas y opiniones encontradas entre los juristas, predominando las adversas, si bien hay que reconocer que no fue ajeno a tales decisiones judiciales los términos en que fue planteada alguna de las demandas y el formalismo de los recursos de casación y de amparo correspondientes.

La preocupación por estas cuestiones y los conflictos entre los artistas plásticos y los propietarios de las obras de arte (sobre todo, los museos y titulares de colecciones privadas) son mayores, incluso, en países donde el mercado de obras de arte es más amplio y el coleccionismo y titularidad privada de las mismas, más frecuente.

En 1982 tuvo lugar, precisamente en Madrid, una reunión o conferencia internacional de sociedades sobre derechos de autor, en la que la «Dorothy M. Weber of the Visual Artists and Galleries Association of the United States» presentó una ponencia sobre *Museums and Copyright,* relativa al cumplimiento y respeto del derecho de autor *(copyright)* observado por diecisiete museos norteamericanos. He aquí algunas conclusiones de aquella ponencia: por regla general, los museos abusaban, en la práctica, de los derechos de los artistas; el resultado del estudio y encuesta realizados demostraban que la situación al respecto era notablemente peor que lo que se esperaba y que en épocas anteriores; en la mayor parte de los casos los museos más importantes presionaban para obtener una total cesión de derechos por parte de los artistas; y esa presión había llevado a estos últimos a firmar tales cesiones de todos los derechos de autor por el riesgo de que los museos dejaran de adquirir sus obras (3).

Por otro lado, Tim JAHNS, en un artículo publicado en *State of the Arts* (mayo-junio 1982) advertía que el célebre «Museum of Modern Art» de Nueva York usaba una «limited non exclusive license» (4), y con ella reproducía obras de arte para catálogos, postales, diapositivas y para publicidad en magazines y periódicos, además de libros educativos y programas de TV. En cambio, el Museo de Arte Moderno de San Francisco intentaba

(3) Cfr. J. H MERRYMAN y A. E ELSEN: *Law, Ethics and visual Arts,* University Pennsylvania Press, Philadelphia, 1987, vol. I, págs. 210 y ss.

(4) El titular de una *non-exclusive license* no puede excluir ni autorizar a otros en cuanto a los derechos de explotación que permite la *Copyright Revision Act* de 1976. En cambio, el titular de un *exclusive transfer* puede excluir o autorizar a otros en el uso de los derechos de explotación que tiene transferidos o de que es titular. Para mejor conocer su juego y funcionalidad, cfr. Nicholas D. WARD: «Copyright in Museum Collections. An Overview of Some of the Problems», en *Journal of College and University Law,* vol 7 (1980-1981), pág 297

obtener todos los derechos cuando adquiría obras de artistas contemporáneos.

Albert ELSEN, citado en el artículo de JAHNS, criticaba duramente la actitud de los museos que pretenden arrancar de los artistas la cesión de todos los derechos privados del *copyright*. Y el mismo ELSEN, en la «ponencia Weber» antes mencionada, consideraba ultrajante esa actitud, frecuente en USA. «No hay razón para querer obtener todos los derechos (lo que deja al artista sin derecho alguno respecto de su obra, una vez vendida al museo o coleccionista privado). Esa política debe ser combatida a toda costa. Los artistas, los historiadores del arte deberían boicotear a cualquier museo que use tales prácticas hasta que se establezca una nueva y aceptable política al respecto», concluía (5). Y téngase en cuenta que esto ocurría después de la Copyright Revision Act de 1976, que modificó la legalidad anterior mejorando la situación de los artistas, en un sentido muy semejante al Derecho español, como enseguida veremos.

2. CONFLICTOS DE INTERESES

Todos estos problemas de los artistas plásticos en relación con las personas y entidades (públicas y privadas) propietarias de obras de arte creadas por aquéllos no pueden sorprender hoy y menos al jurista. Y aun son más complejos de lo ya visto, porque a la tensión y enfrentamiento artista *versus* propietario de la obra de arte, hay que añadir un nuevo protagonista e interesado: la sociedad, todas las personas con derecho a la cultura, con sensibilidad estética y con necesidad de alimentarla, para las que la obra de arte, inasequible con la exclusividad que proporciona el derecho de propiedad (y al propietario que puede permitirse su adquisición), es un bien y un producto de primera necesidad del que aquéllas —o cuyo acceso a las mismas— no pueden ser privadas razonablemente, dentro de ciertos límites.

El conflicto, los conflictos de intereses posibles a ese respecto se dan, pues, no ya entre dos partes, sino entre tres afectados: el artista, el propietario de la obra y el ciudadano corriente, cualquier persona de nuestra sociedad. Cada uno de ellos tiene un interés y un derecho determinado respecto de la obra de arte: todos ellos (el derecho de cada uno) recíprocamente limitados, unas veces de dos en dos, otras los tres entre sí. Mas esto tampoco es nuevo ni exclusivo de este campo, pues todo derecho es limitado, aun aquellos derechos que los juristas llamamos absolutos, como son, en principio, el derecho de propiedad y el derecho de autor o propiedad intelectual.

Me referiré brevemente a los tres conflictos de intereses posibles.

---

(5) Véase MERRYMAN y ELSEN, *op. loc. cit.*

2.1. *El primer enfrentamiento* se produce *entre el artista y el propietario de la obra de arte* (el que ha adquirido por cualquier título el cuadro o la estatua). Su conflicto de intereses se da aquí entre los respectivos derechos (propiedad intelectual del artista, frente a propiedad privada del segundo), por referirse ambos a una misma cosa o realidad material y jurídica, la obra de arte, el *corpus mechanicum* en que se exterioriza y manifiesta el *corpus mysticum* o creación del artista plástico.

Ello ocurre por la especial naturaleza y particulares caracteres de la obra de arte plástico: sustancialmente, por la estrecha correlación, en la obra de arte figurativo y de ejemplar único, entre la obra de creación y su exteriorización o extrinsecación material, que determina la interferencia entre los derechos del autor de la obra y la propiedad de la cosa (cuadro, escultura), que comporta problemas no sólo respecto de la disponibilidad del bien (que incluye la obra) sino respecto de los derechos (de autor y de propiedad) que subsisten sobre ella. Entre esos derechos enfrentados priman, en principio, los relacionados con la actividad de creación, como elemento determinante del nacimiento de la obra y de los derechos de autor sobre ella; mas no siempre y de forma absoluta (lo absoluto es idea poco apta y viable en el orden jurídico).

Este conflicto entre el creador de la obra de arte y el propietario del cuerpo material en que ha quedado plasmada, y la recíproca limitación de ambos derechos, tiene su expresión en nuestra LPI'1987 (como en otros ordenamientos de nuestra área cultural y jurídica) en la independencia y compatibilidad que el artículo 3.° de la misma declara entre «los derechos de autor y la propiedad y otros derechos que tengan por objeto la cosa material a que está incorporada la creación intelectual». Otras manifestaciones de ese conflicto y de la aludida compatibilidad se hallan en numerosos preceptos de la Ley, a que me referiré más adelante.

2.2. Hay también *conflicto entre el derecho del autor y los derechos de la sociedad,* de los ciudadanos todos. Si el primero ha recibido de la sociedad una formación intelectual y artística y una sensibilidad estética que han formado su personalidad y madurado su aptitud para la creación y su efectiva producción de la obra de arte —con lo cual quiero aludir a que esa creación y producción no nacen por generación espontánea ni de una absoluta nada previa, aunque no ignoro la muy importante participación personal y espiritual del artista en su obra creativa—, la sociedad tiene frente a aquél ciertas pretensiones y derechos que van a limitar el inicial monopolio que corresponde al autor en la explotación de su obra y creación, siquiera sea en justa reciprocidad por lo que de la sociedad ha recibido el artista; por otro lado, toda persona tiene un derecho (que me atrevo a calificar de natural y fundamental, siquiera sea en sentido vulgar más que

técnico-jurídico) a la cultura como forma y medio de su perfeccionamiento y de desarrollo de su personalidad (que nuestra Constitución pretende garantizar: art. 10.1). La propia Constitución, además, dice que «los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, *a la que todos tienen derecho*» (art. 44.1). En esos dos puntos e ideas reside la justificación del carácter limitado del derecho de propiedad intelectual y artística del creador de la obra plástica, también con múltiples manifestaciones (el derecho de cita del art. 32 LPI, la reproducción libre del art. 37, y otras).

La cuestión más delicada, en este como en otros conflictos de intereses y de derechos, reside en encontrar el punto de equilibrio entre unos y otros, de forma que no resulte desmedidamente gravado o limitado un derecho por una excesiva protección del otro. Esta es una cuestión de política jurídica que compete resolver con ponderación al legislador, y donde el jurista de a pie y comentarista apenas lo único que puede hacer es criticar la solución legal, si parece poco razonable o lesiva de uno de los derechos e intereses en detrimento de otros y sin justificación suficiente.

2.3. Un tercer conflicto o enfrentamiento se da *entre el derecho e interés del propietario de la obra plástica* (el museo, el titular de la colección privada) *y los ciudadanos, la sociedad.* Si el derecho del primero tiene un nombre en Derecho y un régimen jurídico, el de propiedad privada (que la Constitución protege: art. 33), los segundos tienen un interés también protegido jurídicamente, antes aludido, con un derecho no tipificado directamente: es uno de esos llamados «intereses difusos», que puede hacerse efectivo de otra forma y al amparo de normas de difícil encaje como jurídico-privadas, pero no menos explícitas: desde la propia Constitución, artículo 44 (que algunos piensan que puede ser de aplicación directa) hasta normas de rango inferior (la Ley de Propiedad Intelectual, la Ley del Patrimonio histórico español de 1985 y complementarias, y las de índole administrativa sobre museos y demás).

Pero obsérvese que el derecho de propiedad privada sobre una obra de arte ya no es el clásico derecho de propiedad del artículo 348 del Código Civil. La idea esencial de este derecho en nuestro Ordenamiento no reside ya en ese precepto del Código, sino eminentemente en el artículo 33.2 de la Constitución («la función social de este derecho delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes»), en la inteligencia e interpretación que le ha dado el Tribunal Constitucional, particularmente en su importante Sentencia de 26 de marzo de 1987. En ella se dice, entre otras muchas cosas interesantes, que «la propiedad privada, en su doble dimensión como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el artículo 348 del Có-

digo Civil. Por el contrario, la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso y aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos»; «la Constitución —ha dicho antes la propia sentencia— reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tipo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir».

El razonamiento y afirmaciones que anteceden, aunque en términos muy generales, están pensados para la propiedad inmobiliaria, ciertamente. Pero nada impide, por la latitud de tales expresiones y por la propia línea argumental del Tribunal Constitucional, referirlas a otros bienes escasos y de particular trascendencia y cometido social, como son las obras de arte. La propiedad sobre éstas no es la misma propiedad ni idéntico derecho que el que uno puede tener sobre un sencillo apartamento o sobre un caballo de carreras. El derecho de propiedad sobre una obra de arte, única e irrepetible, bien escaso que constituye un elemento o parte del acervo cultural de un país, a veces de la humanidad toda, es un derecho muy especial, que impone a su titular tantos derechos y obligaciones como facultades; está sujeto a una importante función social, forma parte de una riqueza colectiva que trasciende el puro interés individual (del propietario), y en alguna forma es tanto un bien de todos (espiritual, estéticamente) como de su propio dueño.

Por esta razón esos bienes (una buena parte de ellos, al menos) están sujetos a importantes limitaciones, y sus propietarios, a paralelos deberes jurídicos. Los bienes declarados de interés cultural están sujetos (y obligados sus propietarios) a la permisión de su visita pública en condiciones de gratuidad para todos los ciudadanos en tiempo y régimen señalados reglamentariamente (art. 13.2 Ley Patrimonio histórico español de 1985); y en cuanto a los bienes inventariados, la misma ley obliga a sus propietarios a permitir su estudio por los investigadores (según ciertas normas) y a prestarlos, con las debidas garantías, a exposiciones temporales que organicen los organismos competentes (art. 26.6). Si se tiene en cuenta la amplia concepción que de estos bienes tiene la ley indicada (sobre todo, de los primeros) se comprenderá el alcance de estas normas y su incidencia respecto de las obras y cuestiones que nos ocupan.

Si me he detenido, quizá excesivamente, en los tres tipos de conflictos descritos, y he hecho las referencias legales y comentario que anteceden, es sólo para presentar y contemplar desde cierta altura los problemas concretos

que luego abordaré, y dejar sentadas las bases y principios hermenéuticos desde los que habremos de entenderlos, y aplicar luego las normas pertinentes.

3. NORMATIVA APLICABLE

La normativa aplicable a la cuestión que me ocupa es compleja y de distinto rango normativo, así como de diverso origen. Al frente de ella está la Constitución, que sienta los principios generales y marca la línea interpretativa de aquélla —todo el ordenamiento jurídico debe ser interpretado y aplicado «desde la Constitución», ha dicho reiteradas veces el Tribunal Constitucional (6)—, sin perjuicio de su aplicación directa (discutida, pero defendible). Hay, luego, leyes ordinarias, como la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 (la más importante aquí) y la ya citada Ley del Patrimonio histórico español, de 25 de junio de 1985, y normas complementarias, éstas de rango inferior, como otras relativas a museos públicos.

En lo que concierne a la protección jurídica del artista plástico, y más en concreto, a la reproducción de las obras de esta clase, las normas aplicables se hallan muy dispersas, no sólo por lo que afecta a las leyes indicadas, sino dentro de la propia Ley de Propiedad Intelectual de 1987, donde, como veremos, hay que buscar en lugares tan distintos como distantes las reglas aplicables a cada caso y problema. Y a modo de conclusión y juicio crítico previo, cabe decir que el artista plástico se halla en nuestro Ordenamiento (relativamente) poco y no bien protegido, opinión generalizada entre los juristas —no sólo entre los artistas—, a lo que quizá no sea ajeno al descuido en que han tenido esta cuestión, aquí y más allá de los Pirineos, donde es muy difícil encontrar trabajos sobre estos concretos problemas y bibliografía solvente, con pocas excepciones. Algo más ha preocupado en Estados Unidos, donde el tráfico de obras de arte es más intenso y sus problemas más frecuentes y actuales, como dije, lo que ha motivado mayor atención por parte de los juristas y más amplia bibliografía (7), con visión muy pragmática, desde luego.

Haré ahora una breve referencia a la normativa arriba aludida.

---

(6) Cfr. SS TC de 27 de enero y 31 de marzo de 1981, 26 de julio de 1982; después de ellas, muchas otras.

(7) Pueden verse amplias referencias en la obra de MERRYMAN y ELSEN, ya citada, especie de enciclopedia sobre la protección jurídica y problemática de las obras de artes plásticas.

3.1. La Constitución

Interesa aquí nuestra Norma fundamental no sólo por cuanto preside nuestro Ordenamiento, desde cuyo vértice más alto, que ella ocupa, debe ser contemplado y entendido todo él, sino por varias normas concretas suyas que hacen a nuestro caso.

El artículo 10.3 CE dice que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce [entre los que está comprendido el art. 44] *se interpretarán* de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias, ratificados por España». Entre éstos me permito recordar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España en 1977 —su art. 15 reconoce «el derecho de toda persona a participar en la vida cultural»—, y la Declaración de Derechos Humanos, cuyo artículo 27 dice que «toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico...». Me parece innecesario detenerme a glosar el alcance de estos preceptos respecto de la materia que nos ocupa, que por sí mismos y en los términos transcritos hablan suficientemente.

Dígase lo mismo del artículo 44 CE, antes citado y comentada su influencia aquí, directa y a efectos hermenéuticos, y en menor medida del artículo 46, sobre conservación del patrimonio artístico —preceptos ambos, por cierto, situados dentro del título I, «De los derechos y deberes fundamentales», capítulo III, «De los principios rectores de la política social y económica»—. Esos y otros preceptos constitucionales, y claras referencias en el breve Preámbulo de la Norma Fundamental, permiten hablar de «derechos culturales», «derechos a la cultura» e incluso de un «Estado de Cultura». En todo caso, no se olvide, «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo III *informarán* la legislación positiva, *la práctica judicial* y la actuación de los poderes públicos» (art. 53.3 CE), lo que, por lo que aquí interesa, trascenderá eminentemente en la interpretación de los preceptos constitucionales implicados y leyes ordinarias que los desarrollen.

3.2. Ley del Patrimonio Histórico español, de 25 de junio de 1985

También conocemos ya esta ley por algunos preceptos suyos invocados poco antes. Interesa ahora fundamentalmente en tanto que busca y pretende garantizar a todos los ciudadanos el acceso a la cultura y a los bienes que constituyen nuestro Patrimonio histórico, como anuncia en su Preámbulo,

donde añade: todas las medidas de protección y fomento que la ley establece sólo cobran sentido si, al final, conducen a que un número cada vez mayor de ciudadanos pueda contemplar y disfrutar las obras que son herencia de la capacidad colectiva de un pueblo; porque en un Estado democrático estos bienes deben estar adecuadamente puestos al servicio de la colectividad en el convencimiento de que con su disfrute se facilita el acceso a la cultura...» (relaciónese con el art. 44 CE).

En ese contexto y finalidad se pronuncian luego el artículo 13.2 de la ley que comento («los propietarios (...) de tales bienes o quienes los posean por cualquier título están obligados a permitir (...) su estudio a los investigadores (...) y su visita pública en las condiciones de gratuidad que se determinen reglamentariamente, al menos cuatro días al mes...»), y el artículo 26.6, que previene que los propietarios de los bienes muebles integrantes del Patrimonio histórico español incluidos en el Inventario general «están obligados a permitir su estudio a los investigadores... y a prestarlos, con las debidas garantías, a exposiciones temporales que se organicen por los Organismos competentes».

Estas normas, ya citadas y que volveremos a encontrar, son importantes por cuanto suponen una notable limitación del derecho de propiedad de los coleccionistas privados y pueden permitir a los particulares y ciudadanos el poder obtener reproducciones de obras de arte, de aquellas a que se refiere esta ley, en ciertas condiciones, que veremos. Lo que prueba, de otro lado, que no toda la normativa y régimen jurídico de las obras plásticas se halla en la Ley de Propiedad Intelectual, cuyo alcance y eficacia normativa protectora del artista creador se halla en algunos extremos mediatizada y afectada por esta Ley del Patrimonio histórico y su legislación complementaria, en términos más amplios de lo que aquí puede parecer.

3.3. Ley de Propiedad Intelectual de 1987

Es la más importante para nosotros y aquí, y ella contiene la mayor parte de las normas aplicables a los problemas que ahora interesan (con las interferencias apuntadas). No nos importa sólo ni tanto su mera legalidad, sino la inteligencia que deba tener a la luz de la Constitución y como pieza no aislada, sino integrada en el Ordenamiento jurídico todo, amplio (cuantitativa y cualitativamente, en esta materia), complejo (por la recepción como Derecho interno de Tratados y convenios internacionales ratificados por España) e interrelacionado, con una compatibilidad necesaria y no siempre fácil entre todas sus piezas.

No creo necesario hacer, por ahora, cita concreta de los preceptos de esta ley que interesan o afectan a la cuestión que estudio. Son muchos, de

distintos ámbitos de la misma —pues no dedica a las obras plásticas un apartado o cuerpo de reglas especiales, sino referencias generales o concretas (a veces, indirectas o implícitas) con ocasión del régimen genérico de las diferentes manifestaciones, facultades, limitaciones o excepciones del derecho de propiedad intelectual del autor—, y a ellos me referiré, eminentemente, en el desarrollo de este trabajo, por lo que los ahorro aquí para no reiterarme demasiado.

Antes de entrar en el articulado de esta ley, en función de las cuestiones concretas que estudiar, permítaseme recordar que, aunque pobre e insuficiente, la vieja Ley de Propiedad Intelectual de 1879 conoció nuestros problemas y dijo alguna cosa interesante; y a veces trataba a los artistas plásticos en este punto mejor (o menos mal) que en muchos otros aspectos y a otros autores.

Me refiero a sus artículos 9 y 10, sustancialmente. Decía el primero. «La enajenación de una obra de arte, salvo pacto en contrario, no lleva consigo la enajenación del derecho de reproducción ni del de exposición pública de la misma obra, los cuales permanecen reservados al autor o a su derechohabiente». Y el artículo 10 decía: «Para poder copiar o reproducir en las mismas o en otras dimensiones, y por cualquier medio, las obras de arte existentes en galerías públicas en vida de sus autores, es necesario el previo consentimiento de éstos». Añádase a ello que no había entonces las importantes limitaciones a su derecho que hoy contiene la nueva legalidad —cuya justicia, así como la oportunidad de las viejas normas transcritas, no entro a juzgar ahora.

4. LA REPRODUCCION DE OBRAS PLASTICAS. PARTICULARIDADES

4.1. Noción inicial y legal. Formas de reproducción

La idea inicial y definición legal de reproducción en el artículo 18 LPI'1987 (recuérdese: «Se entiende por reproducción la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella») parece adecuarse mejor a la de la obra intelectual que a la de arte plástico. Mas si relacionamos ese precepto con otros de la misma ley, sobre todo con el artículo 10.1, aparece una noción muy amplia de *reproducción* (el «medio de expresión» de este último, conjugado con «medio que permita su comunicación y la obtención de copias» de aquél) en la que tiene perfecta cabida la reproducción de la obra plástica.

Aunque en sentido estricto y clásico la reproducción comporta eminentemente la idea de repetición o multiplicación en forma material y por

cualquier medio de la obra, haciendo ejemplares o copias de ella, esa noción de reproducción efectiva aparece complementada en nuestra Ley de 1987 con la de reproducción potencial, con independencia de su destino ulterior (8) —presente en el aludido artículo 10.1 y en el 116.1-b, sobre todo—, que permite una mejor adecuación de la misma a la reproducción de obras plásticas con los modernos medios técnicos y en el mundo actual de la comunicación. En todo caso, y para los supuestos más frecuentes, sigue siendo válida, con las precisiones hechas, la conocida definición de GRECO: por reproducción entiende «la multiplicación de objetos materiales idóneos para representar la obra del ingenio y hacer posible su conocimiento por parte de terceros mediante el uso de los sentidos» (9). En puridad, la reproducción no es tanto esa multiplicación de la propia obra intelectual o artística, sino la de la exteriorización o plasmación de la misma en algo material, pues esto es lo que se reproduce y de lo que se saca copias; aunque la obra plástica, ciertamente, coinciden en el mismo cuerpo material una y otra cosa.

La relación que hay entre la obra y su reproducción es la misma que hay entre creación y producción, entre el hecho estético o cultural y el hecho material o económico, con todas las implicaciones consiguientes de carácter sociológico, económico y cultural (SANTORO). La reproducción de la obra, su finalidad, es la de ser el instrumento o vehículo para aproximarse a su conocimiento (10).

En las anteriores definiciones aparecen los tres *requisitos* fundamentales de la reproducción (en sentido legal):

a) Fijación de la obra en un medio o soporte material, perceptible por los sentidos y sin más concreción (pues puede ser de muchas clases, a veces muy técnico y sofisticado).

b) Que tal fijación se haga con un destino determinado, o no previsto inicialmente (su circulación, su comunicación a otros por cualquier medio, quizá la enajenación de los ejemplares).

c) La obtención de *copias* del original (de toda o parte de la obra), objetos muebles fungibles producidos manualmente o en serie. Este término legal, *copias,* que para el artículo 18 parece imprescindible y en el que cierta doctrina centra la atención —aunque hoy hay que

---

(8) La vinculación del destino de las copias a la idea de reproducción está muy presente en la doctrina francesa tras la ley de 1957 —que no es ajena a ello, evidentemente—: cfr. DESBOIS. *Le Droit d'auteur en France,* 2.ª ed., Dalloz, París, 1966 (3.ª ed., 1978), y COLOMBET: *Propriété litteraire et artistique,* París, 1990.

(9) «I benni immateriali», Torino, 1948, pág. 191.

(10) Véase más extensamente mi comentario al artículo 18 LPI'1987 en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual,* coordinados por R. BERCOVITZ, Ed. Tecnos, Madrid, 1989, págs 357 y ss.

desacralizarlo y darle nuevo sentido, cuando las grabaciones videográficas alcanzan mucha mayor difusión que las viejas reproducciones manuales o impresas—, indica *per se* la idea de reproducción o repetición exacta o fiel de una cosa.

En la reproducción que aquí estudiamos subyace, pues, esa misma idea de multiplicación (aunque sea mínima) de algo que repite *con fidelidad* o exactitud los elementos y caracteres del original. Esta exigencia conceptual sugiere dudas acerca de si cabe en puridad la reproducción de obras de artes plásticas, en especial su reproducción fotográfica y asimiladas (las más frecuentes).

¿Es, ciertamente, reproducción de «La Pietà», de Miguel Angel, de un cuadro del Greco, una fotografía suya, una grabación videográfica, por perfecta que sea? Parece evidente que en tal caso falla en buena medida el requisito de la fidelidad al modelo, a la obra original. La fotografía, el videograma, pueden proporcionar un conocimiento más o menos aproximado, una representación en dos dimensiones y con ciertas limitaciones (por perfectos que sean) del original. Sólo en sentido figurado puede considerarse como *reproducción,* pues no puede proporcionar la misma homogeneidad física y representativa del original, ejemplar único que integra a la vez la obra de creación y su propia exteriorización o extrinsecación material en una unidad inescindible (cosa que no ocurre en la obra intelectual respecto de su *corpus mechanicum).*

Sin embargo, la mayor parte de los Ordenamientos, y también nuestra LPI'1987 (cfr. arts. 20.2-g, 34, 35, ...), y la doctrina casi unánime, consideran *reproducción* en sentido jurídico esa menguada representación en un soporte material de la obra plástica, aunque sea sólo aproximada y en tanto permita su percepción visual, aunque incompleta o cualitativamente parcial.

No es esa la única *forma de reproducción* posible. El artículo 28-2.º de la ley francesa de 1957 concreta que «podrá efectuarse especialmente mediante impresión, dibujo, grabado, fotografía, modelado y por cualquier procedimiento de artes gráficas y plásticas, grabación mecánica, cinematográfica o magnética»: norma y enunciado ese (no exhaustivo, desde luego) que valdría también para el Derecho español. Hay que pensar también en aquellas otras que comportan cambio de uno a otro medio de expresión artística (de la escultura a la pintura, o a la inversa), o en que se emplea en la reproducción un material distinto de aquel en que se halla realizada la obra original, o las obtenidas con los antiguos (reproducción editorial impresa) o los modernos medios técnicos (xerografía, facsímil, cinematografía, técnicas videográficas...) (11). Todo ello, consecuencia de la distin-

(11) COLOMBET *(op. cit,* págs. 194-195) pone el ejemplo del tapiz, que no podría ser realizado sin la autorización del autor del cuadro o cartón copiado; y cita casos de

ción institucional entre forma interna y forma externa de la obra (la primera como expresión de su propia individualidad, fungible y mudable la segunda), para la que es, sin embargo, particularmente menos apta la obra plástica, por darse en ella una mayor compenetración entre idea y materia, como antes dije.

A los efectos que aquí interesan es *reproducción* no sólo la fijación en un soporte material con valor y finalidad reproductiva *per se,* en el sentido y términos vistos, sino también cuando esa fijación en tal soporte sea sólo un medio técnico necesario para la ulterior «comunicación pública» de la obra reproducida, propósito esencial y finalidad eminente de esta reproducción (en relación de medio a fin): por ejemplo, una filmación o grabación videográfica de una escultura o de un cuadro para publicidad, proyección cinematográfica o televisiva.

4.2. La réplica

Cosa distinta de la reproducción es la *réplica* de la obra original, hecha por el propio autor, que no debe confundirse con la *copia,* propia de la mera reproducción. Aquélla, la *réplica,* exclusiva del autor (nota típica diferencial) y con pocas (a veces, imperceptibles) alteraciones debidas al intento del creador de realizar una obra que, aunque nueva, conserve la idea, la inspiración y los caracteres del original, no puede ser considerada como reproducción: es otra obra, a mitad de camino, dice Santoro, entre el hecho reproductivo y el hecho transformativo efectuado por el propio autor. No es una copia verdadera porque incorpora elementos nuevos (por mínimos que sean), y tampoco una transformación propiamente dicha, porque lo rehecho nuevo no es sustancial, no modifica ni altera la forma y caracteres de la obra original (12).

---

la jurisprudencia francesa: hay nueva reproducción en el de inserción en un film publicitario de un cartel que reproduce un cuadro (S. Cass. Civ., 15 de octubre de 1985) o del propio cuadro (Cour d'Appel Paris, 17 de diciembre de 1986), y la reproducción, para fotografías publicitarias, de unas rocas pintadas por un artista en el sur de Marruecos (que el Trib. Grande Inst París, 22 de junio de 1988, dijo que necesitaba el consentimiento del autor). En la doctrina alemana, partiendo de los términos amplios del artículo 16 de la ley de 1965, se considera reproducción aunque haya variación de dimensiones (de dos a tres, o al revés) y las transformaciones y modificaciones de formas que resulten ser fijación corporal de un original (cfr. Loewenheim-Schricker: *Kommentar Urhebergezetz,* Munich, 1987, & 16, núms. 3 a 7). En idéntico sentido en Derecho inglés *(vid* Copinger-Skone: *On Copyright,* 13.ª ed., London, 1980, págs. 79 y ss.).

(12) «Cenni sul diritto di riproduzione delle opere dell'ingegno», en *Riv Dir. Comm.,* 1966, pág. 71. Para este autor, la réplica es una obra en sí, fruto de la autonomía creativa del autor.

Mas aun siendo la *réplica* cosa distinta de la reproducción, habremos de estudiar aquí hasta qué punto le está permitida o vedada al autor cuando ha enajenado su obra original (a un museo o coleccionista privado, por ejemplo). Como también habré de hacer alguna referencia, siquiera mínima, a otras manifestaciones de los derechos patrimoniales reconocidos al autor dentro del marco de la propiedad intelectual, como es el derecho de exposición —a que aludiré más adelante— y el derecho de transformación.

4.3. La transformación

Partiendo de una obra original, puede ocurrir que no se haga de ella una mera copia o una réplica, sino una obra derivada, en el sentido del artículo 21.1 LPI'1987: una modificación en la forma, no en la sustancia o en la idea esencial del original (13). Se trata ahora de una actividad creadora que modifica la identidad de la obra artística de manera que resulta una presentación en forma distinta de la original. No es una mera reproducción, y por ello merece también protección jurídica y da lugar a un verdadero derecho de autor que es reconocido al que ha puesto esa (distinta) actividad creadora, sea el mismo autor de la obra original o un tercero.

En la transformación los elementos sustanciales que definen la obra resultante se identifican generalmente con los de la original, mientras que varían en mayor o menor proporción la forma interna, la forma externa o el medio de expresión. No hay, sin embargo, unanimidad de criterios en cuanto al juego de los elementos coincidentes y diferenciales de una y otra obra (original y derivada) en la transformación, y su posible alcance (14).

La modificación —pues debe producirse para que haya transformación— ha de ser sólo en la forma, no en la sustancia o en la idea esencial, como dije. Se requiere, por otro lado, que *se derive* una obre diferente; diferente, pero derivada, no otra original distinta. El artículo 21.1 LPI («... cualquier otra modificación *en su forma* de la que se derive una obra diferente») no distingue entre la forma interna (disposición, construcción) y forma externa (expresión, estilo, pintura al fresco, al óleo o acuarela); luego creo que ambas pueden verse afectadas, con tal de que sólo varíen los elementos formales, insisto. Cuando cambie, la idea, el argumento, el tema de la obra original (es decir, la sustancia), entonces se trata de otra obra original distinta, no de una transformación (aunque sea también «obra original» a los efectos de protección jurídica: art. 10 y 21.2).

---

(13) Sobre la transformación, véase mi comentario al artículo 21 LPI en *Comentarios* (Tecnos), cit., págs. 410 y ss. (417-427).

(14) Cfr. Piola-Caselli: *Diritto di autore,* 1ª ed., Nápoles-Turín, 1907, págs 494-495; y Colombet, *op. cit.,* pág. 52.

La *transformación* tiene muchas *formas de presentación* posibles: depende, como sabemos, del distinto juego de los elementos coincidentes y diferenciales, así como del tipo de obra sobre que recaiga la transformación. Aun discutida la cuestión, pienso que esta figura se reduce a cambios dentro del mismo género artístico —incluidas en él la pintura, escultura, grabado, etc., medios de expresión todos de la plástica—, mas no cuando se cambia de género (del color o el volumen a la palabra o a la música, o viceversa); al menos, en términos generales (15). Cabe, por ello, la transformación de la obra de dos a tres dimensiones, y de la pintura al grabado, o de éste a la escultura, o al revés. Hay transformación también en la conversión de una obra pictórica en un cuadro parecido con distinta posición de los protagonistas o de los objetos pintados, o con otros colores o tonalidades, o con diferente dinámica y vida, etc.; y aun en el empleo de distinto material, o diferente técnica: son muchas las variantes.

La importancia de la ejecución de la obra transformada y la personalidad de su autor es tenida en cuenta para apreciar su nueva originalidad (de ahí la protección jurídica que merece), y su diferencia con la mera reproducción, con importantes consecuencias.

Esta diferencia, y el dato de que la obra derivada resultante de la transformación tenga el carácter de (nueva) obra original, y protegida, no confieren patente de corso, sin embargo, al autor de la transformación. El artículo 17, tantas veces invocado, concede al autor del original inicial («obra preexistente», dice el art. 21.2) la exclusiva de este derecho de explotación, de forma que no puede realizarse esa operación sin autorización de aquél (véase de nuevo el art. 21.2). Por tanto, la realización de cualquier obra derivada por transformación de la original sin autorización del titular del derecho de autor de ésta —el propio autor o sus causahabientes— está prohibida y supondrá una infracción de la propiedad intelectual en términos semejantes a la reproducción ilícita que aquí vengo considerando. De ahí que la transformación, como antes la réplica, deban quedar sometidas, en principio, al mismo régimen jurídico que la reproducción que aquí estudio de manera eminente. Valga, pues, para estos últimos cuanto diga, en general, para la reproducción, salvo excepciones a que deba aludir.

Debo entrar ya directamente en la cuestión concreta de la *reproducción de obras plásticas propiedad de museos y colecciones privadas,* objeto de esta ponencia. A tal efecto, distinguiré, por razón de orden y para mejor comprensión y desarrollo, tres situaciones diferentes, en función del derecho que a ese respecto pueden tener los tres interesados en la obra de arte a que me referí en su momento. Abordaré, así,

(15) Véase más ampliamente en mi coment. artículo 21, *op.* loc. cit.

a) La reproducción de la obra plástica por el propio autor, después de enajenada a un museo o colección privada (en general, a cualquier persona).
b) La reproducción por el propio museo o coleccionista, propietario de la obra.
c) La posibilidad de reproducción de esa obra por un tercero, por cualquier ciudadano.

5. REPRODUCCION POR EL PROPIO AUTOR DE LA OBRA PLASTICA ENAJENADA A UN MUSEO O COLECCION PRIVADA

5.1. Derecho reservado al autor. Régimen jurídico

Habida cuenta que, según el artículo 3 LPI'1987, los derechos de autor son independientes y compatibles con el de propiedad de la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual o artística; y, de otro lado, que corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma (art. 17), y que tales derechos de explotación (entre los que están el de reproducción y el de distribución o enajenación) son independientes entre sí (art. 23): resulta obligado concluir de tales preceptos, sin más, que aun enajenada la obra plástica por su autor (una forma de explotación, típica y la más usual de esa clase de obra), continúa teniendo este último —y después de su muerte, sus causahabientes, durante sesenta años (art. 26 LPI)— el derecho de reproducir la obra en los términos que prevén los artículos 17 y 18, y sin más límites que los previstos en la misma ley.

Bastarían esos preceptos, insisto, para llegar a tal conclusión. Mas quizá para dejar la cuestión bien clara, reitera el artículo 56.1 la misma idea: «El adquirente de la propiedad del soporte a que se haya incorporado la obra no tendrá, por ese solo título, ningún derecho de explotación sobre esta última». (A continuación, el apartado 2 concede al propietario del original de la obra plástica el derecho de exposición pública de la misma, salvo expresa exclusión en el acto de enajenación del original.)

Aunque el precepto tiene un alcance mayor, pues se refiere a «soporte», en general, el *corpus mechanicum* de cualquier obra de creación, se adecúa perfectamente a la obra plástica y a nuestro caso.

Más concretos —por la referencia específica a las obras plásticas, y a concretas formas de explotación— eran sus antecedentes, el artículo 9.º de la Ley de 1879 («la enajenación de una obra de arte, salvo pacto en contrario, no lleva consigo la enajenación del derecho de reproducción, ni del de exposición pública de la misma obra, los cuales permanecen reservados

al autor o a sus derechohabientes») y el artículo 45 del Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual de 1934: «Los autores de cuadros, esculturas, dibujos y otras obras de arte, al enajenarlas se reservan, salvo pacto en contra, los derechos de copia, de reproducción fotográfica y editorial y de exposición pública, y los transmiten a sus derechohabientes». Obsérvese que en ambos preceptos se reservaba al autor el derecho de exposición, salvo pacto (a diferencia de lo que ocurre ahora), lo cual era más favorable para el creador de la obra —y lo reclaman para sí últimamente los artistas plásticos en el «Manifiesto de Zaragoza»—. Seguíase, con ello, la línea predominante, en la época, en otros Ordenamientos del mundo occidental.

Es perfectamente natural y jurídicamente correcta esa genérica reserva de los derechos de explotación para el autor de la obra, frente al propietario del soporte. Como han dicho PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS (16), los derechos de autor y los derechos sobre la cosa en que se materializa la obra intelectual o artística son distintos, y pueden tener diferente titular, versar sobre distinto objeto (la cosa corporal en un caso, la obra intelectual, ente espiritual, en otro), y tienen distinto contenido e independencia en sus vicisitudes.

Si intentamos expresar en términos de Derecho Civil común esa situación resultante de la coexistencia en el mismo objeto (estatua, cuadro) del derecho de propiedad (ordinaria) del museo o coleccionista y el derecho de propiedad intelectual del autor, aparece el primero como una propiedad (privada) gravada *ex lege* con un derecho de otro (un derecho también absoluto y con eficacia *erga omnes;* no es un típico derecho real al clásico modo) limitado —a ciertos derechos de explotación: todos, menos el de exposición, salvo pacto en contrario en cuanto a éste—, una especie de *ius in re aliena;* limitación, aquí, que no límite del dominio, cuya explicación y mecánica funcional es muy semejante a la de los derechos reales limitados ordinarios, salvadas las distancias propias de su diferente naturaleza apuntada.

El artículo 56.1 establece, además, una regla de interpretación —así lo sugiere HUALDE SÁNCHEZ (17)—, de acuerdo con la cual ha de entenderse que para la adquisición de los derechos de explotación de una obra de creación intelectual o artística no basta con la adquisición del soporte a que ella está incorporada. El museo adquirente de la obra plástica sólo obtiene por ese título y mecanismo jurídico, la propiedad (privada) del cuadro o de la escultura, como cosa material. Los derechos de explotación (con excep-

---

(16) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales,* dir. por ALBALADEJO (EDERSA), t. V-2.º, Madrid, 1985, *ad* arts. 428 y 429 del Código Civil, pág 720.

(17) Comentario al artículo 56 LPI, en *Comentarios a la Ley*. (Tecnos), cit., pág. 862.

ción del de exposición pública: art. 56.2), y en particular el de reproducción, se deben adquirir con independencia del soporte material y requieren para ello un título jurídico específico de adquisición distinto de aquél, en el mismo contrato de compraventa del cuadro o en otro separado.

Como en principio la interpretación de los actos de cesión de derechos de explotación ha de ser restrictiva —lo dice el Preámbulo de la LPI'1987—, salvo que quede claramente expresada la cesión del derecho de reproducción en el contrato de compra del cuadro o escultura, toda duda, si la hay o resulta de dicho contrato, debe interpretarse en contra de esa cesión y a favor de la conservación por el autor del derecho de reproducción.

En el mismo sentido que nuestra ley se manifiestan prácticamente todos los Ordenamientos foráneos: las leyes francesas (art. 29), italiana (art. 109), suiza (art. 9.3), alemana (art. 44.1), belga (art. 19), austriaca (art. 33), portuguesa (art. 10) y la americana *Revisión Copyright Act* de 1976 (art. 109) que, modificado el criterio y redacción anterior (con presunción contraria) establece ahora que el adquirente de una obra de arte sujeta a *copyright* no adquiere los derechos de esta clase salvo que tales derechos sean cedidos, total o parcialmente, de forma expresa y en contrato escrito (18), y con la excepción legal del derecho de exposición, que corresponde al adquirente de la obra.

No obstante lo dicho, y lo dispuesto en Derecho italiano por su ley de 1941 en ese sentido, una sentencia de un tribunal de Roma de 1968 negó al autor de una obra de pintura la facultad exclusiva de reproducirla, dadas las notas de unicidad e irrepetibilidad de la obra figurativa y por la realización del entero valor económico mediante la publicación y venta en único contexto, argumentando también que no tendría sentido aplicar a esas obras el derecho de reproducción ya que ésta sería en todo caso algo que no tendría la misma homogeneidad física y representativa del original. Sentencia y argumentación no convincente, por lo que ha sido criticada por la doctrina italiana (19).

---

(18) Una importante excepción a esa regla es la doctrina de los *works for hire,* recogida en el artículo 101 de la *Copyright Act,* que distingue dos categorías de tales *works for hire:* de un lado, las obras creadas por los empleados en el ejercicio de tal función y empleo, caso en que el *copyright* corresponde al empleador; en segundo lugar, ciertas situaciones en que el creador es un contratante independiente más que un empleado (cfr. más precisiones en Leonard D DUBOFF: *Art Law in a nutshell,* St. Paul, Minn., 1984, págs. 195-196).

(19) Cfr. SGROI: «La riproduzione delle opere delle arti figurative», en *Giust. civ.,* 1968, págs. 1531 y ss.

5.2. Ejercicio efectivo de este derecho de reproducción

Volviendo a nuestro Ordenamiento jurídico, y al derecho de reproducción de la obra, que por mor del artículo 56.1 LPI corresponde al autor, enseguida puede comprobarse que no está exento de problemas.

Tal derecho de reproducción de la obra a favor del autor tiene una doble manifestación jurídica: de un lado, *de orden negativo,* en el sentido de que puede oponerse a la reproducción de la misma, por el propietario o por cualquier otra persona, sin su autorización (salvo las excepciones legales: derecho de cita, copia privada, reproducción sin fin lucrativo del art. 37); y por otra parte, *de orden positivo,* pudiendo reproducir el propio autor o ceder a otra persona este derecho de explotación (que la LPI permite: art. 43) (20).

La realización de reproducciones de la obra plástica propiedad de un museo o colección privada por uno de éstos o por un tercero sin autorización del autor (u otro titular de la propiedad intelectual) supone una infracción de este derecho, y dará lugar, en su caso, a la responsabilidad penal (art. 534 y 534 bis Código Penal, redacción LO 6/1987, de 11 de noviembre) y/o civil (arts. 123 y ss. LPI), a cuyas normas me remito, simplemente, por parecer procedente detenerme aquí en tales cuestiones.

En cuanto al segundo sentido o manifestación de aquel derecho, es el que más me interesa aquí —en el contexto de esta ponencia—, y más problemático resulta. ¿Puede el artista plástico exigir directamente al museo u otro propietario del cuadro o escultura de que es autor que lo ponga a su disposición o le permita el acceso para reproducirlo? He aquí la cuestión más delicada.

Razonando sobre una legalidad semejante a la nuestra en Francia (a partir de 1910, no así antes), distinguía Desbois —en 1950 (21), cuando la ley francesa de 1910 no resolvía esta cuestión— entre una *facultad de reproducir* la obra después de enajenada, y un efectivo *derecho de proceder a la reproducción* —referida la primera a lo que antes he llamado manifestación en sentido negativo, y el segundo, la proyección de orden positivo del derecho de reproducción—. Para este autor, para que aquella facultad se convirtiera en derecho efectivo y positivo sería necesario un acuerdo o contrato en el que se impusiera al adquirente del cuadro o escultura la

(20) Algún autor americano (Lisa Schlit: «The Copyright Revision Act through the eyes of the Art Collector», citada por Merryman-Elsen, *op. cit.,* pág. 211) compara la eficacia del *federal copyright* a la espada y el escudo: «Como espada, arma al titular con derechos exclusivos para reproducir y adaptar la obra, y distribuir y exponer sus reproducciones y adaptaciones. Como escudo, salvaguarda al titular frente a quienes intentan usurpar sus derechos.»

(21) *Le Droit d'auteur,* 1.ª ed., París, 1950, pág. 372.

obligación de permitir el acceso directo del autor a su obra para reproducirla. Tras la ley de 1957, cuyo artículo 29-3.° sigue siendo un tanto restrictivo —«estos derechos [de explotación y demás] subsisten en la persona del autor o de sus derechohabientes, que no podrán, sin embargo, exigir del propietario del objeto material que lo ponga a su disposición para el ejercicio de tales derechos. Ello, no obstante, en caso de abuso notorio del propietario impidiendo el ejercicio del derecho de divulgación, el tribunal civil podrá adoptar las medidas apropiadas, de acuerdo con el art. 20»— mantiene una posición próxima a la anterior, aunque ceñida a esa nueva legalidad, destacando que compete al autor probar el carácter abusivo de la negativa del propietario de la obra (22).

Aunque DESBOIS es una gran autoridad y pueda parecer osadía disentir del criterio de tan prestigioso especialista, me cuesta aceptar su inicial distinción y conclusiones, y me permito discrepar, por lo menos por lo que afecta al Derecho español.

En nuestra LPI'1987, y en vista de los artículos 17 y ss., en materia de derechos de explotación, no cabe distinguir entre facultad y derecho de reproducción en el sentido que apunta DESBOIS. El derecho de reproducción que el artículo 56.1 reserva al autor, frente al adquirente de la propiedad de la obra de arte, es un derecho efectivo y positivo, un *ius in re aliena* (como antes dije), que permite a su titular, quienquiera que sea (y aquí lo es el autor), obtener «copias» de la obra en el sentido del artículo 18, frente al titular de la propiedad (privada) gravada *ex lege* con ese particular *ius in re aliena* —del mismo modo que lo está la propiedad del fundo sirviente con una servidumbre de paso o de vistas, de Derecho común.

Tener un derecho en nuestro sistema jurídico supone el disponer de la acción correspondiente para hacerlo efectivo, y recabar la protección de los tribunales cuando es negado u obstaculizado por otra persona. Tener un derecho significa para su titular el tener un interés jurídicamente protegido que el Ordenamiento permite hacer efectivo, el tener un ámbito de poder sobre algo y frente a alguien, igualmente protegido. Aquí el afectado por un deber jurídico (un *pati)* frente al que cabe hacer efectivo tal derecho es el propietario de la obra plástica —sobre la que recae también el derecho (espiritual) del autor— obligado a facilitar la reproducción a que tiene derecho su creador —como el propietario del fundo sirviente tiene que permitir el goce parcial del mismo por el titular de la servidumbre—. Un derecho subjetivo cualquiera (y el del autor lo es) que carezca de protección jurídica para hacerlo efectivo frente a quien lo ignore o lo lesione dejaría de ser derecho de esa clase, con grave *contradictio in terminis.*

Creo, por todo ello, y para nuestro Ordenamiento, que el autor que ha

(22) *Le Droit d'auteur en France,* 2.ª ed., Dalloz, París, 1966, pág. 365.

enajenado su cuadro, escultura u otra obra plástica, al que el artículo 56.1 LPI reserva los derechos de explotación, salvo pacto en contrario, podrá exigir al museo o coleccionista privado propietarios de la obra el poder tener acceso a la misma para su reproducción por cualquier medio, en los términos de los artículos 17 y ss. Contribuye, por otro lado, a llegar a esa conclusión el reconocimiento a favor del autor, aunque como derecho moral y en el artículo 14-7.° LPI —dudosa, quizá equivocada calificación y ubicación dentro de la ley: cfr. la ley alemana—, del derecho de acceso al ejemplar único o raro (en nuestro caso se trata de ejemplar único) a fin de ejercitar el autor cualquier derecho que le corresponda, derecho de acceso casi idéntico al que en Derecho alemán establece el artículo 26 de su ley de 1965 (entre «otros derechos de autor»): «1. El autor puede exigir que el poseedor del original o de una copia de su obra le permita el acceso a este original o a la mencionada copia, en la medida que ello sea necesario para la realización de reproducciones o de adaptaciones de la obra y no perjudique los legítimos intereses del poseedor. 2. El poseedor no estará obligado a entregar al autor la obra o la reproducción» (en sentido distinto, el art. 29 de la ley francesa de 1957) (23).

Los términos amplios del artículo 14.7 LPI, su claro parentesco con el artículo 25 de la ley alemana —de donde procede, sin duda alguna y es sabido— y el juego que éste da y autoriza a deducir del nuestro recién citado, me permiten concluir que en el supuesto que aquí me ocupa el autor puede y debe tener acceso a la obra de arte por él enajenada para hacer efectivo el derecho de reproducción que por ley le corresponde. Acceso que, razonablemente, se hallará sometido al mismo régimen del artículo 14.7 invocado, y con la limitación que éste prevé de no poder exigir el autor el desplazamiento de la obra, y que el acceso a la misma para su reproducción deberá llevarse a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor (aquí, al museo y su régimen funcional), al que se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios que se le ocasionen.

En caso de negativa por parte del museo o coleccionista a tal acceso, o de desacuerdo grave e irreductible sobre la forma y circunstancias del mismo, podrá el autor acudir a los tribunales para su obtención e imposición al obligado renuente, en los términos que judicialmente se acuerde, y que se hará efectivo en ejecución de sentencia en la forma legal y habitual en estos casos.

---

(23) El artículo 29 de la ley francesa de 1957 (no modificada en este punto por la de 3 de julio de 1985) dice que el adquirente del objeto material no está investido, por el hecho de esa adquisición, de los derechos de explotación, que subsistirán en la persona del autor o de sus derechohabientes, «quienes, no obstante, no podrán exigir al propietario del objeto material que ponga a su disposición dicho objeto para el ejercicio de los referidos derechos»

El problema que acabo de examinar referido a nuestro Ordenamiento se plantea también en otros. Además de los Derechos francés e italiano, a que acabo de hacer alguna alusión, recordaré que en Estados Unidos se discute también abiertamente si el autor puede obtener acceso a la obra de arte para reproducirla, y si el propietario puede negarse a ello. Algún autor sostiene que es preminente el derecho del propietario, y que sin su permiso es virtualmente imposible hacer una reproducción de la obra. Aunque no es sensato pensar —dicen otros— que el Congreso creara a favor del titular del *copyright* un derecho sin contenido, en USA no hay autoridad para hacerlo efectivo (24).

En cambio, en Italia, en el caso Garofalo v. Istituto Cavalieri della Carità (25) el tribunal ordenó al propietario de la obra el permitir al artista el fotografiarla.

5.3. Derecho del autor a realizar una réplica de la obra

Problemas semejantes implica la obtención de una *réplica* de su obra original, en el sentido a que me referí en su momento. ¿Puede realizarla el autor, al amparo de la reserva de los derechos de explotación *ex* art. 56.1 LPI?

Para Desbois (26) sólo sería posible si hay un pacto explícito en el contrato de venta que imponga al comprador la obligación de permitir al autor el acceso al original para hacer una réplica, con la justificación antes aludida para la reproducción. En otro caso, y para este autor, sólo cabría la realización de la réplica del original trabajando el autor de memoria y con los datos de que disponga, y aun ello con limitaciones, por el perjuicio que puede suponer para museo o propietario privado la existencia en otra parte de una réplica del original, que se depreciaría al no ser ya pieza única (en ese sentido, distinguía Desbois según la calidad de marchante, o no, y otras acepciones, del propietario) (27).

Con referencia a nuestro Derecho, hay que partir, de un lado, de la

---

(24) Merryman y Elsen: *Law, Ethics* , cit., pág. 213.

(25) Cfr. *Diritto di autore,* 1975, núm. 49, pág. 601.

(26) *Op. cit*, 1.ª ed., 1950, págs. 373-374. Posición más matizada en 2.ª ed., 1966, pág. 365, nota 1.

(27) Para el Derecho italiano, donde no se halla prevista esta cuestión, es discutida la posible realización de la réplica —que el artículo 148 de la ley italiana de propiedad intelectual de 1941 considera como obra original— por parte del autor. Z. O. Algardi («Musei e opere d'arte», en *Il diritto d'autore,* 1985, pág. 322) parece inclinarse por la negativa, por el riesgo de devaluación del original, que dejará de ser ejemplar único con la realización de la réplica; en cambio, sería ésta posible antes de que una de las dos obras sea adquirida por el museo.

libertad del autor, de cualquier clase —obviamente, también del artista plástico—, de volver a tratar el mismo tema o idea, intelectual o artística, donde no puede ver limitado, en principio, su poder y libertad de creación. Por esa razón, el artículo 17 reserva al autor el derecho de transformación de su obra, que puede realizar él mismo o autorizar a otro (cfr. art. 21). Y la *réplica* está a mitad de camino, según dije, entre la obra original y la transformación de la misma: ambas cosas permitidas, y en exclusiva, al autor. Este, por otro lado, no puede plagiarse a sí mismo ni burlar su derecho moral al hacer la réplica, ni lesionar con ello sus demás derechos, de los que dispone de esa forma en uso de su propia libertad de creación (y de ejercicio de aquéllos).

Pero vuelve a plantearse aquí, en relación con la *réplica,* de forma más violenta incluso, el conflicto de intereses de las dos personas que tienen un derecho reconocido por el Ordenamiento sobre el mismo objeto, la obra de arte. Y aquí no se enfrentan ya el derecho de propiedad privada con el derecho de autor, sino proyecciones más amplias (incluida la económica) de uno y otro: el del museo o propietario, que puede ver devaluada su estatua o cuadro (también desde el punto de vista artístico) al dejar de ser obra única (28) con la aparición de una réplica del mismo autor (casi idéntica a aquélla), y el del autor, para quien el derecho de reproducción y el de transformación de la obra (entre los que está la réplica como figura intermedia) son derechos que la ley le reconoce en exclusiva, y además le reserva cuando vende su obra de arte. Unase a ello que el interés del autor por realizar una réplica puede ser eminentemente artístico, más que (o además de) material.

La novedad de este conflicto de intereses reside ahora en que la réplica puede lesionar los derechos del propietario de la obra (los económicos, y otros) en forma distinta y más grave que la mera reproducción, y desnaturaliza de algún modo una de las notas más típicas de la obra plástica, su unicidad y exclusividad —a lo que no atentan, en cambio, la reproducción y la transformación, sus figuras más próximas, respecto de las que no hay tal problema—.

Insisto: ¿puede el autor realizar una réplica de su propio original? No hay solución clara ni directa en nuestro Ordenamiento, y la cuestión es

(28) He aquí una interesante cuestión, próxima a los problemas de la réplica que examino en el texto. ¿Tiene el autor obligación de decir al comprador si es obra única o no una obra suya cuando la enajena? Esta cuestión se planteó y discutió en EE.UU. en el caso *Factor v. Stella,* ante la «Superior Court», Condado de Los Angeles, California (no publicada en repertorio oficial, pero de la que hay referencia suficiente en MERRYMAN-ELSEN, *op cit*, págs 502 y ss.). El Juez J T. Ryburn dijo que «el artista tiene obligación de informar al comprador de la existencia de un duplicado que pueda afectar económicamente al valor y comerciabilidad de la obra vendida» Esa decisión fue muy criticada en ambientes artísticos americanos (véase obra y lugar citados).

discutida en otros. Creo que este punto tan específico puede y debe ser abordado y quedar resuelto en el contrato de venta del original al primer comprador, previsto (por atípico) y decidido en el sentido que los interesados acuerden. A partir de ahí, si así hicieren, será cuestión de interpretación del contrato, según sus términos.

A falta de tal previsión en el contrato, la cuestión es problemática, ciertamente. La mayor dificultad reside en que la relación entre el autor y el propietario de la obra, y sus respectivas posiciones jurídicas, derivan de un contrato entre ellos (el de venta de la obra del primero al segundo), por el que éste adquiere un derecho sobre dicha obra y una posición jurídica que no pueden quedar lesionados luego gratuitamente por acto unilateral del autor referido al mismo objeto sin que la ley se lo imponga a aquél de forma clara, como limitación del derecho (de propiedad) del adquirente: la propiedad se presume libre, en principio, salvo los límites legales y las limitaciones pertinentes, y toda restricción a la misma debe interpretarse restrictivamente.

En esa tesitura, creo que se puede y debe aplicar la norma general del artículo 56.1 LPI'1987 —reserva a favor del autor de todos los derechos de explotación de la obra enajenada a tercero, entre los que cabe incluir el que ahora me ocupa— y, en consecuencia, he de concluir (y yo me inclino decididamente) por reconocer a favor del autor ese derecho a obtener la réplica de su original (29). Mas en vista de los perjuicios, varios y muy verosímiles, que de ello pueden derivar para el propietario, la efectividad de aquel derecho ha de quedar condicionada a la indemnidad del museo o coleccionista propietario. Dicho en otros términos: si de la realización de la réplica —que podrá obtener el autor en idénticos términos y con las limitaciones vistas para la reproducción, *ex* art. 14.7 LPI— se derivare algún perjuicio para el propietario del original de la obra, este último deberá ser indemnizado por aquél congruentemente.

Como consejo práctico, quizá quepa sólo insistir en que prevean y pacten las partes lo que estimen procedente sobre esta cuestión, en evitación de pleito, cuyo resultado es difícil augurar: no hay precedentes (ni en nuestro país, ni fuera, que yo sepa), y en cuestiones menos dudosas se han visto resultados más imprevisibles.

---

(29) Parece manifestarse en el mismo sentido ESPIN CANOVAS. «Las obras de artes plásticas en la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987», en *Estudios sobre Derecho Industrial,* Homenaje a H Baylos, Barcelona, 1992, págs. 339-340.

5.4. Derecho de exposición pública

Aunque la Ley de Propiedad intelectual de 1879 preveía que la enajenación de la obra de arte, salvo pacto en contrario, no conllevaba la cesión del derecho de exposición —en el mismo sentido el Proyecto de ley de 1934—, como hemos visto, el artículo 56.2 de la ley de 1987 mantiene un criterio y sienta una presunción en sentido contrario: «No obstante [lo dicho en el párrafo 1.°], el propietario del original de una obra de artes plásticas o de una obra fotográfica tendrá el derecho de exposición pública de la obra, aunque ésta no haya sido divulgada, salvo que el autor hubiera excluido expresamente este derecho en el acto de enajenación del original» (30). En el mismo sentido, la Copyright Revision Act de 1976 americana y las leyes recientes de otros países europeos (31).

Este precepto permite al propietario de la obra únicamente la exposición pública de la misma, mas no reproducirla, ni siquiera en catálogos, publicidad o guías de la exposición, sin autorización del autor —de la misma opinión, Hualde Sánchez (32)—, habida cuenta de la interpretación restrictiva en esta materia, como dije antes. De esa prohibición de reproducción se exceptúa la que el artículo 37 LPI permite hacer a los museos de titularidad pública o integrados en instituciones de carácter cultural o científico, si se realiza sin finalidad lucrativa y exclusivamente para fines de investigación —de que me ocuparé más adelante.

Para que el museo no pueda exponer la obra plástica tendría que excluirse de forma expresa en el contrato de enajenación, cosa poco verosímil cuando la compra sea directa, al propio autor, dada la finalidad institucional del museo. Este problema puede surgir en el caso en que el museo adquiera la obra a un propietario de la misma distinto del autor (o herederos, durante la vigencia del derecho de propiedad intelectual), si se ha excluido expresamente el derecho de exposición en el contrato inicial de venta (del autor al primer comprador). Esa exclusión seguirá operando para el segundo comprador, el museo, porque el primero no puede transmitir lo que él no

---

(30) «En todo caso —continúa diciendo el mismo precepto—, el autor podrá oponerse al ejercicio de este derecho mediante la aplicación, en su caso, de las medidas cautelares previstas en esta ley, cuando la exposición se realice en condiciones que perjudiquen su honor o reputación profesional». Mas esta cuestión no nos interesa ahora, por lo que prescindo de ella en el texto

(31) No regulado el derecho de exposición en la ley italiana de 1941, la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia de ese país reconocen a favor del propietario de la obra la facultad de si y cuándo puede ser expuesta al público. Para mayores precisiones, véase la «relazione» del profesor L. Sordelli: «L'opera d'arte figurativa nel diritto di autore», publicada por C A. Villalba y Delia Lipszyc en *Il diritto di autore*, 1978, págs. 25 y ss.

(32) Comentario al artículo 56, *op. loc. cit.*, pág. 864.

adquirió ni tiene (el derecho de exposición). No se olvide que se trata de un tráfico de derechos absolutos, que el contrato correspondiente «constituye» (más que transmite) a favor del cesionario, y no de meros derechos de naturaleza obligacional: con la primera venta se transmite una propiedad privada sobre el cuadro o escultura con exclusión expresa del derecho de exposición, como cuando se vende la nuda propiedad (propiedad con exclusión del *ius fruendi).* Por tanto, el museo deberá negociar luego y directamente con el autor la adquisición, de éste, del derecho de exposición que el autor se había reservado con ocasión de la primera (su) venta; y si no lo obtiene, entiendo que no puede exponer públicamente la obra de arte en cuestión (33).

6. REPRODUCCION POR EL MUSEO O COLECCION PRIVADA PROPIETARIO DE LA OBRA

Reservado al autor, en principio, el derecho de reproducción (con otros derechos de explotación) de la obra plástica enajenada al museo o coleccionista, la posibilidad de reproducirla por parte de estos últimos se presenta como residual o por cesión voluntaria de aquél. Mas hay que distinguir enseguida, y antes de pasar adelante, dos situaciones bien diferentes:

a) Mientras el autor vive o esté vigente el derecho de propiedad intelectual a favor de sus herederos o cesionarios *inter vivos.*
b) Situación después de caducado el derecho de propiedad intelectual, en los términos de los artículos 26 y ss. y 41 LPI.

6.1. Reproducción por el museo en vida del autor y/o vigencia del derecho de propiedad intelectual sobre la obra plástica

6.1.1. *Hipótesis básica, y regla general*

En este supuesto, la reproducción por el museo o coleccionista no es posible sin la autorización del titular del derecho de autor, sea el propio creador de la obra o sus herederos o los cesionarios de tal derecho por negocio *inter vivos;* todo ello de acuerdo con los artículos 17 y 18, y 43 y ss. LPI, ya conocidos. Ha de tenerse en cuenta en este punto el régimen jurídico de la transmisión de los derechos de explotación, que queda limi-

(33) Sobre el derecho del artista de controlar el uso y exhibición de su obra después de enajenada a terceros, no regulado en la *Copyright Act* de 1976 americana, cfr. Merryman-Elsen, *op cit,* págs. 399 y ss.

tada al derecho o derechos concretos cedidos, a las modalidades de explotación expresamente previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen en el contrato de cesión, así como las normas supletorias para el caso de omisión de alguno de esos datos (art. 43.1 y 2 LPI). Recuérdese también que aquello que no haya transmitido el autor a tercero en orden a derechos concretos de explotación, o tiempo, o ámbito territorial, o modalidades, queda reservado para el autor o herederos, y a ellos deberá recurrir el museo o coleccionista para obtener su autorización para reproducir la obra plástica.

Mas son cuestiones todas éstas que exceden de lo que ahora interesa, marginales para nosotros y aquí, y no debo detenerme más en ellas.

Como experiencia ajena (de un mundo rico en conflictos de esta clase y soluciones pragmáticas) me parece interesante mencionar que en la práctica museística norteamericana, cuya legalidad vigente es ahora muy semejante a la nuestra a este respecto, es frecuente que los museos, por cortesía —dice el «American Council for the Arts» (34)—, generalmente paguen *royalties* al autor por las reproducciones hechas o permitidas por el museo, excepto las hechas con fines docentes. Por las mismas razones, los editores negocian generalmente los derechos de reproducción antes de publicar (editar) los trabajos de un artista vivo. Si los derechos de reproducción son obtenidos por el editor del museo propietario de la obra del artista, el museo frecuentemente divide los ingresos obtenidos con el autor o con sus herederos. El «Whitney Museum of American Art» de Nueva York, por ejemplo, paga al autor el 50 por 100 de cualquier ingreso (*royalties,* en la terminología americana) que recibe por reproducciones susceptibles de ser enmarcadas, o las usadas para postales de Navidad o para sobrecubiertas de libros; no se suele pagar, en cambio, por diapositivas, simples postales e ilustraciones de libros. Si el autor niega su consentimiento para la reproducción, el material obtenido no suele ser usado.

Ultimamente, cada museo tiene diferentes normas internas y prácticas relativas al tipo de artículos y reproducciones por los que se pagan esos *royalties,* el porcentaje satisfecho al autor, corrección de pruebas, pagos a la viuda o herederos y otros extremos.

El «Joint Artists-Museums Commitee», un grupo de representantes de varias asociaciones de museo y de autores, ha recomendado que «deberá pagarse a los artistas americanos contemporáneos derechos y *royalties* por reproducciones [de sus obras], excepto las que tengan fines educativos; y luego, a los herederos del artista durante diez años más tras su muerte» (35).

(34) The American Council for the Arts, *The Visual Artists and the Law,* Nueva York, 1974, págs. 37 y ss. (citado por MERRYMAN-ELSEN, *op cit*, t. II, pág 398), de donde tomo estas referencias.

(35) Véase MERRYMAN-ELSEN, *op. loc. cit.*

6.1.2. *Reproducción con carácter excepcional*

Aquel principio general —necesidad de obtener autorización del autor o titular del derecho de propiedad intelectual, mientras esté vigente— tiene ciertas *excepciones,* que se justifican en el carácter limitado (límite, ahora, que no limitación, en el contexto y terminología acuñada para el derecho de propiedad privada común) del derecho de autor en aras de intereses sociales, como es la protección de la cultura y la investigación. Por ello, y en ese sentido, y precisamente en esa parte de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 (cap. II, tít. III, «límites» del derecho de autor) se regulan tales excepciones.

Habida cuenta que ahora me refiero al derecho de reproducción que compete al museo, y no interesan aquí otras excepciones, me limitaré a las que permiten a los museos y colecciones privadas ciertas reproducciones sin tener que obtener la autorización del autor (u otro titular de la propiedad intelectual). Son dos: una genérica, el llamado *derecho de cita* (art. 32), y otra específica, la del artículo 37 LPI.

6.1.2.1. Derecho de cita o de inclusión

El llamado *derecho de cita* se acomoda mejor a las obras de carácter intelectual: para ellas fue pensado inicialmente (cfr., por ejemplo, el art. 7 LPI de 1879) y en ese ámbito es de uso más frecuente e indiscutido. No está tan clara su procedencia y requisitos cuando se trata de obras plásticas, ya que respecto de éstas no resulta fácil reproducirlas parcialmente —como ocurre con uno o varios párrafos de la obra intelectual— sin detrimento de la propia obra y del derecho moral del autor (art. 14.4 LPI de 1879). De ahí que la posibilidad y régimen funcional de la cita de obras plásticas, aun reuniendo los demás requisitos, sea discutida y aun negada en otros ordenamientos.

El caso más curioso y polémico más interesante se ha producido en Derecho francés, donde la preocupación es antigua y los casos judiciales relativamente frecuentes. Una Sentencia de la Cour de Cassation francesa, Sala penal, de 19 de marzo de 1926 dio por buena y como «cita», correcta y ajustada a Derecho, la inclusión de tres fotografías de sendas obras de Rodín, de pequeño tamaño, en una historia del arte francés, no obstante tratarse de reproducciones íntegras y no parciales de aquéllas, exigencia clásica (la parcialidad) del derecho de cita. Por consistir en meras ilustraciones en una obra de carácter didáctico, y sólo tres las reproducciones —es decir, sólo una parte mínima de la producción artística de Rodín, con lo que se respetaba el requisito de la parcialidad, respecto de la totalidad

de sus obras—, pudo merecer la aprobación, justificación al menos, y no sin ciertos reparos, de DESBOIS (ed. 1950, pág. 355), en época en que la legislación francesa carecía de norma *ad hoc*.

En cambio, tras la ley francesa de 1957 —cuyo art. 41-3.° sólo admite «las citas cortas justificadas por el carácter crítico, polémico, pedagógico, científico o de información de la obra a que son incorporadas»—, la doctrina gala se ha inclinado mayoritariamente por la limitación del derecho de cita a las obras literarias y su inviabilidad respecto de las obras plásticas, para las que no cabe la reproducción «corta» o fragmentaria, que iría contra el derecho moral del autor, y si por el contrario es de la obra íntegra no puede quedar amparada por el artículo 41.3, amén de razones económicas (perjuicio de esa clase para el autor) que algunos aducen: en ese sentido, el propio DESBOIS (36), COLOMBET (37), FRANÇON, EDELMAN (38); *contra,* VIVANT (39); en idéntica y dominante posición, la jurisprudencia de ese país (40).

Nuestra LPI'1987 no sigue el patrón francés, sino la concepción del Convenio de Berna, Acta de París de 1971 (ratificado por España), artículo 10-1.° y 2.°, y la ley alemana de 1965, que también aquí nos ha servido de modelo eminente, cuyo artículo 51 («citas») dice que «en la medida que su finalidad lo requiera, será lícito reproducir, distribuir y comunicar públicamente: 1, obras aisladas ya publicadas, como inclusión en una obra científica independiente, a fin de aclarar el contenido de la misma; ...» [los núms. 2 y 3 se refieren a las citas de obras literarias y musicales], precepto que a la doctrina alemana le permite justificar sin problemas el derecho de

---

(36) *Le droit d'auteur en France,* 2.ª ed., 1966, pág. 283; 3.ª ed., 1978, pág 316, donde su conclusión es más drástica: la cita no es admisible en el terreno artístico, ya que la condición de brevedad, consustancial a aquélla, impone una reproducción parcial, de lo que resultaría una mutilación de la obra, contraria al respeto que le es debido; además, la citación artística va yuxtapuesta y no integrada, y la cita propiamente dicha exige la incorporación a la obra [de quien la hace] sin solución de continuidad.

(37) *Propriété litteraire et artistique,* París, 1990, pág. 237, donde critica la solución jurisprudencial del caso Rodín; y en Dalloz, 1984 IR 289 (coment. S. Trib. Grande Inst. París, 30 de septiembre de 1983), y en D , 1989 SC 48 (coment. S. Cour Cass. 13 de abril de 1988), donde insiste en los argumentos de DESBOIS, citados en la nota anterior.

(38) FRANÇON: *Cours de Droit de la propriété litteraire, artistique et industrielle,* París, 1985-1986, pág. 310, y en R.T.Dr. Comm., 1989-1992, págs. 238-240 (coment. S. Cour Cass. 13 de abril de 1988); EDELMAN: *JCP,* 1989, I, 3376 (coment. misma sent. ult. cit.).

(39) VIVANT: «Pour une compréhension nouvelle de la notion de courte citation en droit d'auteur», en *JCP,* 1989, I, 3372 (coment. S. Cour Cass. 13 de abril de 1988), donde apoya una interpretación abierta del artículo 41-3.° de la ley francesa y un gran liberalismo en materia de cita artística (al modo de otros ordenamientos, como el alemán).

(40) S. Cour Cass. 13 de abril de 1988 y varias sentencias de jurisdicciones inferiores, alguna citada en las notas anteriores.

cita de obras artísticas y fotográficas en términos semejantes (reproducción libre, sin autorización del autor) que para las citas literarias en sentido clásico.

El artículo 32 de nuestra ley distingue entre la cita de obra ajena escrita, sonora o audiovisual, en que aquélla sólo puede incluir fragmentos de la citada, y la de obras de carácter *plástico,* fotográfico, figurativo o análogo, en cuyo caso puede hacerse «de obras aisladas»: de cuya expresión se puede deducir de entrada que no cabe hacer reproducción (para «cita») de todas las obras de un autor, ni siquiera de la mayor parte, o incluso en menor proporción si son muchas las obras del mismo. Todo ello siempre que «la inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico». Por otro lado —requisito común a todas las citas a que alude el precepto—, «tal utilización sólo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada». Véase, en todo caso, sobre estas y otras cuestiones del derecho de cita, la doctrina especializada y comentarios de este artículo.

Por lo que aquí interesa, todo cuanto antecede quiere decir que el museo o coleccionista pueden reproducir libremente —o sea, sin autorización del titular de la propiedad intelectual— obras de arte de su propiedad (privada) siempre que lo hagan como *cita,* incluyéndolas en una obra propia, para su análisis, comentario o juicio crítico y precisamente con fines docentes o de investigación: por ejemplo, en un libro o artículo de revista que contenga un estudio de un autor o autores cuyas obras están en el museo, o para compararlos con otros.

Para el correcto ejercicio de este derecho, debe tratarse, insisto, de reproducción limitada a *obras aisladas* (no de una parte importante de las del autor citado, y esto ni siquiera con fines docentes o de investigación), y en número máximo razonable o en proporción (respecto de la totalidad de las obras del autor) justificada según el fin de esa reproducción-incorporación.

Probablemente el criterio más razonable para interpretar hasta dónde se puede llegar en el número de obras reproducibles a título de cita, y otros aspectos, lo proporciona el Convenio de Berna, Acta de París, 1971, cuando en su artículo 10 dice «a condición de que se hagan conforme *a los usos honrados* y en la medida justificada por el fin que se persiga» (frase esta que reitera nuestro art. 32): es el *fair use* de los anglosajones (41), el uso

(41) El *fair use* se halla regulado en el artículo 107 de la *Copyright Act 1976* americana, y se refiere sustancialmente al uso que se haga de obras cubiertas por derecho de autor con fines de crítica, comentario, información, enseñanza o investigación; y para determinar en cada caso particular si hay *fair use* se tendrán en cuenta cuatro criterios adicionales. fines educativos no comerciales ni egoístas, naturaleza de

leal (¿la buena fe?) que repite nuestra doctrina, y que deberá ser apreciado en cada caso concreto. La apelación que hago al Convenio de Berna no es a título de erudición o ejemplo de otros ordenamientos: no se olvide que desde su ratificación por España (año 1973) forma parte de nuestro Derecho interno, y que convive con la actual ley de 1987; su recíproca integración e interpretación coordinada resulta imprescindible.

En todo caso, no exige la ley española que las reproducciones deban ser parciales ni de pequeño tamaño —como ocurría en el «affaire Rodín», en que el mínimo tamaño de las fotografías, y ser sólo tres, pudo justificar precisamente que pudieran ser consideradas como cita y no como reproducción ilegítima—. Es más, pienso que la reproducción debe ser siempre íntegra de la obra citada, y que en caso de no serlo podría haber atentado al derecho moral del autor (art. 14.4). Habrá de constar siempre, como sabemos, en la cita, el nombre del autor de la obra utilizada citada.

No cabe la cita o inclusión de referencia en obra o para fines distintos de esos —por ejemplo, para publicidad del museo (42)—, ni siquiera, verosímilmente, para fines idénticos a aquellos para los que fue creada la obra original, como dice la ley francesa de 1957 (art. 41-2.°, para la copia privada): en este último sentido se pronuncia, repitiendo esa frase, LLEDÓ YAGÜE (43).

Aunque pueda parecer ocioso a estas alturas, no resisto la tentación de añadir que todo cuanto dejo dicho se refiere a las citas de obras plásticas respecto de las que está vivo y vigente el derecho de autor. Caducado éste y si la obra ha pasado al dominio público (art. 41), cualquier cita y reproducción de la misma en ese concepto puede hacerse libremente.

6.1.2.2. Libre reproducción de obras por parte de museos, bibliotecas y archivos

El artículo 37 LPI'1987 contiene una norma —que en términos parecidos y casi siempre más precavidos y protectores de los autores, tienen muchos ordenamientos foráneos: de USA (art. 108 Copyright Act de 1976), Reino Unido (art. 7.°, ley 1956), ley italiana (arts. 65 y ss.), portuguesa (art. 75), sueca de 1960 (art. 12), colombiana...— del siguiente tenor: «Los

---

la obra usada, la cantidad de lo usado o copiado en relación con la obra en su conjunto y la incidencia en el mercado o explotación potencial de la obra Sobre el *fair use* aplicado a las bellas artes, cfr. MERRYMAN-ELSEN, *op. cit.*, págs 201-203; y Leonard D. DUBOFF, *op. cit.*, págs. 219 y ss.

(42) Así lo dijo una Sentencia de la Cour d'Appel Paris, Sala 4.ª, de 3 de julio de 1989 (D 1990, SC 51, coment. de COLOMBET)

(43) Comentario al artículo 32, en *Comentario a la Ley*.. (Tecnos), cit , pág. 515

titulares de los derechos de autor no podrán oponerse a las reproducciones de las obras, cuando aquéllas se realicen sin finalidad lucrativa por los museos (...) de titularidad pública o integradas en instituciones de carácter cultural o científico y la reproducción se realice exclusivamente para fines de investigación.»

Es precepto demasiado abierto e inconcreto, especialmente apto para el abuso y problemas, y lo que es más grave, de dudosa compatibilidad con tratados internacionales ratificados por España (el Convenio de Berna). La doctrina especializada lo ha criticado duramente. BAYLOS CORROZA (44) dice que más que un límite al derecho de autor supone en la práctica su desconocimiento porque la reproducción que permite queda autorizada para museos, bibliotecas y archivos no sólo de titularidad pública sino también para muchos privados, lo que equivale a que cualquier institución de éstas, incluidas esas privadas, pueda realizar toda clase de copias y reproducciones de obras literarias o artísticas libremente, sin necesidad de obtener el consentimiento del autor. Por otro lado, añade, no se limita a las reproducciones destinadas a fines de la propia entidad, por lo que de hecho podrá suministrarlas a cualquiera que lo solicite, lo que deja abierto el camino para que todo interesado pueda obtener copias o reproducciones gratuitamente. Aunque parezcan un poco duros los términos de este autor y crítica, resulta difícil no compartirlos, a menos que una adecuada interpretación de la norma no corrija un tanto los excesos que pueden derivar de su lectura y valoración literal.

En cuanto a *quiénes* puedan llevar a cabo esta libre reproducción *ex* artículo 37 —por tanto, también sin autorización del titular de la propiedad intelectual—, menciona ese precepto los «museos de titularidad pública» y los «integrados en instituciones de carácter cultural o científico»: inconcreción excesiva, por cierto, para estas últimas, a cuyo efecto habrá que remitirse a las normas administrativas pertinentes para mayor precisión.

Como *requisitos objetivos,* exige el artículo 37:

a) Que la reproducción se realice «sin finalidad lucrativa». Con una interpretación más o menos literal de esa expresión parece que estaría permitido al museo realizar copias y reproducciones de sus obras plásticas y venderlas a un precio inferior al de coste, con lo que nada se lucraría aquél. Mas esa inteligencia no me satisface porque permite comercializarlas en beneficio de tercero y perjuicio del autor. Por ello, entiendo que esa finalidad no lucrativa hay que relacionarla, para su correcto alcance y justa aplicación, con el requisito siguiente y siempre en el sentido del *fair use* o uso leal

(44) «Tratado de Derecho Industrial», Madrid, 1993 (2ª ed.), págs. 592-593.

de los anglosajones, arquetipo o estándar jurídico de toda reproducción libre (como excepción al monopolio del autor).

b) Que «la reproducción se realice exclusivamente para fines de investigación»: término también demasiado lato y nuevo dato apto para el abuso o la excusa, y el aprovechamiento por desaprensivos en detrimento del autor, lo que es rechazable por injusto (y, evidentemente, no querido por la ley) y debe ser controlado y perseguido. En caso de conflicto habrá que acudir a los tribunales, que decidirán de acuerdo con los hechos y las circunstancias del caso.

Ante lo insatisfactorio de este precepto, sugiere algún autor (45) la posibilidad de que tales reproducciones se hagan con la retribución adecuada al autor y para que éste no resulte injustamente perjudicado, y aún lo ven viable de acuerdo con las primeras palabras del precepto («no podrán oponerse», sin más). Yo no lo veo tan claro, y más bien me inclino en sentido contrario, porque dada la situación de ese artículo (límite a los derechos de autor) y su propia redacción, todo parece indicar que la reproducción a que alude es libre, sin autorización ni retribución al autor —régimen general para otros casos y excepciones del cap. II, tít. III—, quien no podrá oponerse si se cumplen los requisitos dichos.

En el supuesto de que no se den tales requisitos —haya fin lucrativo, la reproducción no se realice con fines de investigación...—, no habrá «libre reproducción», no se estará en el supuesto de hecho de esta *excepción,* y procederá aplicar la regla general —necesidad de autorización del autor— o, en su defecto, se incurrirá en infracción del derecho de propiedad intelectual, con sus consecuencias: arts. 123 y ss. LPI.

Otra cosa es —y ocurrirá con demasiada frecuencia— que sin incurrir en una contravención frontal del derecho de autor, haya lugar a un ejercicio abusivo de este derecho (excepcional) de libre reproducción *ex* art. 37.

Habrá abuso de este derecho cuando el museo o la colección privada a que alude el precepto «sobrepasen manifiestamente» los límites razonables de esa facultad de libre reproducción de las obras con derecho de autor vigente, entendiendo aquí lo razonable en los términos recién dichos —además, obviamente, de la observancia de los demás requisitos del artículo 37, imprescindibles para poder hablar de *derecho,* aun abusivo; en otro caso estaríamos fuera del ámbito del abuso del derecho para incidir en abierta infracción del derecho de autor—. Habrá abuso del derecho comentado no sólo cuando se haga intencionadamente (y creo que hay tal cuando

(45) A. DELGADO: *Panorámica de la protección civil y penal de la propiedad intelectual,* Madrid, 1988, pág. 50 Parece compartir esa opinión BAYLOS CORROZA, *op. cit.,* pág 593

se esté conscientemente al borde de la «no finalidad lucrativa» o de los fines de investigación aludidos), sino con el exceso o anormalidad en el ejercicio de tal derecho, o incluso por razón de las circunstancias en que la reproducción se produzca. Se requiere también (art. 7.2 CC) que haya «daño para tercero», que aquí no es otro, en principio, que el autor de la obra, y si bien el daño será normalmente material o económico, no puede excluirse el habido en el derecho moral de autor y aun el simple daño moral (en el prestigio del autor, por ejemplo, según las circunstancias). Sería suficiente, incluso, el perjuicio cultural o social derivado para la comunidad, no ya al propio creador de la obra.

En tal caso será de aplicación lo previsto en el artículo 7.2 del Código Civil, para el abuso del derecho, en general: dará lugar a la correspondiente indemnización al autor y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso. Todo lo cual es ya puro Derecho Civil, de general aplicación, a que me remito.

Antes aludía a la dudosa compatibilidad de este artículo 37 LPI con el Convenio de Berna, revisión de París de 1971. Su artículo 9.2 dice que «se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción *no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado* a los intereses legítimos del autor». Este Convenio fue ratificado, como tengo dicho, por España el 2 de julio de 1973 y desde entonces constituye Derecho interno y está vigente. No ha sido derogado por la LPI de 1987; antes al contrario, ésta pretende adecuarse a aquél y a otros convenios internacionales sobre la materia. Siendo, como es, mucho más cauto y mejor protector del autor en este punto el Convenio de Berna que la LPI, como hemos visto, y estando ambos vigentes e integrados en nuestro ordenamiento jurídico, la compatibilidad sólo puede conseguirse, creo, interpretando el artículo 37 en forma restrictiva —particularmente con una exigencia rigurosa de los requisitos que ya conocemos y sentido estricto de los términos legales, más que del propio derecho de libre reproducción, todo lo cual es natural y muy jurídico si tenemos en cuenta su carácter de límite y excepción al régimen normal del derecho de autor—, de manera que se adecúe al espíritu del Convenio, con el que tiene que coordinarse para no contradecirse, y no se atente a la explotación normal de la obra ni se cause perjuicio injustificado al autor.

6.2. Reproducción por el museo o colección privada, una vez caducado el derecho de propiedad intelectual

En este caso hay menos problemas. La extinción de los derechos de explotación de las obras en los términos del artículo 26 LPI determinará su

paso al dominio público. Las obras de dominio público podrán ser utilizadas por cualquiera, siempre que se respete la autoría y la integridad de la obra, en los términos previstos en el artículo 14-3.° y 4.° (art. 41).

Como es sabido, el dominio público a que alude este precepto es *sui generis:* no significa que la titularidad de la obra pase al Estado, sino simplemente que se extingue el monopolio de explotación que la ley reconoce al autor, a sus herederos o cesionarios, y con ello la explotación pasa a estar a la libre disposición de todos («podrán ser utilizadas por cualquiera», dice). Una vez entrada la obra en el dominio público cualquiera puede reproducirla: también, obviamente, el museo, colección privada o simple propietario de la obra plástica. Explotación esta que se rige por los principios de libertad y gratuidad al haber renunciado el legislador español, el Estado, a cualquier tipo de percepción económica (como ocurre en otros países) en aras de la extensión de la cultura, y facilitación de la misma.

El artículo 41 sólo exige, para esa libre y gratuita explotación, dos requisitos: que se respete la *autoría* y se respete la *integridad* de la obra, derechos morales, de acuerdo con el artículo 14, apartados 3.° y 4.° El respeto de la autoría parece más fácil, pues sólo requiere la cita o mención del nombre del autor al lado de la reproducción de la obra (cosa habitual, por lo demás). Algún problema puede presentar el requisito de la integridad, que exigirá aquí que la reproducción sea de toda la obra, y no parcial —como ocurre a veces, con fotografías de parte de (y no toda) la obra de arte—. Si por razones de estudio o investigación es preciso incluir una reproducción parcial (en tamaño, perspectiva o enfoque), pienso que sólo puede quedar a salvo la exigencia de la integridad incluyendo también una reproducción *de toda* la obra, al lado de la parcial, de forma que no sufra detrimento ese derecho moral del autor.

En caso de infracción de (alguno de) estos derechos morales, que perviven tras la muerte del autor, están *legitimados para defender la protección de la obra,* de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 15, 16 y 40 LPI, *sin límite de tiempo,* la persona física o jurídica determinada en disposición de última voluntad del autor de la obra o, en su defecto, de sus herederos, y, en los supuestos en que no existan esas personas o se ignore su paradero, están legitimados para accionar contra el que realice reproducción infractora, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales y las instituciones públicas de carácter cultural. Cierto sector doctrinal (46) entiende, y comparto esa opinión, que estas últimas entidades pueden intervenir, si los herederos quedan inactivos, para proteger el interés del autor fallecido y el de la cultura, para que la obra no sea desvirtuada: tal es

(46) Véase N. PÉREZ DE CASTRO: *Comentarios a la Ley..* (Tecnos), cit., *ad* art. 41, pág. 637.

el fundamento de la perpetuidad de esos derechos y de su protección concreta.

7. POSIBILIDAD DE REPRODUCCION POR CUALQUIER PERSONA DE UNA OBRA PLASTICA DE MUSEO O COLECCION PRIVADA

También aquí tenemos que hacer distinciones:

a) Reproducción por cualquier persona *sin fin lucrativo.*
b) Reproducción *con fin lucrativo;* y aquí, a su vez, según

— esté vigente el derecho de autor, o
— esté caducado este derecho.

7.1. Reproducción por cualquier persona sin ánimo de lucro

Se trata ahora de supuestos en que se puede reproducir una obra plástica sin autorización del autor. Se presentan en nuestra ley como *límites* a los derechos de explotación (de los que ya hemos visto su justificación y algunos casos): por tanto, a título de excepción de la regla general de la conservación por el autor de esos derechos, aun enajenada la obra.

Nuestra LPI'1987 conoce para este caso *tres tipos de reproducción libre:* la copia privada, el derecho de cita y la reproducción con finalidad informativa. Las examinaré muy brevemente.

7.1.1. *La copia privada*

El artículo 31.2 LPI dice que «las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor: ... 2.°, para uso privado del copista y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa» (47). Sigue con ello nuestra ley la línea de casi todos los ordenamientos foráneos (innecesario citarlos) y del Convenio de Berna (art. 9.2, antes aludido).

Sobre la copia privada se ha escrito mucho y no creo que deba yo detenerme demasiado en ella, salvo para recordar la interesante doctrina del

(47) No preveía la «copia privada» la vieja LPI de 1879, cuyos arts 7 y 8 reservaba al autor, sin excepción alguna, el derecho de reproducción de su obra. La jurisprudencia la permitió, sin embargo, con cierta benevolencia, así como la doctrina (Baylos Corroza: *Tratado de Derecho Industrial,* Madrid, 1978, pág. 630).

fair use (eminentemente norteamericana, hoy regulada en la Copyright Revision Act de 1976, art. 107), cuyas aportaciones, sobre todo las jurisprudenciales, son muy valiosas a la hora de la aplicación de preceptos como el indicado (48). Aunque parece estar prevista esa norma pensando más en las obras intelectuales y asimiladas (casos más frecuentes de copia privada), cabe perfectamente para las de artes plásticas: tal, la reproducción fotográfica de cuadros u otras obras de arte que los aficionados o estudiosos pueden obtener para su delectación o el mejor conocimiento de las mismas.

El término *copia* puede y debe ser entendido aquí en su sentido más amplio: tanto la manual como la obtenida por procedimientos técnicos (fotografía, videografía...), ya sea en el mismo medio que el original u otro, o pasando de dos a tres dimensiones (dibujo o fotografía de una escultura) o a la inversa, etc. Y por *copista,* al que las hace para su propio uso —lo que excluye la llamada «copia privada de encargo»—, y no al que la encarga (tesis predominante, aunque discutible; en otros ordenamientos abarca ambos sentidos).

Para que el uso de este derecho sea correcto hay que insistir en el doble requisito: 1) uso privado o individual, no colectivo, de la copia (con lo cual el término *privada* se relaciona más con el uso y destino de la copia que con la obtención de la misma); 2) que no haya ánimo de lucro por parte del copista (que aquí sería la intención de obtener alguna ganancia con esa reproducción, pero no la de evitar el gasto de obtenerla como una reproducción normal).

En la ley francesa de 1957 queda excluido de la libre reproducción (como copia privada) «las copias de obras de arte destinadas a ser utilizadas para fines idénticos a aquellos para los que fue creada la obra original» (art. 41-2.°). DESBOIS dice que debería admitirse la misma solución favorable al autor respecto de toda copia de una obra de arte destinada a un aficionado, habida cuenta que el fin de la misma es procurar a éste una satisfacción estética comparable a la que proporciona el original (49). ¿Cabría aplicar aquel criterio legal francés en Derecho español, que no contempla tal excepción? Si tenemos en cuenta que desde el punto de vista legal estamos ante una cuestión de interpretación del alcance de una excepción (lo es la copia privada respecto del derecho del autor al monopolio de la explotación de su obra), y, en tal sentido, como todas las excepciones y limitaciones de derechos, en general, debe ser interpretada restrictivamente; y, sobre todo, se trata de interpretar la Ley de Propiedad Intelectual en

---

(48) Véase, junto a bibliografía más conocida, y como especialmente útil para las obras plásticas, MERRYMAN-ELSEN, *op. cit*, págs 200-204.

(49) *Op. cit*, 3.ª ed., pág 310. La misma opinión parece compartir COLOMBET *(op. cit.,* pág. 201).

congruencia con el Convenio de Berna (también Derecho interno), cuyo artículo 9.2 dice que cabe la reproducción libre con tal que «no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor»: parece razonable admitir que en nuestro país tampoco cabría la libre reproducción de obras de arte destinadas a fines idénticos a los de la obra original, lo que, por otro lado, concuerda bien con el requisito de ausencia de ánimo de lucro, que parece que lo habría si el destino de esa copia es idéntico al de la obra original (explotación por su creador).

Por lo demás, declino entrar en otros problemas y casuística, demasiado variada por la incidencia de las circunstancias posibles, en lo que me remito a las obras generales y tratamiento específico de estas cuestiones.

7.1.2. *Derecho de cita*

Tipificado en el artículo 32 LPI, a él me referí antes como posibilidad de reproducción libre por parte del dueño de la obra en vida del autor o de vigencia del derecho de propiedad intelectual. Por tener este derecho aquí, respecto de terceros (cualquier ciudadano), idéntico juego y régimen jurídico que en aquel caso, a lo allí dicho *in extenso* me remito.

7.1.3. *Reproducción con finalidad informativa*

El artículo 34 establece que «cualquier obra susceptible de ser vista u oída con ocasión de informaciones sobre acontecimientos de la actualidad puede ser reproducida, (...) públicamente, si bien sólo en la medida que lo justifique dicha finalidad informativa». Normas de este tenor hay en prácticamente todas las leyes de propiedad intelectual del mundo cultural occidental, con referencia más directa casi siempre a las obras intelectuales. Nuestra ley se halla en este orden más próxima a la alemana y suiza que a la francesa o italiana.

Los problemas de este artículo 34 son muchos y graves cuando se refiere a obras oídas, porque en este caso se interfieren la libertad de información, los derechos de la personalidad (honor, intimidad, imagen, sobre todo) y la propiedad intelectual. Cuando se trata de obras plásticas («susceptible de ser vista», dice esa norma) los problemas suelen ser menores y, sobre todo, de otro orden (eminentemente económico).

Me limitaré aquí a indicar esquemáticamente las coordenadas por las que pasa este derecho de reproducción libre de una obra plástica (es decir, sin autorización del autor ni del museo o coleccionista) que es reconocido

a cualquier persona y respecto de todas las obras, sean de titularidad pública, de museos o colecciones privadas u obra única de propiedad particular:

a) Que tenga lugar *con ocasión de informaciones* de ciertos acontecimientos: entiendo que debe tratarse de acontecimientos que tengan alguna trascendencia e interés social —en el mismo sentido, la doctrina y jurisprudencia inglesa—, sea cultural u otro: tal, con ocasión de la inauguración de un museo o exposición, o celebración de un hecho histórico que constituyera tema de una obra de arte.

b) Que sean acontecimientos *de actualidad:* que la noticia o información que da ser actual, reciente (más en sentido funcional y cultural o social que cronológico). Creo debe hacerse una interpretación amplia y elástica del término «actualidad» (50).

c) Que la reproducción *pública* sea *con finalidad informativa* y sólo en la medida que ésta lo justifique o haga necesario o razonablemente conveniente; no, desde luego, por capricho del informador. Aquí se toma en consideración el interés de otros, es decir, social, más que el individual de quien hace la reproducción.

d) La *amplitud* (cuantitativa y cualitativa) de esta reproducción libre viene dada, también, por *la medida en que lo justifique dicha finalidad informativa.* La concreción de este límite es muy difícil en abstracto, y de nuevo habrá que apelar a las circunstancias del caso y al estándar del «uso leal» tantas veces invocado para supuestos semejantes (derecho de cita, copia privada).

Unicamente la concurrencia de estos requisitos justifica la libre reproducción de la obra; en otro caso se requeriría la autorización del titular de la propiedad intelectual. Para los supuestos de infracción de la norma comentada o abuso de este derecho, me remito a lo dicho en 6.1.2.2 (libre reproducción de obras por parte de museos...).

7.2. Reproducción con fin lucrativo

Reitero la distinción antes apuntada:

---

(50) Cfr R Casas «La protección de los artistas plásticos en el Derecho español», I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual (28-31 octubre 1991). t I, Madrid, 1991, pág. 275.

7.2.1. *Caso en que esté vigente el derecho de autor*

En este supuesto se aplica la regla general: el derecho de reproducción corresponde en exclusiva al autor u otro titular de la propiedad intelectual (herederos, cesionarios), según el artículo 17 y concordantes LPI. Situación y solución que no cambia en el caso de que la obra haya sido adquirida por un museo o coleccionista privado, a tenor del artículo 56.1, que en su momento estudié.

El tercero que pretenda la reproducción con ánimo de lucro de la obra plástica propiedad del museo o coleccionista deberá, pues, obtener la autorización del autor o titular del derecho de propiedad intelectual; si ha sido cedido al museo el derecho de reproducción, de éste tendrá que recabar la autorización. Y obtenerla, para una reproducción con fin lucrativo, va a significar en la práctica, y en la mayor parte de los casos, tener que pagar alguna retribución económica al titular de ese derecho de explotación.

7.2.2. *Caso en que haya caducado el derecho de autor*

Ahora, caducado el derecho de autor, la obra pasa a ser de dominio público y, en principio cualquier persona puede reproducirla en las condiciones que previene el artículo 41-2.º, que ya vimos cuando me referí a idéntico derecho del museo o coleccionista privado.

La novedad en este caso, referido a la posibilidad de reproducción por cualquier persona de la obra caída en ese dominio público *sui generis,* radica en que la escultura o el cuadro son ahora la propiedad privada. ¿Pueden poner el museo o coleccionista alguna restricción, limitación o exigencia concreta para su reproducción (con ánimo de lucro, no se olvide) por terceros?

En este supuesto creo que procede distinguir de nuevo, según la calificación jurídica (desde otra perspectiva) de la obra de arte de que se trate.

A) *Bienes declarados de interés cultural.* En esta calificación (cfr. arts. 9 y ss. Ley del Patrimonio Histórico español de 1985) pueden estar incluidas muchas obras de relativa antigüedad (pues para haber caducado el derecho de autor deberán haber transcurrido más de sesenta años desde la muerte de su creador). Para ellas el artículo 13.2 de dicha Ley prevé que los propietarios (y titulares de otros derechos reales sobre los mismos) están obligados a permitir su estudio a los investigadores y su visita pública (es decir, a cualquier persona) en las condiciones que dice de gratuidad y cuatro días al mes, por lo menos, que se señale.

En esa situación, pienso que no se puede impedir a los investigadores

la reproducción de la obra que estudien: mal se puede estudiar y realizar un trabajo de investigación —justificación de esa permisión— sin manejar fotografías u otra clase de reproducciones de la obra estudiada, lo que incluiría la publicación del estudio o trabajo realizado. Y en cuanto a las personas que visiten el museo y la obra de interés cultural, estimo que tampoco puede vedárseles el reproducirla por estar en el dominio público y por mor de su interés cultural. Habrá que estar, en lo demás, a las normas administrativas sobre museos y sobre esos bienes, a que me remito.

B) *Bienes muebles inventariados.* El artículo 26.6 de la misma LPHE impone a los propietarios de estos bienes la obligación de permitir su estudio a los investigadores, previa solicitud razonada. Para éstos cabe repetir lo dicho —si bien, he de confesar, con menos seguridad aquí— respecto de los bienes declarados de interés cultural (posibilidad de reproducción, y por idénticos motivos). Si los bienes inventariados son expuestos al público en museo o colección privada, creo, por las razones mencionadas, que no se puede impedir al ciudadano que los contemple, el fotografiarlos (o dibujarlos o reproducirlos en otra forma de las conocidas), sin perjuicio de lo que digan las disposiciones relativas a museos públicos o las restricciones que pueda poner el coleccionista privado para fotografiar sus obras. Pero obtenida la fotografía, veo muy difícil, para esta clase de bienes también, el impedir su reproducción: sustancialmente, por estar la obra en el dominio público (derecho de autor caducado, por hipótesis).

C) *Bienes de otra clase.* En este apartado cabe incluir los bienes que no sean de los tipos y calificaciones anteriores; es decir, los de mera propiedad privada, sin más.

En principio, creo que no es posible su reproducción por un tercero sin autorización del museo o coleccionista privado, en el sentido de que el propietario puede prohibir la fotografía, la filmación o la reproducción manual, o condicionarla a ciertos requisitos o retribución o canon: ello me parece indudable, por tratarse de bienes de propiedad privada, en sentido estricto, en que el *dominus* tiene un poder exclusivo y excluyente sobre el objeto de tal derecho. Mas luego de obtenida la imagen (fotográfica o de otra clase) de la obra plástica con el permiso (o previo el pago correspondiente para obtenerla) del propietario, pienso que éste no puede ya vedar la reproducción ulterior de la fotografía o grabación videográfica hechas autorizadamente —salvo prohibición expresa o condición de no reproducirla para la obtención de la fotografía: pero esto es precisamente alguna de las condiciones a que el propietario puede subordinar la visita a su museo o colección, a que antes me refería—, ya que la obra se halla en el dominio

público, lo que comporta libertad de reproducción por cualquier persona (art. 41-2.º), regla general antes aludida.

La única limitación para la reproducción proviene, pues, del derecho de propiedad que compete al titular, quien puede mostrar o no la obra plástica, o permitir o no su fotografía o filmación, y aun subordinar esto a tal o cual requisito o precio. Mas ahí terminan sus facultades de exclusión, vinculadas al régimen jurídico ordinario del dominio. Las relativas al derecho de propiedad intelectual (reproducción de la obra de arte) no le competen, y a estos bienes y en ese orden le es aplicable la norma dicha del artículo 41-2.º LPI. Argumento válido también para la reproducción de los bienes de los tipos y apartados anteriores, implícito en el razonamiento y conclusiones a que allí llegaba.

8. EFECTOS DE LA INFRACCION DEL DERECHO DE AUTOR POR REPRODUCCION INDEBIDA DE OBRAS PLASTICAS DE MUSEO O COLECCIONISTA

8.1. Idea general. Naturaleza de la acción frente al infractor

Pienso que no quedaría completo este limitado estudio del régimen jurídico de la reproducción de la obra plástica sin hacer alguna referencia, siquiera mínima, a las consecuencias jurídicas que la infracción del derecho de autor, por reproducción indebida, comporta. Y ello quienquiera que sea el infractor, de entre los tres posibles interesados en la reproducción a que antes me he referido, con tal de que haya efectiva infracción del derecho de propiedad vigente: a ésta sola me refiero aquí, y no a la del derecho de propiedad ordinaria —también susceptible de ser lesionado, de otra forma, con ocasión de reproducción ilícita—, cuando la hubiere.

Prescindo ahora de aquellas infracciones que puedan ser constitutivas de delito, tipificadas en los artículos 534 y 534 bis del Código Penal, redacción LO 6/1987, de 11 de noviembre —o de la proyección penal del hecho ilícito—, para centrar mi atención en las de índole civil, materia regulada en los artículos 123 y ss. LPI'1987.

Observa Carrasco Perera (51), en cuanto a esas infracciones, que, habida cuenta del carácter de derecho absoluto del derecho de propiedad intelectual, las pretensiones de condena del perjuicio producido por aquéllas no son obligacionales, sino reintegradoras de un derecho absoluto (lesionado). Hay varias formas de lesionar derechos protegidos por la LPI; mas las que

(51) Comentario del artículo 123 LPI, en *Comentarios a la Ley*.. (Tecnos), cit.. pág. 1639.

interesan ahora son únicamente las resultantes del ejercicio o explotación ilícita del derecho de reproducción o de transformación que corresponde en monopolio, en principio, al autor u otro titular de la propiedad intelectual.

8.2. Legitimación y medios de reacción frente a la infracción

El artículo 123 LPI reconoce al *titular* de los derechos en ella reconocidos, sin perjuicio de otras acciones que le correspondan, tres medios de reacción frente a la lesión de su derecho: 1) el cese de la actividad ilícita del infractor; 2) la indemnización de los daños materiales y morales causados; 3) la adopción, con carácter previo, de medidas cautelares de protección urgente.

Legitimación activa. El término *titular* del artículo 123 es muy amplio, en sí y a estos efectos. Están legitimados para accionar contra el infractor:

a) En primer lugar, el autor de la obra plástica, sea el creador único (art. 1.º), los de la obra colectiva o compuesta (arts. 8 y 9) —de difícil e infrecuente presentación aquí—, o el asimilado del artículo 6.2.º (para obra divulgada como anónima o bajo seudónimo).
b) Los causahabientes m.c. de los anteriores (art. 42).
c) Los adquirentes por título *inter vivos* (arts. 43, 48 y concordantes), en los términos de estos preceptos.
d) Las entidades de gestión de los derechos de explotación por cuenta e interés de los autores u otros titulares de la propiedad intelectual, según lo dispuesto en los artículos 132 y ss.

Está *legitimado pasivamente* del derecho lesionado, autor de la reproducción (o transformación) ilícita, sea el propietario de la obra plástica (cuando no es titular de ese concreto derecho) o un tercero. Puede ser infractor incluso el creador de la obra cuando la reproduzca sin ser él ya titular de tal derecho (por haberlo cedido a otro, o al museo o coleccionista al que ha enajenado el original).

Haré ahora una breve referencia a los medios de reacción de que dispone el titular del derecho de autor lesionado frente al infractor.

8.3. Cese de la actividad ilícita

Está regulado en el complejo artículo 124 LPI'1987. La acción con ese propósito es de carácter real (por la naturaleza de esa clase, de derecho

absoluto, del derecho infringido), especie de acción (de)negatoria —en tanto que deniega y rechaza la actividad enjuiciada, no en el sentido técnico-jurídico de la acción negatoria *stricto sensu)*—, de cesación de la ingerencia del infractor. Para CARRASCO PERERA (52), por ser acción real no requiere un daño efectivo, bastando una abstracta infracción usurpatoria para su ejercicio. El plazo de prescripción —no previsto especialmente para ésta, a diferencia de la acción indemnizatoria *ex* art. 125— es el general de las acciones reales sobre bienes muebles (art. 1.962 CC). Y su objeto o finalidad puede ser doble: la terminación de la infracción y sus resultados (art. 124.1 *a), c), d), e),* y la prohibición de continuación en la situación ilícita (art. 124.1.*b).*

8.3.1. *Cesación de la actividad infractora*

Se refiere a esta medida el artículo 124.1.*a):* «la suspensión de la explotación infractora». Es la consecuencia inevitable del éxito de la acción ejercitada, y de la naturaleza exclusiva y excluyente del derecho del actor. A veces este pronunciamiento judicial habrá sido precedido por la medida cautelar homóloga del artículo 126.2 LPI. En términos muy semejantes, el artículo 502 de la americana *Copyright Act 1976,* que permite la *injunction* u orden de cese (o prohibición) temporal o definitiva «en condiciones que [el tribunal] estime razonables para prevenir o impedir toda infracción del *copyright*» (53).

8.3.2. *Prohibición de continuación de la actividad infractora*

Aludida en el artículo 124.1.*b)* («la prohibición al infractor de reanudarla»), coincide con la medida anterior, si bien ahora orientada al futuro. Tiene idéntico fundamento. Dícese de una y otra que no obliga al sujeto pasivo a ninguna concreta prestación obligacional, a pesar de su apariencia de obligación negativa, sino que la infracción de la condena de abstención supone una nueva lesión del derecho de propiedad intelectual, con las (nuevas) consecuencias pertinentes (54).

---

(52) *Op. loc. cit., ad* art. 124, pág. 1677.

(53) Sobre los efectos de la infracción del *copyright* en relación con las obras plásticas, cfr. AMY ROTH: «Copyright Remedies and the Fine Arts», en MERRYMAN-ELSEN, *op. cit*, págs. 204 y ss., donde aparecen otras referencias bibliográficas y jurisprudenciales americanas.

(54) CARRASCO PERERA, *op loc. cit.*, pág 1680

8.3.3. *Remoción y destrucción de ejemplares y medios infractores*

El artículo 124.1.*c)* habla de la «retirada del comercio de ejemplares ilícitos y su destrucción». El término *ejemplares* es muy amplio, como dije en el apartado 4, y aquí comprende los que sean resultado de una ilícita reproducción, incluidos aquellos en que la fijación en un soporte material no tiene tanto una finalidad reproductiva *per se* sino en cuanto medio técnico necesario para la comunicación pública de la obra reproducida. Ha lugar a esta medida no sólo cuando tales «ejemplares» estén en poder del autor de esa reproducción, sino en manos de un tercero encargado de su distribución. Comprenderá, igualmente, la réplica ilícita y las transformaciones que puedan merecer esta misma calificación, en los términos también vistos.

El apartado *d)* del artículo 124.1 hace referencia a los medios infractores, y prevé la «inutilización de los moldes, planchas, matrices, negativos y demás elementos...» destinados a la reproducción, y su destrucción *en caso necesario* (55). Esta última, no en términos generales, sino sólo en caso necesario. El artículo 124.2 da ocasión al infractor a solicitar que la destrucción de los ejemplares y material, si son susceptibles de otras utilizaciones, se efectúe sólo en la medida necesaria para impedir la explotación ilícita. A su vez, el titular del derecho infringido podrá pedir la entrega de aquellos ejemplares y material a precio de coste y a cuenta de su correspondiente indemnización de daños y perjuicios (art. 124.4).

La medida de destrucción es, en nuestra ley, excepcional, con esa indicación: en la medida necesaria para impedir la ulterior explotación ilícita. Aunque el artículo 124.2 la refiere a la concreta solicitud en ese sentido del infractor, me parece que debe ser casi siempre el criterio director de la decisión judicial, sobre todo por lo que concierne a la destrucción de los medios empleados para la infracción; quizá no tanto respecto de los ejemplares en que se ha concretado la ilícita reproducción, para los que habrá de tomarse en consideración el perjuicio que al creador de la obra reproducida irrogue la mera existencia de tales ilícitas reproducciones. En todo caso, el principio del menor coste de las medidas de cesación y remoción que comento —predominante en otros ordenamientos: alemán, austríaco, británico..., en mayor o menor medida (56)—, parece que debe regir en

(55) El apartado *e)* del artículo 124.1 se refiere a la remoción o precinto de los aparatos utilizados en la comunicación pública no autorizada. Creo que está previsto para el caso de infracción directa de este concreto derecho de explotación Mas quizá pudiera ser aplicable también para los casos en que se comunique públicamente una reproducción ilícita de una obra plástica, cuando tal comunicación se hace dolosa, conscientemente de la ilicitud de la reproducción y de la trascendencia de todo ello (perjuicio para el autor...), lo que hace indirectamente ilícita tal comunicación pública

(56) Datos y referencias legales más concretas, CARRASCO PERERA, *ad* art. 124, *op. loc cit.*, pág. 1683.

esta materia como principio rector, cuya aplicación concreta variará según los casos y circunstancias.

8.4. Indemnización de daños

8.4.1. *En general*

Esta consecuencia de la reproducción ilícita es, en principio, reparatoria del perjuicio sufrido por el titular del derecho de autor a causa de la infracción. Mas por tratarse la propiedad intelectual de un derecho absoluto, compete a su titular obtener la restitución de todos los provechos obtenidos ilícitamente por otro a su costa —según los criterios normativos típicos de esta clase de derechos—. Ello quiere decir que junto a la acción indemnizatoria *ex* artículo 125 parece que sea procedente también, aún no mencionada, la acción de enriquecimiento injusto frente al infractor, a cuya viabilidad aquí contribuiría la expresión «sin perjuicio de otras acciones que le correspondan» [al titular], del artículo 123 LPI, cuando alude a las acciones de cesación de la actividad ilícita y de indemnización (57).

El artículo 125 concede al perjudicado la opción, a efectos de indemnización, entre «el beneficio que hubiera obtenido presumiblemente, de no mediar la utilización ilícita», y «la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación».

a) El «beneficio que hubiera obtenido...» viene a coincidir con el clásico lucro cesante de la acción indemnizatoria común. Le son aplicables, pues, en principio, los criterios doctrinales y jurisprudencia conocida en esta materia —bastante restrictiva, en general: cfr. S. 8 de octubre de 1984, a título de ejemplo—. Díez Picazo sugiere que para el cálculo de ese beneficio se tomó en consideración la ganancia verosímilmente alcanzable de haberse mantenido el curso normal de los acontecimientos, conjugada con la ganancia

---

(57) En ese sentido, Díez Picazo, comentario art. 125 LPI, en *Comentarios a la Ley.*., cit., págs. 1695-1696.

Con referencia al Derecho comparado, me permito recordar que el artículo 504 de la americana *Copyright Act 1976* prevé, en un sistema complejo y como una de las opciones que brinda al perjudicado, percibir como indemnización, junto a los daños sufridos a causa de la infracción («actual damages»), «todos los beneficios obtenidos por el infractor e imputables a la infracción y no tenidos en cuenta para el cálculo de los *actual damages*». En cambio, en el artículo 97 de la ley alemana de 1965 es alternativa (opción del perjudicado) la indemnización por daños y perjuicios (si la infracción fue dolosa o culposa) y «las ganancias obtenidas por la infracción, mediante una liquidación detallada de tales ganancias».

real del titular del derecho vulnerado (inferior a la anterior, por hipótesis) y con la prueba de que en la diferencia o reducción del beneficio ha influido la actividad ilícita del infractor (58).

b) En cuanto a la «remuneración que hubiera percibido [el titular] de haber autorizado la explotación», especie de *damnum emergens* adecuado a este caso, deberá calcularse con datos objetivos más seguros que en el supuesto anterior, muchos posibles y dependientes de las múltiples variantes del caso (tráfico de la obra de arte reproducida, número de ejemplares originales y de los realizados, prestigio del autor, etc.).

8.4.2. *El daño moral*

Alude el artículo 125 a la indemnizabilidad del daño moral, no subordinada a la existencia y prueba de perjuicio económico; e indica las circunstancias a tomar en consideración (las de la infracción, la gravedad de la lesión y el grado de difusión ilícita de la obra). Precepto este innecesario, ya que aún no mencionado aquí el daño moral sería igualmente indemnizable. Y en cuanto a las circunstancias dichas, son sólo a título ejemplificativo, lo que no impide que pueda y deba atenderse a otras cuando resulten relevantes para la cuantificación de la indemnización.

El daño moral aludido en este artículo 125 es el habido por lesión del derecho moral del autor; y es compatible con el daño moral producido al mismo autor en sentido general (en su honor, por ejemplo) (59). Este último será reparado según las reglas generales pertinentes (LO 5 mayo 1982). Aquél será indemnizado con independencia también de los perjuicios materiales en el derecho de explotación vulnerado, si los hay (aunque no es necesario que los haya): es decir, cumulativamente, si concurren, o sólo el daño en el derecho moral si no hay perjuicios derivados directamente de la reproducción ilícita.

8.4.3. *Prescripción de la acción indemnizatoria*

Otro extremo en que difiere esta acción indemnizatoria de las de Derecho común es en cuanto al plazo de ejercicio: cinco años «desde que el

(58) *Op. loc. cit.*, pág. 1697.

(59) Una muestra más de su compatibilidad y diferente régimen jurídico de cada daño moral es el distinto plazo de prescripción de las respectivas acciones reparatorias: de cinco años para el del derecho moral (art. 125-3.° LPI), de cuatro años (de caducidad) para el daño moral en la LO 5 de mayo de 1982.

legitimado pudo ejercitarla» (frente al año de prescripción de la acción por responsabilidad extracontractual, y los quince años en la culpa contractual). El cómputo de ese plazo no difiere, en cambio, de la regla general del artículo 1.969 del Código Civil, a cuya doctrina y jurisprudencia me remito.

8.5. Medidas cautelares

8.5.1. *Idea general*

Son medidas de ejercicio y aprobación judicial, con lo que la ley de 1987 se separa de ciertos precedentes hispanos (LPI de 1879 y normas posteriores, e incluso de su Anteproyecto de 1984) y de otros ordenamientos cercanos (francés e italiano), aunque se aproxima en ese orden a los anglosajones. Las medidas previstas en el artículo 126 son casos especiales de las generales del artículo 1.428 LEC y su enunciado no es exhaustivo.

Las palabras iniciales del artículo 126 indican que estas medidas, cuya adopción debe solicitar el actor interesado, pueden ser decretadas no sólo después de cometida la infracción sino «cuando exista temor racional y fundado de que ésta va a producirse de modo inminente». Compete al Juez apreciar la «necesidad» (también requisito legal) para la protección urgente del derecho lesionado, y la inminencia de la infracción, en cuya valoración tendrán notable peso las circunstancias concretas del caso.

8.5.2. *Medidas adoptables*

He aquí, esquemáticamente, las del artículo 126 LPI, y por su orden:

a) La intervención y depósito de los ingresos obtenidos por la actividad ilícita o, en su caso, la consignación o depósito de las cantidades debidas en concepto de remuneración. Esta medida tiene clara finalidad aseguratoria de la efectividad de la eventual sentencia condenatoria y de la posible indemnización, si ha lugar. Normas complementarias de ésta, además del artículo 1.428 LEC, son el artículo 1.785 del Código Civil y el Real Decreto 34/1988. Compatible también con esta medida, las propias de Derecho común (por ejemplo, embargo preventivo, del art. 1.397 y ss. LEC, al que se parece aquélla, pero con la que no se confunde).

b) La suspensión de la actividad de reproducción, distribución o comunicación pública, según proceda. Es semejante, aunque anticipada, a la medida del artículo 124.1.*a)* LPI, que en su momento glosé.

c) El secuestro de los ejemplares producidos y del material empleado para ello. Tiene una doble función: garantizar la efectividad de la sentencia condenatoria —y de la medida del artículo 124.1.*c)* que en la misma puede decretarse—; y probatoria, para evitar la desaparición de elementos de prueba (los ejemplares producidos y los elementos empleados para ello) de la infracción cometida, para el proceso pertinente. Esta medida es igualmente compatible con otras semejantes que prevé la LEC (art. 1.428 y concordantes, ya conocidos).

En cuanto al *procedimiento,* véase el artículo 127 LPI y el tantas veces citado artículo 1.428 LEC, al que el primero se remite.

FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ
Catedrático de Derecho Civil

Breve análisis de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios

PROPOSITO DE LA REFORMA

En los últimos tiempos (último año, para ser más exactos) vienen observándose bajas generalizadas en los tipos de interés, manifestándose, en el Mercado Hipotecario en la llamada «guerra de las hipotecas», basada en unas agresivas prácticas promocionales de las entidades financieras, lo que provoca (por el juego de la ley de la oferta y la demanda) una mejora en las condiciones ofrecidas al prestatario. Con objeto de que esta baja pueda afectar a todos los préstamos hipotecarios (no sólo a los nuevos, sino también a los ya existentes), el Congreso de los Diputados, en moción de 2 de noviembre de 1993, aprobada por unanimidad, insta al Gobierno a habilitar los mecanismos para que los deudores puedan subrogar sus hipotecas a otra entidad. El Gobierno, en cumplimiento del mandato parlamentario, aprobó un Proyecto de Ley que, tramitado por el procedimiento de urgencia (y con numerosos cambios en su tramitación parlamentaria) da lugar a la presente ley (Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios), en adelante LS. La LS, que, como se verá, no es un modelo de claridad, adolece de carencias (derivadas, en gran manera, de la celeridad en su aprobación, de la complejidad técnica en su redacción y de las diversas reformas introducidas en su íter parlamentario), que, presumiblemente, va a provocar su poca aplicación práctica (salvo el caso de novación modificativa).

Dos normas cabe señalar en primer lugar:

a) ENTRADA EN VIGOR (D. Final): el mismo día de su publicación en el *BOE* (es decir, el 4 de abril de 1994). No hay *vacatio legis,*

lo que aconseja realizar lo antes posible un estudio (si siquiera por encima) de sus disposiciones.

b) DISPOSICION ADICIONAL CUARTA: Se autoriza al Gobierno a dictar cuantas disposiciones sean necesarias para la debida aplicación de esta ley. (D. Ad. 4).

Esta norma tiene un especial interés, dadas las carencias y deficiencias que se observan en la misma, que exigirán, presumiblemente, que se dicten normas de ejecución de la presente ley, y cuya importancia para determinar su aplicación práctica será decisiva.

PROPOSITO DEL LEGISLADOR.—De la moción parlamentaria de 2 de noviembre de 1993 y de la Exposición de Motivos de la Ley deducimos que el propósito del legislador es facilitar (mediante la dinamización de los mecanismos legales) y, sobre todo, abaratar lo que llama «cambio de hipoteca», es decir, la renegociación de las condiciones de las hipotecas (bien con la misma entidad prestamista, bien con otra entidad distinta), y que de esta forma se traslade a los prestatarios la bajada generalizada de los tipos de interés que viene observándose en los últimos tiempos.

Nuestro análisis va a consistir en un somero estudio pormenorizado de los términos de la LS, y de los problemas que pueden preverse en su aplicación práctica. Razones de urgencia y de extensión determinan que las cuestiones sean tratadas de forma casi telegráfica, sin perjuicio de desarrollos ulteriores más profundos. La pretensión de este trabajo es modesta: es más importante, a mi juicio, plantear ahora (con la Ley recién promulgada) las cuestiones que suscita (que como se verá, son muchas), más que resolverlos (apuntándose, a lo más, las líneas de tal solución). El estudio va a tener tres partes claramente diferenciadas:

A) El supuesto de novación modificativa.
B) El supuesto de subrogación.
C) Otras cuestiones contempladas en la ley.

A) Novación modificativa

Este es el supuesto más sencillo contemplado por la ley: el cliente (prestatario) pacta con la entidad prestamista modificación «a la baja» de las condiciones del préstamo.

Situación anterior a la Ley

El principio de fuerza obligatoria de los contratos exige que cualquier modificación de las condiciones del contrato requieran el consentimiento de ambas partes contratantes (1.254, 1.255 y 1.256 CC). El 1.203.1 del Código Civil contempla el supuesto de novación modificativa, mediante el cambio en sus condiciones principales.

En el ámbito hipotecario, debe tenerse en cuenta que en realidad lo que se inscribe del préstamo hipotecario es la hipoteca (y el préstamo en cuanto que la hipoteca es accesória a éste). Por todo ello:

A) Si tal modificación no implica un agravamiento (luego veremos este concepto) de la responsabilidad hipotecaria (por incremento, en uno cualquiera, en varios o en todos los conceptos que la integran: principal, intereses ordinarios, de demora, costas y gastos, gastos accesorios u otros conceptos), tal novación (siempre que sea una verdadera novación, y no se pretende disimular lo que en realidad pueda ser un nuevo crédito: *vid.* lo que se dirá sobre REVITALIZACION DE PRESTAMOS) no perjudicará a los posibles acreedores posteriores que pudiera haber, y en consecuencia, no planteará problemas de preferencias.

Por todo ello:

a) El acto modificativo de una hipoteca (derecho real sobre bienes inmuebles) exige documento público (1.280.1 CC, que habla de «modificación de derechos reales sobre bienes inmuebles»).

b) Habida cuenta que el préstamo hipotecario exige, de forma constitutiva, escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad (1.875 CC), toda modificación del mismo debería, en principio, revestir iguales formalidades.

c) La hipoteca es un derecho de carácter accesorio al crédito garantizado. ¿Supone ello que modificado el crédito, debe de modificarse necesariamente la hipoteca que garantiza su restitución?

— Si la hipoteca es de máximo, parece que no, siempre que la novación consista en una bajada en los tipos de interés.

— El tema es más complejo tratándose de hipoteca ordinaria (tipo de interés fijo), pues en este caso, si no se modificara la hipoteca estará garantizando un interés superior al pactado (es decir, un crédito inexistente). En este caso, creo que tampoco sería indispensable la modificación de la hipoteca, sin perjuicio de poderse instar la cancelación parcial, al amparo de lo dispuesto en el artículo 80 LH.

Igual conclusión podría derivarse del hecho de que la novación modificativa deja subsistentes las garantías prestadas (y, entre ellas, la hipoteca) a excepción de la prórroga del plazo, con relación a la fianza, salvo consentimiento del fiador (1.851 CC).

Ello no es óbice para que las partes, si así lo estiman oportuno (y parece conveniente aconsejarlo) puedan presentar tal modificación para su inscripción en el Registro de la Propiedad.

d) De lo anteriormente dicho, deducimos:

— Las normas sobre CAPACIDAD: si se modifica el préstamo (y no la hipoteca que lo garantiza), bastará la capacidad general para contratar: si modificamos, aun a la baja, la hipoteca, será necesaria la capacidad para hipotecar.

— Normas sobre FORMA:

i) La forma del préstamo, al constar ya en escritura pública, deberá revestir igual formalidad *(ad probationem),* sin perjuicio de la validez interpartes de lo convenido en documento privado y del derecho de las partes a compelerse a rellenar tales formas (1.279 CC).

ii) La forma de la modificación de la hipoteca en constitutiva (escritura inscrita), sin perjuicio de la validez interpartes de la modificación no inscrita (así STS 31 de octubre de 1986).

B) Si tal modificación implicara el incremento de la responsabilidad hipotecaria, deberá ser inscrita en el Registro de la Propiedad (al ser una verdadera ampliación de hipoteca), que tendrá carácter constitutivo.

Si existieran acreedores posteriores, deberán prestar su consentimiento (que puede realizarse anticipadamente, a modo y con los requisitos fijados para la posposición de rango, art. 241 RH). En otro caso, no podrá practicarse la inscripción, debiendo documentarse como una segunda (o ulterior) hipoteca, con los efectos consiguientes en materia de rango.

Los costes inherentes a tal novación serían:

a) COSTES BANCARIOS. Los Bancos suelen estimar que estamos ante un verdadero nuevo préstamo, y pretenden cobrar las comisiones pactadas, tanto para el caso de amortización anticipada como de apertura de nuevo crédito (a veces también gastos de estudio).

b) COSTES NOTARIALES. Al no haber aumento de responsabilidad, estimo (por analogía al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales) que:

— Si tributa por el concepto Transmisiones Patrimoniales Onerosas (es decir, no es un préstamo empresarial), no se trata de DOCUMENTO DE CUANTIA (y regido por el número 1 del Arancel, aprobado Real Decreto 1426/1989 de 17 de noviembre).
— Si tributa por el concepto de Actos Jurídicos Documentados, cabe defender que es un DOCUMENTO CON CUANTIA (núm. 2 del Arancel), al amparo de la Norma 4.ª del Anexo II del Arancel, dada su tributación.

Como esta conclusión me parece ilógica (distinto tratamiento arancelario a un mismo acto o contrato, según quien lo otorgue), estimo que debe de interpretarse el Arancel de la forma más beneficiosa para el cliente, y, en consecuencia, estimar que estamos, en todo caso, ante un DOCUMENTO SIN CUANTIA.
Si se produjera un agravamiento, se trataría de un documento de cuantía, tomándose como base el incremento de la responsabilidad.

c) COSTES FISCALES. Hemos de distinguir:

— Préstamo sujeto a ITP (es decir, el no realizado por sociedades o empresarios que tengan por objeto la actividad financiera). Acto exento (o más técnicamente, acto sujeto con base 0), al no haber aumento en la responsabilidad hipotecaria.
— Préstamo sujeto y exento de IVA y sujeto a AJD. Dados los términos del artículo 31.2 LITPAJD de 24 de septiembre de 1993, y dado que estamos ante primera copia de escritura notarial, con interés o cosa valuable, inscribible en el Registro de la Propiedad y no sujeto al Impuesto por el concepto TPO u OS, supone que deba tributar al 0,50 por 100 tomando como base el total de la responsabilidad hipotecaria.

d) COSTES REGISTRALES. Se tomará como base el total importe de la responsabilidad hipotecaria (núm. 2 del Arancel, y Norma General 1.ª, aprobado por RD 1427/1989 de 17 de noviembre).

Nueva Ley

En esta materia (a la que tan sólo se dedica el art. 9), cabe señalar:

a) AMBITO DE ACTUACION. El precepto habla de PRESTAMOS HIPOTECARIOS, remitiéndonos a lo que se dirá para el caso de subrogación.

b) ASPECTOS SUSTANTIVOS: no se produce novedad alguna en el aspecto sustantivo (ya sea en su formalización o en su registración).

c) CONTENIDO DEL ACUERDO NOVATORIO. En cuanto al contenido de la novación modificativa, la LS exige:

i) Que la novación modificativa consista en LA MEJORA DE LAS CONDICIONES DEL TIPO DE INTERES. Nos remitimos, en cuanto al concepto de mejora, a lo que se dirá para la subrogación.

ii) Conjuntamente podrá pactarse la alteración del plazo (alteración implica aumento o disminución del inicialmente pactado).

iii) Como el precepto se refiere únicamente a temas de coste, estimo que cabe incluirse, asimismo, todas las modificaciones que, no implicando agravamiento, no hagan surgir actos liquidables (variaciones del valor de tasación, del domicilio para requerimientos y notificaciones, lugar y fecha de pago...).

iv) Más discutible sería introducir nuevas (u otras) circunstancias que determinen el vencimiento anticipado del préstamo o que afecten a la ejecución (por ejemplo pactar el procedimiento extrajudicial cuando no estaba antes pactado). ¿Sería ello agravar la hipoteca?:

— Quienes entienden que agravar la hipoteca es sólo aumentar la responsabilidad hipotecaria, consideran que en este caso no hay agravamiento.

— Quienes entienden (o entendemos) que agravar la hipoteca no es sólo un criterio cuantitativo sino también cualitativo (facilitar su ejecución o aumentar los supuestos que dan lugar a la misma), en tales casos se perjudica al acreedor posterior. En consecuencia, no serían admisibles.

d) TEMA DE COSTES. Las únicas novedades se refieren al tema de COSTES (siempre que la novación modificativa se haga dentro de los términos de la LS), dado que el motivo de la misma es abaratar los mismos.

a) COSTES BANCARIOS.

— Si la novación conlleva amortización parcial anticipada, podrá, en su caso, cobrarse comisión por tal concepto (con la limitación, tratándose de préstamo a interés variable, de la D. Ad. 1.ª, que más adelante se examina).

— En otro caso:

i) Si se pactó, en la escritura de préstamo, comisión por novación modificativa (téngase en cuenta que la Orden de 12 de diciembre del Ministerio de Economía y Hacienda establece un régimen de libertad en la fijación de comisiones, sin más requisito que su comunicación al Banco de España), podrá cobrarse tal comisión, que no resulta afectada ni limitada por la presente ley.

ii) Si nada se ha pactado, el tema es más complejo. Como la LS parte del principio de libertad contractual, y dado que la Entidad prestamista no está obligada a realizar tal novación, será ésta la que determine de hecho las condiciones para llevarse a cabo, por lo que (dada la forma de actuar de las entidades financieras), parece inevitable que éstas cobren comisiones para tal supuesto, comisiones que serán libres (ya que la LS no ha establecido límite alguno), siempre que por la entidad hayan sido previamente comunicadas al Banco de España y respondan a servicios efectivamente prestados por la entidad (Circular 15/88 del Banco de España de 5 de diciembre de 1988).

Si la LS hubiera querido efectivamente limitar los costes de tal novación modificativa, hubiera sido conveniente haber limitado las citadas comisiones.

b) COSTES NOTARIALES. No obstante la dicción del apartado 2 del citado artículo, que parece considerarlo como documento de cuantía (aunque limitado en su importe), sigo pensando que se trata de un documento SIN CUANTIA, pues no parece coherente con el propósito de la Ley el incrementar el coste respecto de la situación anterior. No faltará, de todos modos, quien considere que este párrafo segundo legitime a considerarlo de cuantía. En este caso el cálculo de la base se hará de la forma que se dice para los honorarios registrales.

c) COSTES FISCALES. No plantea dudas la exención en el caso de préstamo sujeto a ITP.
Los préstamos sujetos a AJD estarán exentos si:

1.° El acreedor sea una de las entidades a que se refiere el artículo 1.° de la Ley (que luego veremos).
2.° Que la modificación se refiera a la mejora del tipo de interés, pactado o vigente. Ver, en este punto, lo que luego se dirá en

cuanto a qué es mejora. Además podrá pactarse la alteración del plazo (bien a más o a menos, al no distinguir la norma).

Aunque, en principio, la redacción del precepto parezca excluir cualquier otro cambio (a los solos efectos de obtener la exención), estimo que son admisibles otras modificaciones introducidas en el préstamo, siempre que no contengan actos liquidables (vg: cambio de fechas de pago o periodicidad en el mismo, cláusulas de seguro, distinta regulación del procedimiento extrajudicial, modificación del domicilio a efectos de requerimientos y notificaciones, modificación del valor de tasación de la finca...).

d) COSTES REGISTRALES. La base de cálculo de los honorarios se reduce, pasando de la total responsabilidad hipotecaria, a la enigmática «la que resulte de aplicar al importe de la responsabilidad hipotecaria vigente el diferencial entre el interés del préstamo que se modifica y el interés nuevo» (art. 9 *in fine* LS).
Estimo que interpreta así:

$$B = (IOV - ION) \times N + (IDV - IDN) \times n.$$

Siendo:

ION, *IOV* = Intereses ordinarios (o remuneratorios) nuevo y viejo.
IDN, *IDV* = interés de demora nuevo y viejo.
N = años garantizados para intereses ordinarios.
n = años garantizados para intereses de demora.

B) SUBROGACIÓN

Debe entenderse, en la terminología de la ley, como subrogación el cambio de la persona del prestamista, que se subroga en la posición jurídica del prestamista inicial.

Este es, sin duda, el caso más complejo, porque, como se verá, la ley introduce sustanciales variaciones, no sólo en el campo de los costes (bancarios, notariales, registrales y fiscales), sino incluso en el terreno sustantivo (por mucho que la ley pretenda minimizarlos).

Naturaleza jurídica de la subrogación

El Código Civil establece la transmisibilidad de las obligaciones patrimoniales, si no se hubiera pactado lo contrario (1.112 CC), si bien la regulación jurídica de esta transmisión lo regula en diferentes lugares, a diferencia de otros ordenamientos (francés, alemán...):

— Como subrogación de un tercero en los derechos del acreedor, como consecuencia del pago (1.158, 1.159 CC).
— Como novación subjetiva por cambio de acreedor (1.203.3, 1.209 a 1.213 CC).
— Como contrato de transmisión de créditos (1.523 a 1.536 CC).

¿Supone ello que todos los supuestos tienen una naturaleza unitaria? Parece evidente que no, debiéndose distinguir, al menos, dos supuestos radicalmente distintos:

a) SUBROGACION CONVENCIONAL o mediante pacto (1.209 *in fine* CC). Dicho pacto subrogatorio ha de existir (no se presume), pudiendo ser expreso o tácito (STS. 10 de febrero de 1990). Es una verdadera cesión de contrato, y así lo estiman las SSTS. 11 de abril de 1944, 29 de mayo de 1984 y 7 de noviembre de 1988.

b) SUBROGACION LEGAL. El pago, producido en determinadas condiciones y circunstancias, produce, además del efecto extintivo de la obligación principal, el nacimiento de una nueva obligación (independientemente de la voluntad de los interesados). 1.210.2 del Código Civil: pago hecho por un tercero no interesado en la obligación, con aprobación expresa o tácita del deudor. Es una consecuencia natural del pago, y debe ponerse en relación con el artículo 1.158.2 del Código Civil, aunque la coincidencia de ambos preceptos no sea exacta:

— 1.210.2 exige «aprobación expresa o tácita».
— 1.158.2 del Código Civil exige «no haberlo hecho» contra su expresa voluntad.

Como se deduce de ambos preceptos, la frontera de uno u otro no es nítida, a menos que pueda estimarse que el pago no hecho contra la expresa voluntad del deudor (*ex* 1.158.2) implique aprobación tácita (*ex* 1.210.2). Así la STS. de 23 de junio de 1969. El tema, en nuestro caso, no plantea problema, al exigirse que el pago de la hipoteca se haga con un préstamo dinerario concedido a tal fin por la entidad a subrogarse (art. 2.1 LS).

Además de los tipos, el Código Civil contiene un precepto excepcional en el artículo, el 1.211 del Código Civil, citado reiteradamente por la LS como mecanismo a través del cual se elabora la normativa aprobada:

— Se ha discutido por la doctrina si es un supuesto de subrogación legal (DÍAZ PAIRO) o convencional (DÍEZ PICAZO, SANCHO REBULLIDA y R. 7 de diciembre de 1950), siendo esta última consideración más concorde con los términos literales del precepto («podrá» indica que es un acto potestativo del deudor) y los antecedentes históricos el precepto.

— Dicho precepto, que supone una excepción a la exigencia general del consentimiento del acreedor (1.205 CC), tiene su origen en el Derecho francés (Edicto de Enrique IV de 1576, que pasó al *Code* Napoleón, art. 1.250.2 CCF).
— Su carácter excepcional exige que sea aplicado en sus justos términos, es decir:
  i) Se ha de tratar de crédito vencido (habla de deuda, debiéndose entenderse por tal deuda vencida, dado que el plazo se entiende establecido en favor de ambas partes, artículo 1.127 del Código Civil).
  ii) Para pagar el deudor ha de tomar prestado el dinero (préstamo en sentido propio, no siendo admisible otros contratos de financiación: apertura de crédito en cuenta corriente, crédito...). Así la STS de 27 de junio de 1989, que señala que el artículo 1.211 CC, dada su excepcionalidad, es de interpretación restrictiva, no siendo de aplicación en caso distinto del préstamo en sentido propio, como el caso del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente. Es indiferente las garantías que haya tenido que prestar para obtener el mismo.
  iii) El préstamo ha de constar en escritura pública (no siendo admisible en documento privado o en otro tipo de documento público, vg.: póliza).
  iv) En la carta de pago de la obligación primitiva, debe de hacerse constar la procedencia del dinero.

El beneficiado por el precepto no es el deudor, sino el prestamista (que antepone su situación a los acreedores anteriores al préstamo y posteriores a la obligación primitiva), y de difícil justificación dentro de nuestro sistema de prelación. La única Resolución de la DGRN que ha abordado el estudio del citado 1.211 del Código Civil es la R. 7 de diciembre de 1950, señalando la necesidad de cumplir estrictamente los requisitos que exige tal norma, como forma de prevenir posibles abusos y fraudes de acreedores posteriores (en dicha Resolución no se cumplió el requisito del pago simultáneo al otorgamiento de la escritura, pues se produjo cinco meses antes al otorgamiento de la escritura de subrogación).

Situación anterior

Refiriéndonos a nuestro supuesto concreto (préstamo hipotecario), teniendo en cuenta no sólo la normativa civil, sino también la hipotecaria, cabe concluir:

— Que el instituto de la subrogación legal (o por efecto del pago) no es ajeno a la legislación hipotecaria (así art. 118 LH y 231 y 236.*e)* RH). Como puede verse, para extender la nota de subrogación no es preciso el consentimiento del acreedor, lo cual no implica merma en las garantías del sistema, dado que el hecho del pago (elemento clave) se hace dentro de un procedimiento con las debidas garantías (el judicial sumario o extrajudicial).
Efecto de la subrogación: extinción mediante pago del crédito principal, y nacimiento de una nueva obligación entre el subrogado y el deudor, con todos los derechos anexos a la obligación primitiva, ya contra el deudor, ya contra terceros, sean fiadores o poseedores de hipotecas (1.212 CC).
— La consideración de la subrogación negocial, aun forzosa, como una verdadera cesión de contrato supone la aplicación de los artículos 149 LH y 242 a 244 RH. En todo caso, se exige que se otorgue la correspondiente escritura pública, en la que han de comparecer subrogante y subrogado (149 LH y más genéricamente, el art. 20 LH), no siendo necesario el consentimiento del deudor, pero sí su conocimiento (salvo que se haya eximido de tal requisito).

Por efecto de la cesión, el cesionario se coloca en la posición jurídica del cedente (149 *in fine* LH) con todos los derechos anexos. No se extingue la vieja obligación y nace otra (como en el caso anterior), sino que directamente se transmite la obligación.

En cuanto a COSTES, cabe señalar:

a) COSTES BANCARIOS.

a) Subrogación negocial: Al no tener que intervenir el deudor, lógicamente no se generan gastos para éste. En la práctica, como presumiblemente se hará a instancias del deudor (interesado en el cambio), este supuesto se reconduce al siguiente.

b) Subrogación legal: implica la concesión de un préstamo dinerario para cancelar otro. En términos económicos es un préstamo más una cancelación anticipada. En consecuencia:

— La Entidad cedente, la comisión por cancelación anticipada (ya que para ella finaliza el préstamo).
— La entidad cesionaria, la comisión de apertura y, en su caso, la comisión de estudio (ya que en realidad le concede un crédito para amortizar el anterior).

Precisamente, con objeto de asegurar el cobro de tales comisiones, las entidades obligan a cancelar el préstamo y constituir uno nuevo, con los

gastos que ello lleva consigo (una cancelación más un nuevo préstamo). La consecuencia es que el segundo préstamo es nuevo y no ocupa el rango del primero (caso de existir acreedores posteriores). Este inconveniente trata de obviarse asegurándose la nueva entidad de que no hay acreedores posteriores (solicitando, a tal efecto, la oportuna información registral). De esta práctica se derivan los gastos que la nueva Ley va a tratar de evitar o minimizar, sin darse cuenta de que ello ya era posible con el sistema anteriormente en vigor.

b) COSTES NOTARIALES. Al ser un contrato oneroso, la base de cálculo de los aranceles será:

— En la subrogación convencional, el importe de la contraprestación pagada por el cesionario al cedente.
— En la subrogación legal, el importe del pago subrogatorio realizado.

En ambos casos, razonablemente, será el importe pendiente de pago del préstamo y otros gastos (comisiones, gastos inherentes para la subrogación...).

c) COSTES FISCALES.

— Al ser generalmente entidades dedicadas profesionalmente a la concesión de préstamos, tributarán al 0,50 por 100 por AJD, tomándose como base el importe de la contraprestación (negocial) o del pago realizado (legal).
— En otro caso: artículo 16 LTP: se considerará como transmisión de derechos, y tributará por el tipo establecido en el párrafo *c)* del apartado 1 del artículo 11 (es decir, el 1 por 100) y tomándose como base el importe de la cuantía satisfecha para la transmisión (10.1 LTP).

¿Podría entenderse comprendido este supuesto en la exención del artículo 45.I.B.15? Es cierto que el citado precepto habla de la transmisión posterior, pero referido a los títulos en que se documenten, y en este caso, la transmisión del crédito no se hace mediante la transmisión del título representativo de la misma (la escritura no es un título valor, o un derecho incorporado a un título).

d) COSTES REGISTRALES. La base de cálculo del arancel será (al igual que en los aranceles notariales) el importe de la contraprestación o pago subrogatorio.

Como ya se ha dicho, los gastos se disparan si se formaliza como una cancelación y una nueva concesión de préstamo.

LA SUBROGACION EN LA NUEVA LEY

La nueva Ley parte de dos supuestos:

a) De carácter SUSTANTIVO. La subrogación que contempla trata de apoyarla en el artículo 1.211 del Código Civil (en parte debido a los términos de la moción parlamentaria de 2 de noviembre de 1993, que habla de «habilitar los mecanismos para que los deudores, en aplicación de los artículos 1.211 y concordantes del Código Civil, puedan subrogar sus hipotecas a otro acreedor»), que como hemos visto trata de un supuesto excepcional y, sobre todo, distinto (deuda vencida).
Ello no implica que la regulación sea totalmente nueva. Podía, a mi juicio, haberse partido del artículo 1.210.2 del Código Civil, y de él haber regulado no una simple presunción sino de una subrogación *ex lege,* cuyo *modus operandi* se tomaría del 1.211 del Código Civil por analogía. No obstante, la consideración como subrogación exige ulteriores consideraciones *(vid.* NATURALEZA JURIDICA).

b) De carácter ECONOMICO. La supuesta excelencia de la ley no lo es tanto, pues a nivel notarial y registral, una adecuada formalización de la subrogación (en los términos antes analizados) supondría idénticos costes que los que trata de introducir la ley. No así en los costes fiscales y bancarios, si bien las restricciones que introduce la LS limitará en mucho su aplicabilidad práctica.

Ello no implica que no existan NOVEDADES de gran interés:

a) En el aspecto SUSTANTIVO:

i) Parte de la consideración de que el plazo está establecido en beneficio del deudor (verdadera excepción del art. 1.127 CC).

ii) Al regular un supuesto de subrogación, yendo más allá de la simple presunción del artículo 1.210.3 del Código Civil.

iii) Posibilidad de que la propia entidad que pretenda subrogarse, si la entidad prestamista no expidiera en tiempo certificación del importe pendiente por principal, intereses y comisiones devengadas y no satisfechas, calcule bajo su responsabilidad, y asumiendo las consecuencias de su error, el importe pendiente de pago por dichos conceptos, y que, una vez fijado dicho importe, el pago de dicha cantidad produzca plenos efectos subrogatorios. Hasta ahora era necesario la intervención del acreedor primitivo, o en su defecto, caso de discre-

pancia en el importe, su determinación judicial, y si se negare a recibirlo, su consignación judicial en los términos del artículo 180 RH.

iv) El hecho del pago puede acreditarse, en el supuesto normal, por resguardo de operación bancaria que generalmente expide la propia entidad subrogada (no el acreedor), y de forma excepcional mediante depósito notarial (que es distinto de la consignación del artículo 1.176 y ss. CC).

El modelo seguido para tal novedad, tal y como indica la Exposición de Motivos, es el del artículo 153.5 de la LH, si bien el supuesto de hecho es radicalmente distinto: en éste, dicho procedimiento ha sido pactado por las partes, y en nuestro caso es *ope legis*. La analogía debe de entenderse en cuanto al *modus operandi*, nunca en cuanto a la identidad de razón.

Su carácter excepcional implica que debe de ser interpretada en forma RESTRICTIVA y sólo a los supuestos expresamente contemplados en la misma, no admitiéndose su extensión a otros supuestos, que deberán regirse por las normas actualmente en vigor.

b) En el aspecto PROCESAL, en cuanto que para ejecutar no es necesario presentar primera copia de la escritura de préstamo (unida a la de subrogación), tal y como exige el artículo 1.429 LEC, bastando Certificación Registral (6 LS).

c) En el aspecto ECONOMICO en cuanto que:

i) Limita las comisiones a percibir por las entidades prestatarias, en caso de interés variable, modificándose así el régimen de libertad de comisiones que contempla la Orden de 12 de diciembre de 1989.

ii) Por cuanto que contempla la exención del Impuesto de AJD.

NATURALEZA JURIDICA DE LA SUBROGACION REGULADA EN LA LEY

El tema más interesante, en el aspecto teórico, que presenta la LS es determinar la naturaleza jurídica de la subrogación contemplada en la misma. Refiriéndonos a los dos tipos de subrogación contemplados en nuestro ordenamiento, podemos considerar dos teorías:

a) Estamos ante una SUBROGACION LEGAL, OPE LEGIS. Esta es, *a priori*, la institución contemplada en la LS, apoyándose en el artículo 1.210.3 del Código Civil, considerando que no es una simple presunción, sino una subrogación *ope legis*.

Esta teoría presenta, a mi juicio, objeciones insalvables:

i) La subrogación legal parte de un hecho determinante: el pago de la obligación. En nuestro caso:

— Cabe que la obligación convenida no esté íntegramente pagada: basta que el ente que se subroga pague el principal, intereses (ordinarios o de demora) y comisiones devengadas y no satisfechas (art. 2.3 LS). Puede haber obligaciones dinerarias derivadas del contrato de préstamo (gastos suplidos, seguros...), que quedan fuera del importe subrogatorio.

— El efecto propio de la subrogación es la extinción del crédito primitivo (1.212 CC). Por lo dicho, estas cantidades que quedan fuera de la subrogación no quedan extinguidas, sin perjuicio de quedar fuera de la garantía hipotecaria. Serán exigibles por el procedimiento ejecutivo (al estar asumidas en escritura pública). Es decir, cabe que subsista la obligación primitiva, que no se extingue íntegramente por efecto de la subrogación.

Lo mismo cabría predicar respecto de la indemnización a exigirse por la entidad prestamista, en el caso de que la subrogación provoque un daño económico que no implique la sola pérdida de las ganancias, producido de forma directa como consecuencia de la amortización anticipada, cuyo procedimiento de reclamación viene regulado en el artículo 3.3 de la LS.

— Pero lo que es más grave, no es preciso siquiera que tal importe (que, como se ha dicho, puede no ser total) esté pagado. De los sistemas de acreditar el pago:

El sistema normal (resguardo de operación bancaria) sólo justifica que la entidad subrogada ha realizado tal operación bancaria, no que la ha recibido la entidad prestamista. El sistema excepcional (depósito notarial) tampoco garantiza el pago y, en consecuencia, la extinción de la obligación. El Código Civil contempla como forma de extinción de las obligaciones (1.156 CC) la consignación, no el depósito.

ii) El 1.210.2 exige que el pago se haga con el consentimiento expreso o tácito del deudor y, en nuestro caso, puede hacerse incluso con la oposición expresa de éste.

b) Consideración como CESION FORZOSA DEL CREDITO. Ante las objeciones que plantea la teoría de la subrogación *ope legis,* estimamos más conforme la tesis de que estamos ante una CESION FORZOSA DEL CREDITO (a modo de expropiación del mismo). A favor de esta tesis, cabe decir:

— No se plantean problemas de técnica jurídica en relación al pago, que ya no es el hecho determinante de la subrogación.
— Que el importe de la cesión es la cantidad establecida por la ley (que puede ser distinta del importe de la obligación).
— Que la no completa liberación del deudor respecto del prestamista primitivo no es un problema insalvable, siendo compatible con el concepto de cesión.
— Que el supuesto del 1.211 del Código Civil, modelo seguido por la LS, es una verdadera novación convencional (y así lo demuestran los antecedentes históricos).

ASPECTOS SUSTANTIVOS DE LA NUEVA LEY

Requisitos para su aplicación

a) *Subjetivos*

A) PRESTAMISTA. Tanto el subrogante como el subrogado han de ser entidades a que se refiere el artículo 2 de la Ley del Mercado Hipotecario de 25 de marzo de 1981.

Deben quedar fuera de su ámbito los préstamos concedidos por entidades extranjeras (al no estar incluidos en la LMH ni sometidos a la inspección del Banco de España). Ello aunque la garantía hipotecaria recaiga sobre un bien situado en España.

El FUNDAMENTO es claro: el admitirse la subrogación sin consentimiento del acreedor primitivo, y el permitirse hacer incluso la liquidación de la deuda por cuenta y a riesgo de la subrogada, aconseja que sólo sea accesible a entidades financieras sometidas a la inspección de los poderes públicos, a las que hay que presumir la seriedad, o en términos de la Exposición de Motivos, «la necesaria lealtad comercial recíproca». Admitirse a todo prestamista hubiera sido excesivamente arriesgado y perturbador.

Este requisito debe de entenderse en sus justos términos: es un simple requisito subjetivo. No se exige, además, que el préstamo a subrogar esté sometido a la Ley del Mercado Hipotecario (lo que hubiera sido extraordinariamente restrictivo).

Puede plantear dudas de interpretación el hecho de que el artículo 1 hable de «otras entidades análogas». Entiendo al respecto:

— Que no puede entenderse como vía de introducción de la aplicabilidad de la LS a otras entidades distintas de las contempladas en el artículo 2 LMH (dado su carácter excepcional).
— Que debe de entenderse en el sentido de que ambas (prestamista y subrogada) deban de estar incluidas en el citado artículo 2, es decir, la interpretación ya expuesta.
— Tampoco puede entenderse en el sentido de que una y otra sean análogas (es decir, Banco a Banco, Caja a Caja...). Cualquier entidad del artículo 2 LMH puede subrogar a otra entidad contenida en el citado artículo 2 LMH (sean Bancos, Cajas, Cooperativas de Crédito, Sociedades de Crédito Hipotecario...).

B) PRESTATARIO. Aplicable a todo prestatario, sea persona física o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, sin limitación ni excepción alguna.

Dicho prestatario (por prestatario debe de entenderse DEUDOR) es el auténtico protagonista de la LS, ya que va a ser quien va a impulsar todo el proceso subrogatorio.

Como supuestos especiales a analizar (de gran aplicación práctica) cabe señalar:

a) PLURALIDAD DE DEUDORES. Aquí cabe señalar que el proceso subrogatorio puede ser impulsado por uno cualquiera de los deudores (sean solidarios o mancomunados), si bien los beneficios que en su caso pudieran derivarse, beneficiarán a todos. En todo caso, ver lo que se dirá en OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA.

b) TRANSMISION DE LA FINCA HIPOTECADA. Aquí cabe distinguir:

— Cuando se transmita, además, la obligación personal, no ofrece dudas saber quién es el deudor.
— Si se transmite la finca hipotecada, reteniendo el comprador el importe para hacer frente a la hipoteca (art. 118 LH), asumiendo la obligación derivada de la misma, y sin que el acreedor haya prestado su consentimiento para tal subrogación (expresa o tácitamente, vg: cambiando la titularidad de los recibos), creo que podrán iniciar el proceso tanto el deudor primitivo como el comprador (deudor económico). Recuérdese que esta asunción de deuda (aunque no libere al deudor primitivo) consta en el Registro (donde constará la forma en que hubiera hecho o

convenido el pago, art. 10 LH), y tiene efectos sustantivos importantes (vg: efecto subrogatorio si paga el vendedor, art. 118.2 LH).

— Si se transmite la finca hipotecada, y no existe tal pacto de asunción de deuda: en este caso, por deudor debe de entenderse el deudor personal, no el tercer poseedor de los bienes hipotecados.

b) *Objetivos*

a) REQUISITOS DEL PRESTAMO.

1.° Ha de tratarse de un préstamo, no siendo aplicable a otros supuestos de hipoteca (reconocimiento de deuda previo con garantía hipotecaria, hipoteca en garantía del saldo de un contrato de cuenta corriente, en garantía de deuda futura, de obligación no dineraria, de precio aplazado de una compraventa...).

Es indiferente que en las obligaciones del préstamo se documenten en una cuenta corriente (cuenta de préstamo).

Los casos más dudosos son:

A) APERTURA DE CREDITO. En este caso no es un verdadero préstamo, sino un crédito, considerado como un contrato atípico, de carácter bilateral, y regulado, por analogía, por las normas del préstamo (así STS 4 de mayo de 1943).

Una primera aproximación a la LS puede hacernos creer su no aplicabilidad, dado:

i) La ley es de interpretación restrictiva, y en todos los artículos habla de préstamos.

ii) Las dificultades prácticas que puede suponer la determinación del saldo, al no constar, generalmente, los actos de cargo y abono por el acreditado en documento público.

iii) Antecedentes históricos, dado que el 1.211 del Código Civil es aplicable al caso de préstamo, no de otros contratos de financiación.

iv) Por analogía al caso del 1.211 CC (así STS 27 de junio de 1989).

No obstante las razones expuestas (de indudable peso), creemos, no obstante, aplicable la LS a la apertura de crédito, dado:

i) Incluso en el caso del préstamo, contablemente la articulación contable de la operación se hace a través de cuenta de préstamo.

ii) Porque idénticas objeciones podrían hacerse en el caso de préstamo, si el prestatario ha realizado algún tipo de amortización parcial anticipada, y no ha otorgado documento público justificativo de tal amortización (que en la práctica es insólito), o cuando la entrega del capital se haga en varios momentos separados en el tiempo.

iii) En algún precepto, la LS habla de crédito, no de préstamo, aunque tal hecho debemos considerarlo más como una imprecisión técnica (arts. 3, 5 *in fine,* 6.1...).

iv) Todo lo dicho sin perjuicio de las dificultades prácticas que para la entidad que pretenda subrogarse pueda suponer hacer por su cuenta y a su riesgo la fijación de la cantidad pendiente de pago (y que lo tendrá que evaluar al tiempo de hacerse la operación subrogatoria). A tal fin, la notificación de la voluntad subrogatoria debería implicar la congelación de la posibilidad de hacer actos de disposición por el acreditado, pues, de otro modo, si con posterioridad a la fijación del importe pudieran admitirse tales disposiciones, quedaría la entidad de crédito desamparada frente a tales actos.

B) Préstamos CON DISPOSICION EN VARIOS ACTOS (vg: préstamos a la construcción). Si las entregas se han formalizado en documento público (actas de entrega) parece lógico que se aplique la ley. Para la práctica de la nota marginal, parece lógico exigir que hayan tenido acceso al Registro las actas de entrega. No es óbice el que no se hayan hecho todas las entregas, subrogándose la entidad en la obligación de realizarlas. En este caso puede plantearse el mismo problema del caso anterior: La notificación que se haga de la voluntad subrogatoria debería suponer la imposibilidad de hacerse entregas.

C) Préstamos EN DIVISAS. Admitidos por la Orden de 27 de diciembre de 1991. No parece plantear problemas, al no exigir la ley que lo sean en pesetas. Si se ha pactado que el pago se haga en divisa, aunque el préstamo concedido por la entidad que pretenda subrogarse sea en pesetas, no impide que el pago subrogatorio deba hacerse en divisas (debiéndose la entidad encargarse de su conversión). Todo ello sin perjuicio de que si por efecto de variaciones en el tipo de cambio, el principal pendiente de pago (en pesetas) exceda del tope fijado a efectos hipotecarios, la entidad subrogada deje sin cobertura hipotecaria dicha diferencia.

D) Préstamo TITULIZADO. Este es uno de los grandes interrogantes de la LS.

La movilización de los préstamos hipotecarios es uno de los medios más eficaces para obtener financiación por parte de las entidades prestamistas, quienes acuden al mercado secundario de valores a fin de obtener recursos (generalmente más baratos que el mercado bancario).

La Ley 2/1981 de 25 de marzo del Mercado Hipotecario (en adelante LMH), desarrollada por el RD 685/1982 de 17 de marzo (en adelante RMH) contemplan tres clases de títulos:

a) Cédulas hipotecarias. Especialmente garantizadas (es decir, además de la garantía del patrimonio universal del emisor) con las hipotecas que, en cualquier tiempo, consten inscritas a favor de la entidad emisora, sin necesidad de inscripción registral (art. 12 LMH).

b) Bonos hipotecarios. Especialmente garantizados por los créditos hipotecarios especialmente afectados en la escritura de emisión, lo que se hará constar en el Registro por nota al margen (art. 13 LMH).

c) Participaciones hipotecarias (art. 15 LMH): dan derecho al partícipe a participar en uno o varios créditos hipotecarios de su cartera, tomándose nota al margen en el Registro de la Propiedad.

Como procedimiento para movilizar activos hipotecarios, se dicta la Ley 19/1992, de 7 de julio, de Fondos de Inversión y Titulación Hipotecaria, definidas en el artículo 5 como entidades sin personalidad jurídica, constituidos como patrimonios separados y cerrados, integrados:

— Activo: participaciones patrimoniales.
— Pasivo: valores emitidos en cuantía y condiciones financieras tales que el valor patrimonial neto del Fondo sea nulo, y representados necesariamente en anotaciones en cuenta.

El principio que apoya tales emisiones es la existencia de una cartera estable de créditos. ¿Implica que, en tales casos, no cabe aplicar la LS?

a) A favor de la NO APLICACION de la LS, cabe señalar:

i) Los posibles perjuicios que pudieran derivarse a los tenedores de los mismos.

ii) La supuesta falta de legitimación de la entidad prestataria (ya que el inversor final, en términos económicos, es el tenedor del título).

b) A favor de la aplicación, sin desconocer los perjuicios que pudieran inferirse a los tenedores de tales títulos (y que se tratarán al final, al hablar del juicio crítico de la LS), cabe señalar:

i) Que la titulación no implica el cambio de titularidad activa del crédito, que sigue siendo la entidad emisora, única que puede realizar los actos de cumplimiento, defensa y ejecución del citado crédito hipotecario.

ii) Que aunque el interesado económico es el tenedor, el acreedor jurídico es la entidad emisora.

iii) Porque, en todo caso, la entidad emisora responde ilimitadamente con todos sus bienes, lo cual nos indica el carácter anejo de la garantía.

iv) Porque igual consecuencia se producía ya en caso de amortización anticipada (previsto 61.3 RMH para el caso de participaciones hipotecarias).

v) Porque el hecho de la titulación es desconocido por el deudor (a quien no se le comunica tal extremo).

vi) Y, sobre todo, porque el artículo 46.3 RMH lo dice así, al disponer que en ningún caso podrá resultar perjudicado el deudor hipotecario por la emisión de títulos a que se refiere la LMH (es decir, los tres tipos).

E) Préstamo CONCERTADO (especial aplicación a préstamo subvencionado: Viviendas de Protección Oficial, especialmente). Tanto el Estado como las Comunidades Autónomas tienen establecidos convenios con entidades crediticias, de forma que la Administración subvenciona los intereses de los préstamos para financiación de VPO, a fin de que el coste efectivo para el prestatario sea el convenido.

¿Es aplicable a estos préstamos la LS? La respuesta no puede ser igual para todos los casos:

— En caso de novación modificativa, el verdadero beneficiario sería la Administración (ya que se comprometió a pagar la diferencia entre el tipo pactado y el concertado). Sólo si la baja de tipos deja el nuevo tipo por debajo del efectivo pagado, beneficiaría al prestatario.

— Si la Administración se limita a subvencionar, sólo sería, en principio, razonable subrogar a otra entidad cuando el tipo resultante fuera interés al concertado (en cuyo caso, el verdadero beneficiario sería la Administración, que dejaría de pagar la subsidiación). Si a su vez la entidad subrogada tuviera concierto, podría ser de aplicación el suscrito por la nueva entidad (si cumple los requisitos y está dentro de los límites exigidos por este concierto).

Por todo lo expuesto, no parece razonable que en estos préstamos concertados vaya a tener aplicación práctica la LS, con el perjuicio que ello pueda suponer (en términos de coste) a la Administración, que parece deberá promover una política de fomento de las novaciones modificativas.

2.° Ha de tratarse de préstamos CON INTERES (al exigirse que la subrogación mejore las condiciones de interés). Sería admisible, no obstan-

te, su aplicación a un préstamo sin interés, si se pacta interés de demora (si se mejoran las condiciones de éste).

3.° Es indiferente que se trate de préstamos con interés fijo o variable (no a efectos de costes bancarios). A tal efecto, a los efectos de esta LS, y siguiendo el criterio de la Exposición de Motivos (que no se recoge, inexplicablemente, en el articulado):

Por préstamos a INTERES FIJO entendemos todo aquel cuyo interés no varíe a lo largo de la vida del préstamo. Englobo dentro de este tipo el préstamo concedido a un empleado, con tipo fijo, pactándose que, caso de dejar la entidad, sufrirá otro también fijo. Aquí se da un doble tipo fijo, con una condición resolutoria del primeramente fijado.

Por tipo de INTERES VARIABLE entiendo todo aquel que sufra o pueda sufrir variaciones en la vida del préstamo, bien porque se fijan varios tipos ya determinados o fijos para ciertos períodos, bien porque está indicado a determinado índice, o bien por seguirse soluciones mixtas (un período a tipo fijo y otro indiciado).

4.° Es aplicable a préstamos suscritos antes de la entrada en vigor de la ley como a los suscritos después.

5.° Es indiferente que el préstamo no contemple la posibilidad de amortización anticipada (art. 1.2 Ley).

Cabe distinguir dos supuestos:

— Que nada se hubiera pactado respecto de la posibilidad de amortización anticipada: el 1.2 LS admite la amortización anticipada en este caso. Ello implica una excepción a la regla del artículo 1.127 del Código Civil de que el plazo se considera establecido en favor de ambas partes, considerándose que está establecido en favor del deudor.

— Y si se hubiera pactado expresamente la no posibilidad de amortización anticipada. Estimo que también sería admisible, tratándose de amortización subrogatoria (dado que la subrogación, o más técnicamente, cesión forzosa, se produce *ex lege,* y por efecto del pago). No en los demás casos que no impliquen subrogación.

6.° ¿Puede excluirse convencionalmente la subrogación? (importante con relación a los préstamos que se suscriban con posterioridad a la LS).

— Tratándose de subrogación convencional (cesión voluntaria de créditos) es evidente que sí, dado que los términos del artículo 1.112 del Código Civil.

— Tratándose de la subrogación contemplada LS, el tema es más com-

plejo. La cuestión es análoga al planteado por la doctrina para la exclusión del pago subrogatorio. Estimo que en el caso general del 1.210.2 del Código Civil cabe tal exclusión (dado que la subrogación sólo se presume). En nuestro caso (LS), dado que la subrogación (o cesión forzosa) se produce *ex lege,* parece claro que es independiente de la voluntad de las partes, y por tanto no cabe excluirse voluntariamente su aplicación.

b) REQUISITOS DE LA SUBROGACION.

1.° La subrogación ha de realizarse mediante el pago en DINERO (no dice pesetas, por lo que puede hacerse incluso en divisas, si así se hubiera pactado) a la entidad acreedora, obteniéndose dicho importe mediante la concesión a tal fin de un préstamo por parte de la entidad que pretenda subrogarse (préstamo afectado), y tal propósito exclusivo debe constar en la escritura (art. 2.1 LS). No es admisible que el préstamo sea otorgado en documento privado, o en documento público distinto de la escritura (v.gr.: póliza intervenida por Corredor de Comercio). El fundamento es análogo al del artículo 1.211 para el caso de cambio de deudor (precepto que, como se dijo, es excepcional en nuestro ordenamiento).

2.° Ha de tener por OBJETO EXCLUSIVO la mejora en las condiciones del tipo de interés, tanto ordinario como de demora, inicialmente pactado o vigente (art. 4 Ley).

El elemento ESENCIAL es que con ello se mejore la situación del prestamista, bien en el interés ordinario (o remuneratorio), bien en el interés de demora (o indemnizatorio o penitencial), o en ambos al mismo tiempo.

CONCEPTO DE MEJORA. Hemos de distinguir:

a) Tratándose de tipos FIJOS, el tema no plantea dificultades. Deberá acreditarse que el nuevo tipo es inferior.

b) El tema es más peliagudo tratándose de INTERES VARIABLE. Así:

i) No plantea dudas si los tipos para los diferentes períodos están ya fijados.

ii) Tampoco plantea dudas si se dice que será inferior en «x» puntos al fijado de conformidad con lo pactado en el préstamo.

iii) Si se indicia con arreglo a índice, tampoco plantea dudas si, manteniéndose el mismo índice, se fija un diferencial inferior.

iv) Pero es imposible saber si se mejora en el caso de que el nuevo índice sea distinto del primeramente establecido, al ser magnitudes heterogéneas y de imposible comparación. ¿Supone

ello que, en tal caso, no es de aplicación lo dispuesto en la ley? A tal fin, hemos de señalar:

— Una primera teoría defiende que el concepto de «mejora» ha de ser apreciada y juzgada por el prestatario, bastando que en la escritura se diga que la subrogación implica mejora en el tipo de interés. Esta es la opinión que están manifestando los asesores de Bancos (así, la Circular 551 de la Asociación Española de Banca Privada, de 12 de abril de 1994, que señala que basta una mejora en el TAE) y los técnicos del Ministerio de Hacienda (a fin de conceder la exención).
— Pero esta teoría no puede ser admisible sin más, dado lo excepcional del procedimiento regulado en la LS y de los posibles perjuicios que pudieran causarse a los acreedores posteriores. A tal fin, habríamos de distinguir:

Si no existen acreedores posteriores al tiempo de presentarse la escritura de subrogación en el Registro: basta el juicio del prestatario.

Pero si existen, hace falta que en ningún caso se perjudique o puedan perjudicarse los derechos de tales acreedores (siendo en este punto de extrema importancia el juicio del Registrador). En todo caso es preciso que no se aumente ninguna (con que aumente una, aunque bajen las otras, existirá perjuicio) de las distintas partidas que integran la responsabilidad hipotecaria. Así si se garantizaban tres años de interés fijo al 10 por 100 y se pasa a garantizar tres años de intereses variables (primer período 7 por 100), aunque las condiciones sean aparentemente (y posiblemente mejores en la práctica), pero se fija un máximo a efectos hipotecarios del 15 por 100, existe tal perjuicio.

3.° Debe excluirse cualquier modificación distinta de la mejora en el tipo de interés. En consecuencia:

i) No puede modificarse (siendo el préstamo en pesetas o en divisas) en el otro supuesto, ni siquiera cambio de divisa.
ii) No se puede modificar el plazo, ni para ampliarlo ni para reducirlo (que sí se permitía en la novación modificativa).
iii) No se puede modificar la periodicidad en el pago de los intereses y de la amortización, ni tan siquiera el día de pago.
iv) No se puede modificar el sistema de determinación del saldo (pactándose ahora, por ejemplo, que pueda hacerse por Certificación expedida por la entidad acreedora).
v) No puede variarse el valor de tasación a efectos de subasta.

vi) No se puede exigir un seguro u otra obligación no previsto en el primer contrato.

Por el contrario, estimo que no quedan incluidas (por propio sentido común):

i) Cambios en el lugar del pago (por su propia naturaleza). El pago deberá hacerse ahora en el domicilio de la acreedora, o en el lugar que ésta designe.
ii) Cambios derivados del cambio de legislación (vg: procedimiento extrajudicial). Lo que no cabe es pactar tal procedimiento cuando antes no estaba contemplado.
iii) Cambios en el domicilio fijado para requerimientos y notificaciones (que puede ser variado por el deudor en cualquier momento).

Cabe hacer una CRITICA PRACTICA a esta rigidez, lo que provocará problemas y será un obstáculo para la aplicabilidad de la ley, dado que cada entidad tiene un aparato contable e informático, y será complicado el que deban de ajustarse al sistema pactado por otra entidad. Por ello, parece que se impondrá, tras practicar la subrogación (con arreglo a los requisitos vistos), que se otorgue posteriormente una NOVACION MODIFICATIVA (con arreglo a esta misma ley), que permita introducir tales modificaciones, pero que conllevará gastos que bien podían haberse evitado, excluyendo las rigideces apuntadas. Tampoco veo obstáculo alguno para que tales dos actos, perfectamente separables (subrogación, novación modificativa) se contengan en un solo documento, y sin perjuicio del trato diferenciado de una y otra.

c) *Procedimiento para llevarse a cabo la subrogación* (arts. 2, 4 y 5 de la Ley)

1.° *BUSQUEDA*. El deudor prestatario (verdadero protagonista de la LS) se dirige a una o varias entidades, a fin de tratar de obtener mejores condiciones para su préstamo.

Aquí tendrá gran importancia la labor publicitaria de las entidades a fin de tratar de fomentar tales subrogaciones. A este efecto deben de tenerse en cuenta:

— Los límites impuestos por la normativa publicitaria (en particular Ley 34/1988 de 11 de noviembre, General de Publicidad, y en concreto, los que tratan de reprimir la publicidad engañosa (arts. 3.*b)* y 4).

— Los límites derivados de la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y las derivadas (una vez que se haga la correspondiente trasposición) de la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993 sobre Cláusulas Abusivas en los contratos celebrados con consumidores (plazo fijado para tal incorporación: 31 de diciembre de 1994).
— Y por último, los límites a las prácticas colusorias derivados de la Ley 16/1989 de 17 de julio de Defensa de la Competencia.

2.° *OFERTA VINCULANTE.* La entidad dispuesta a subrogarse presentará al deudor una oferta vinculante, en la que constarán las condiciones financieras del nuevo préstamo hipotecario (2.1 LS).

El concepto de oferta vinculante nace en el Proyecto de Orden Ministerial sobre Transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, en cuya elaboración está realizando el Ministerio de Economía y Hacienda, que regula su contenido. Dicha fórmula es recogida por LS, que ha sido aprobada antes que la citada Orden, pero cuyo texto es interesante tener en cuenta a efectos interpretativos.

a) DURACION. No dice el precepto, y es grave la omisión, la duración de esta oferta vinculante, ya que ésta no puede ser indefinida (dada la variabilidad del mercado). Se estará a lo que la propia entidad diga, y si nada dijera, la fijación de la duración la harán los Tribunales, al amparo del artículo 1.128 del Código Civil.

b) El concepto VINCULANTE debe de identificarse con el de IRREVOCABLE, de forma tal que la entidad no puede revocar la misma durante su plazo de vigencia. Lo que es necesario es que en dicho plazo sea aceptada, aunque sea conocida con posterioridad (dado el carácter mercantil de los préstamos, es de aplicación el art. 54 CCo, y no el 1.262 CC).

c) El concepto vinculante estimo que es compatible con el de oferta CONDICIONADA, aunque en principio parezca que ambos conceptos deban de ser incompatibles. Así es posible que tal oferta quede condicionada:

— A que el valor de tasación de la finca sea superior a un tanto por ciento del préstamo.
— Cambios de valoración o destrucción de la finca hipotecada.
— Que al tiempo de formalizarse la subrogación no haya créditos preferentes.
— Que la situación económica del deudor no sufra menoscabo con posterioridad (suspensión de pagos, embargos, circunstancias que afectan a la solvencia del deudor...).

— Cualquier otra causa que dé lugar al vencimiento anticipado del crédito.

El no admitir tal condicionamiento obligaría a que, producida la aceptación, si acaeciesen tales circunstancias, habría de concederse el crédito para, de forma inmediata, proceder a resolver el contrato, lo cual es, indudablemente, un contrasentido.

d) FORMA. Tampoco dice nada de la forma, pero debe entenderse que deberá revestir forma escrita (a efectos de su posterior comunicación a la entidad prestataria).

e) CAPACIDAD. Dicha oferta vinculante debe hacerse por persona con facultades bastantes para conceder el préstamo en cuestión, lo cual sería interesante constará en la misma (con expresión del poder del que resultan sus facultades), siendo de especial interés las normas que sobre el factor notorio establece el artículo 286 CCo.

f) CONTENIDO. Por condiciones financieras deben entenderse las relativas a los tipos de interés, tanto ordinarios o de demora, único punto al que puede referirse la subrogación (y en su caso, las disposiciones antes citadas). Lógicamente no se referirá al importe del préstamo que, por el momento, es (o puede ser) desconocido.

g) RECTIFICACION DE LA OFERTA. Si se advirtiera error en la oferta, dado su carácter VINCULANTE, parece que no cabe su rectificación, salvo que, transcurrido el plazo fijado, no fuera aceptada, en cuyo caso se entenderá como nueva oferta.

h) LEGALIDAD DE LA OFERTA. ¿Cabe excepcionarse por la entidad prestamista la falta de legalidad de la oferta emitida por la entidad que pretende la subrogación (por ejemplo: se contienen variaciones en el plazo o comisiones no permitidas)?

La LS no contempla este supuesto, y tal oposición tiene difícil encaje dentro del automatismo previsto en la LS, que parece permitir que siga el íter subrogatorio. Si la entidad prestataria no expide certificación, la expedirá a su riesgo la entidad subrogada, y se consumará la subrogación.

i) COSTE DE LA OFERTA. La LS no dice nada al respecto, ya que la relación cliente-entidad subrogada no es regulada por la LS (y donde rige, en consecuencia, el principio de libertad de contratación). No obstante, es evidente que la formulación de tal oferta va a suponer un trabajo importante a las entidades de crédito. Por ello es previsible:

— Alguna entidad ya ha anunciado que va a cobrar comisión por el hecho de formular tal oferta vinculante (a modo de comisión de estudio).

— Otros lo englobarán dentro del concepto gastos de estudio del crédito subrogatorio (con el problema de que, emitida la oferta, no se lleve a buen término la subrogación). En este caso se quedarían sin cobrar.

Tal comisión que, previsiblemente, se va a cobrar se justifica:

— Para compensar el trabajo que ello va a suponer.
— Como forma de vincular al cliente.
— Para evitar que cada cliente solicite ofertas vinculantes a todas y a cada una de las entidades, y repita tal petición reiteradamente.

Además, para emitir tal oferta, parece aconsejable llevarse a cabo diversas actividades que implican costo (información de la situación registral, tasación...), que se cobrarán, como gasto por cuenta del cliente, con independencia de la comisión.

La LS nada dice al respecto, por lo que será de aplicación la libertad contenida en la Orden de 12 de diciembre de 1989, siempre que se notifique al Banco de España. Esta comisión, previsiblemente, provocará una limitación práctica a la entrada en vigor de la LS.

3.° *ACEPTACION DE LA OFERTA.* Supone el cierre del círculo oferta-aceptación.

a) NATURALEZA JURIDICA. ¿Supone esta aceptación la perfección del contrato a que se refiere el artículo 1.262 CC? ¿Quedan ya las partes vinculadas por los términos de la oferta y aceptación?

Del examen de la LS es evidente que no (para empezar, cabe enervación). En consecuencia, la naturaleza de tal oferta y aceptación debe considerarse como un pacto *in contrahendo* (y no el verdadero y definitivo contrato). En consecuencia:

— Las partes se obligan a llevar a cabo los actos necesarios para culminar la subrogación.
— En caso de no llevarse a cabo por causa imputable a una de las partes, deberá indemnizar los daños y perjuicios sufridos.
— Por causas válidas que permiten desligarse de lo convenido, cabe señalar, cuanto menos, el supuesto de enervación y el de disconformidad razonada (por ejemplo, cambio de circunstancias).

b) CAPACIDAD. El deudor ha de tener facultad para contratar, dada su naturaleza de pacto *in contrahendo.*

c) Ha de ser PURA Y SIMPLE, ya que, en otro caso, se considerará como una contraoferta.

d) FORMA. No se requiere forma expresa, aunque, dado que la oferta es escrita, debería de revestir *(ad probationem)* igual forma, aunque no hay obstáculo para admitir la aceptación tácita (sin perjuicio de la prueba de tal aceptación).

e) PLAZO. El fijado por la oferta, y en defecto de ésta, el que fijen los Tribunales, *ex* artículo 1.128 CC.
Lo importante es la aceptación, no el conocimiento en plazo por la entidad oferente (54 CCo, y no 1.262 CC), dado el carácter mercantil del préstamo. Si se hiciera fuera de plazo, sería válida si es aceptada por la entidad que pretenda subrogarse (que no estará vinculada a aceptarla).

f) EFECTOS DE LA ACEPTACION:

— Supone un pacto *in contrahendo,* como se ha dicho.
— La aceptación por el deudor implica autorización a la entidad que pretenda subrogarse para que lo notifique a la entidad prestataria, y le requiera para que, en el plazo máximo de siete días naturales, certificación del débito del deudor por el préstamo en el que se ha de subrogar (1.2 LS).

4.° *NOTIFICACION A LA ENTIDAD ACREEDORA.* No se exige forma para tal notificación y requerimiento, entendiéndose que puede hacerse en cualquiera que permita tener constancia de la fecha de la entrega (notarial, carta con acuse de recibo, telegrama, entrega personal con firma del recibí, télex, telefax...). Todo ello sin perjuicio de la utilidad de que tal notificación se haga en forma fehaciente (máxime para el caso de que no se expida Certificación, para evitar dudas en cuanto a la aplicabilidad de los supuestos de subrogación).

5.° *EXPEDICION DE LA CERTIFICACION POR LA ENTIDAD PRESTAMISTA.*

a) CAPACIDAD. Ha de ser expedida por persona con facultades suficientes, pues, de otro modo, podrá ser tenida por no hecha (a salvo de lo dicho para el factor notorio).

b) CONTENIDO. Ha de contener el importe del débito por razón del crédito, incluyéndose, en consecuencia:

— El saldo vivo pendiente por principal.
— Intereses (ordinarios o de demora pendientes de pago, devengados y no satisfechos).
— Comisiones (en especial, comisión de cancelación, dentro de los límites de la LS). Incluye todo tipo de comisiones pactadas:

comisión de mantenimiento, de cancelación, de subrogación y cualquier otra pactada en la escritura de préstamo.

Además, dado que el préstamo devenga intereses diariamente, deberá consignarse la salvedad del devengo hasta el día del efectivo pago (siendo conveniente, por simplicidad, fijar los intereses diarios que devenga la citada deuda).

La fijación del importe es uno de los principales defectos que puede predicarse de la LS. En efecto, dicha Certificación sólo puede contener tales conceptos, pero puede ser que tales conceptos no agoten la totalidad de la deuda. Así:

— Tratándose de cuentas de crédito, los excedidos de disposición.
— Puede haber deudas por otros conceptos (seguro, pagos hechos por cuenta del prestatario, escrituras, compraventa anterior...) que quedarían fuera de dicho importe subrogatorio, y que quedarían desprovistas de la garantía hipotecaria (aunque estuvieran cubiertos por la responsabilidad hipotecaria por el concepto de otros gastos o gastos accesorios).

En ambos casos, y cualquiera otro análogo, la subrogación implica la extinción de la obligación primitiva, todo ello sin perjuicio de que pudieran hacerse efectivos por procedimiento ejecutivo ordinario.

c) FORMA. Lógicamente, deberá ser escrita.

d) PLAZO. Siete días naturales desde su recepción. El plazo es de emisión, no de recepción.

e) RECTIFICACION DE LA CERTIFICACION EXPEDIDA. Cabe pensar que la Certificación expedida no lo haya sido correctamente, bien:

— Porque fue realizada por persona que no tenía capacidad suficiente.
— Porque es erróneo el cálculo realizado.

La LS no prevé el supuesto. A tal fin entiendo:

— Que si se ha culminado ya la subrogación, no cabrá su rectificación, sin perjuicio, en su caso, de ejercitar una acción de enriquecimiento (en su caso) contra el prestatario, por el procedimiento declarativo correspondiente.
— En otro caso, si queda acreditada la realidad del error, parece que debe admitirse tal rectificación, habida cuenta que, a diferencia de la oferta, no se predica el carácter VINCULANTE a tal Certificación.

SI NO SE EXPIDE EN PLAZO LA EXPRESADA CERTIFICACION, O NO REUNE LOS EXIGIDOS REQUISITOS. En este caso, la entidad que pretenda subrogarse calculará, bajo su responsabilidad, y asumiendo las consecuencias de su error (que no serán repercutibles al deudor) el importe de la deuda (por principal, intereses —ordinarios y de demora— y comisiones devengadas y no satisfechas).

Este precepto no es imperativo (no obstante lo terminante de su redacción), de forma que la entidad puede esperar a que tal Certificación le sea expedida, no asumiendo así los riesgos inherentes al cálculo por su cuenta.

Esta es la verdadera INNOVACION que introduce la ley, justificada en la «lealtad comercial recíproca», en expresión de la Exposición de Motivos.

6.° *ENERVACION POR LA ENTIDAD PRESTATARIA.* La entidad prestataria podrá enervar la subrogación si, en el plazo de quince días naturales a la notificación de la Certificación, formaliza con el deudor novación modificativa del préstamo hipotecario.

Se da una última oportunidad a la entidad prestamista. En la práctica, la presente Ley lo que puede suponer es una vía de presión a la entidad prestamista para que suscriba (o para incitarle a suscribir) una novación modificativa. Este no exige que se adecúe el préstamo a las condiciones ofrecidas por la nueva entidad. Cualquier modificación (mejor o peor que ésta) enerva por sí la subrogación, sin perjuicio de poder volver a iniciar el proceso, una vez inscrita la novación.

a) NATURALEZA DE LA ENERVACION. La enervación no implica un derecho de tanteo, ni tampoco es un derecho facultativo concedido a la entidad prestamista.
Su fundamento es la protección del deudor, ya que sólo procederá enervación si en el plazo fijado se suscribe una novación modificativa (que tiene que consentir el deudor). Se pretende con ello facilitar el que pueda obtener unas condiciones aún más favorables de su acreedor.

b) PRESUPUESTO DE LA FACULTAD ENERVATORIA: La expedición de la Certificación. En otro caso, no procederá tal derecho. Este precepto es un contrasentido, ya que tendría lógica si el derecho de enervación estuviera concebido en beneficio de la entidad acreedora (a modo de sanción civil), pero no cuando el verdadero beneficiario es el deudor, como se ha dicho. Debería haberse concedido en todos los casos.

c) EFECTO: Este derecho implica que hasta que no transcurra, no podrá llevarse a cabo la subrogación. Si no se ha expedido y ha transcurrido el plazo fijado para la expedición de la Certificación,

podrá procederse a la subrogación (mediante el cálculo por su cuenta y a su riesgo por la entidad a subrogarse), al no existir derecho a enervar.

Nada dice la Ley de que tal novación deba notificarse a la entidad que pretendía la subrogación, pero el sentido común aconseja que se practique.

d) RENUNCIA. La LS no habla de este supuesto, pero entiendo que si el beneficiario de tal derecho es el deudor, no veo obstáculo para que pueda renunciar a tal derecho (ya que él puede saber que nunca va a llevar a cabo una novación modificativa).

El único problema práctico sería el considerar qué pasaría si, no obstante, tal renuncia, el deudor llevara a cabo una novación modificativa. ¿Cerraría el acceso registral de la subrogación? Nada dice la LS, pero estimo que no (sin perjuicio de la responsabilidad del deudor). Es decir, se inscribiría la novación y a continuación se tomaría la nota de subrogación.

7.° *PAGO A LA ENTIDAD PRESTAMISTA Y OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA DE CANCELACION.*

Transcurrido el plazo sin que se haya enervado la subrogación, caso de que proceda tal facultad, la entidad que pretenda subrogarse deberá realizar el pago de la cantidad adeudada por principal, intereses, comisiones y gastos devengados y no satisfechos, y a otorgarse la correspondiente escritura de subrogación.

a) IMPORTE DEL PAGO.

— Si se hubiera expedido la Certificación: importe de la Certificación. La LS no prevé que la entidad que pretenda subrogarse o el deudor no esté conforme con la liquidación practicada, debiendo entenderse aplicable, por analogía, lo previsto en el último párrafo: el Juez competente para conocer de la ejecución, oídas las partes, decidirá lo que proceda, por los trámites de la apelación de los incidentes. En este caso, no se llevará a cabo la subrogación hasta que se resuelva la cuestión, y hasta ese momento no hará el pago. Si lo prefiere, podrá pagar la cantidad fijada en la Certificación, subrogarse, y luego hacer la reclamación, en la forma expuesta.

— Si no la hubiera expedido: pago de la cantidad fijada por la liquidación practicada a su costa por la entidad que pretenda subrogarse.

Un problema común a ambas formas de pago es que, habida cuenta que el préstamo devenga intereses día a día, puede no ser conocida dicha suma hasta el mismo día del pago. A tal fin:

— Si en la Certificación no se ha consignado tal extremo, bastará pagar el importe certificado.
— En otro caso (vg: se fijan los intereses que devenga diariamente la cantidad adeudada). Debería fijarse, previamente, tal cantidad.

b) FORMA DE REALIZARSE EL PAGO.

a) NORMAL: El pago se hará mediante la oportuna operación bancaria solutoria, y el resguardo se incorporará a la escritura de subrogación.
Dicho resguardo es emitido por la propia entidad que se subroga, lo cual es una regla excepcional a la general, que es que lo declare recibido el acreedor. Ello se justifica por la «necesaria lealtad comercial» a que hace referencia la Exposición de Motivos.

b) EXCEPCIONAL: Aplicable a dos casos:

1) Si la entidad prestataria no ha expedido Certificación. En este caso, estimo que es posible hacerse el pago por el procedimiento ordinario (operación bancaria) o por el excepcional, a voluntad de la entidad que se subroga.
2) La entidad prestataria se niega a recibir el pago.

En ambos casos, la entidad que pretenda subrogarse DEPOSITARA dicha suma en poder del Notario autorizante de la escritura de subrogación.
Este depósito es una nueva modalidad a los medios de extinción de las obligaciones que contempla el artículo 1.156 del Código Civil, que contempla la consignación (y no el depósito). Además no se admite oposición al depósito, a diferencia de la consignación (en la que sí se admite oposición del acreedor).
El depósito se hará, aunque la ley no lo diga:

— Bien en metálico, bien en cheque bancario o conformado. Si fuera cheque ordinario, la subrogación no podría llevarse a cabo hasta la efectividad del cheque, lo que se hará constar por diligencia ulterior.
— Ha de estar hecho a nombre del Notario. ¿Y si estuviera expedido a nombre de la entidad prestamista? Estimo que no sería válido:

i) Porque el depósito es del importe, que es dinero, no de efectos de comercio.
ii) Porque el efecto liberatorio de los cheques resulta de la efectividad de los mismos (1.170 CC).

iii) Porque podrían plantearse problemas ulteriores con el pago del precio (ya que el ente pagador es el propio subrogado).

iv) Porque los citados cheques tienen un plazo de validez, difícilmente compatibles con el hecho del pago.

v) Para evitar problemas que pudieran derivarse de la quiebra, suspensión de pagos o intervención de la entidad emisora del cheque.

El pago ha de ser TOTAL, ya que la LS no prevé supuestos de subrogación parcial, y no estando compelido el acreedor a recibir el pago parcial de la obligación. No obstante, si lo aceptara, sería válido el pago parcial, produciéndose la subrogación en forma negocial (cesión parcial de crédito).

c) ESCRITURA DE SUBROGACION. Técnicamente la subrogación se deriva, *ex lege,* del hecho del pago, y siendo este un acto jurídico, podría parecer más adecuado que revistiera forma de acta y no de escritura. No obstante, teniendo en cuenta que en realidad lo que se documenta es un préstamo con propósito solutorio, con efectos subrogatorios, tal préstamo exige forma de escritura.

SIMULTANEIDAD DEL PAGO Y LA ESCRITURA. La LS parte de la idea de que, producido el pago, se otorga la escritura, sin exigir la simultaneidad de ambos momentos.

En la práctica, no parece lógico que ninguna entidad realice el pago sin haberse asegurado que el deudor ha firmado la escritura de subrogación. Por otro lado, el medio normal de pago es el resguardo de la operación bancaria, y, salvo que el documento se firme en el Banco, la simultaneidad es complicada.

Cabe solventar esta cuestión:

a) Disponiendo una subrogación condicionada hasta que se haga efectivo el pago. Una vez hecho, condición cumplida.

b) Disponiendo una subrogación unilateral por el deudor, a la que el Banco otorgaría escritura de aceptación, previa justificación del pago.

c) Disponiendo que la subrogación no sea efectiva hasta el momento del pago, que se haría constar por diligencia a continuación. Este es, a mi juicio, el medio idóneo (análogo al supuesto 40.1 LSA y 132 RRM)

NOTARIO COMPETENTE. No hay norma competencial, rigiendo el principio de libre elección de Notario.

COMPARECIENTES. Deberán comparecer siempre el deudor y el representante de la entidad subrogada:

— El deudor, ya que hasta ese momento no hay constancia documental pública de su intervención en el proceso subrogatorio, así como para indicar su propósito de solicitar un préstamo o de haberlo solicitado para amortizar el préstamo con el prestamista primitivo.
— La entidad subrogada, en cuanto que será la nueva titular de los derechos derivados del préstamo.

También puede derivarse tal exigencia del hecho de que, en realidad, se documenta un préstamo con fines liquidatorios de otro anterior.

No es necesario el concurso del prestatario, sin perjuicio de que lo pueda hacer a fin de dar carta de pago y consentir en la subrogación.

CAPACIDAD.

— No plantea dudas el representante de la entidad prestamista (si compareciera), que bastaría tener capacidad para dar carta de pago.
— Tampoco plantea dudas el representante de la entidad subrogada, que habrá tener, no sólo capacidad para conceder préstamos, sino facultades para adquirir hipotecas.
— Más complicado es el tema de la capacidad del deudor. A tal fin, hemos de distinguir:

i) Si la subrogación implica modificación del préstamo, pero sin modificarse la hipoteca: basta capacidad para contratar. En consecuencia:

  — Préstamo con garantía hipotecaria de bien ajeno: basta que comparezca el prestatario.
  — Préstamo a varias personas (mancomunado o solidario): bastará la comparecencia de uno cualquiera, sin perjuicio que la modificación (por beneficiosa) afecte a los demás, y sin perjuicio del derecho de los no comparecientes a oponerse a lo actuado.
  — Préstamo a ambos cónyuges en gananciales: bastará uno de ellos (1.384.1 y 1.385.2 CC por analogía).

ii) Si la subrogación implica modificación (aun a la baja) de la hipoteca, deberán tener capacidad para hipotecar.
En consecuencia:

— Deberán comparecer todos los comuneros (397 CC), al tratarse de una modificación jurídica.
— Bienes gananciales: deben concurrir ambos (art. 1.377 CC).
— Hipoteca de bien ajeno: deberá concurrir, además, el dueño de la finca hipotecada.

CONTENIDO DE LA ESCRITURA. Se consignará:

i) Que el acreedor ha tomado de la entidad subrogada dinero a préstamo con la finalidad exclusiva de pagar la deuda pendiente del préstamo suscrito con la prestataria, dando carta de pago de tal cantidad (por analogía 1.211 CC).
Este préstamo puede concederse, y en la práctica se hará así, en el mismo documento, y en el que constará el destino exclusivo, pero nada obsta para que se diga que se ha instrumentado en otro documento, que habrá de ser escritura pública, por exigirlo así el artículo 2.1 LS.

ii) La mejora de las condiciones del tipo de interés (art. 4 Ley), y demás estipulaciones permitidas (según se ha dicho).

iii) Deberá incorporarse el resguardo de la operación bancaria, o la justificación de la entrega del importe al Notario autorizante (caso de negarse la entidad prestamista a recibir su importe).

iv) ¿Deberán constar en la parte expositiva todos los pasos del proceso subrogatorio? Dados los términos estrictos de la LS, y el necesario control notarial y registral, parece aconsejable que así sea.

NEGATIVA DE LA ENTIDAD QUE SE SUBROGA A OTORGAR LA ESCRITURA. Supongamos (a los puros efectos científicos, ya que en la práctica sería insólito) que, llegado el momento de otorgarse la escritura), la entidad subrogada, realizado el pago, se negare a otorgar la subrogación.

No obstante el carácter vinculante de la oferta, la naturaleza de ésta y de la aceptación como un pacto *in contrahendo,* parece abonar la tesis de que si alguna de las partes se negare llevar a cabo la subrogación, creo que, si no obedece a justa causa, procederá la indemnización de daños y perjuicios, no siendo posible exigir el cumplimiento en forma específica, y supliendo el Juez tal comparecencia (1.098 CC).

8.° *NOTIFICACION DE LA SUBROGACION A LA ENTIDAD PRESTAMISTA.* Sólo aplicable al caso de que la liquidación se haya hecho por cuenta y riesgo de la entidad subrogada (no si se ha expedido certificación). Dicha notificación se hará de oficio por el Notario, mediante remisión de la copia autorizada de la escritura de subrogación, no siendo necesario un requerimiento expreso a tal fin.

El precepto impone la notificación mediante la remisión de copia autorizada: no parecen exigirse la forma de las actas de notificación (que exige hacerse a través de Notario competente para actuar en el lugar donde haya de hacerse la notificación), bastando los requisitos del acta de remisión por correo, pudiéndolo hacer directamente el Notario autorizante, aunque el destinatario no radique en lugar de competencia del Notario.

Documentalmente se recogerá en la escritura mediante la correspondiente diligencia de envío, y posterior de recepción.

9.° *ALEGACIONES DE LA ENTIDAD PRESTAMISTA. (SOLO EN EL CASO DE QUE SEA PROCEDENTE LA NOTIFICACION.)* Una vez notificada la subrogación, la entidad prestamista podrá alegar, en los ocho días siguientes, y en igual forma, error:

a) CONTENIDO. Debe entenderse referida a la fijación de la cuantía satisfecha por la entidad subrogada.

b) PLAZO. Ocho días de la recepción de la copia autorizada de la escritura de subrogación.
Del tenor del precepto parece que es necesario la recepción de la copia de la escritura de notificación, pero no veo obstáculo para que puedan hacerse tales alegaciones aun antes de la recepción, si tiene conocimiento suficiente de lo actuado. A tal fin, y sin perjuicio de la notificación, estimo que tiene legitimación para pedir copia de la citada escritura (dado su interés legítimo).

c) FORMA. Debe hacerse en forma notarial, bastando acta de envío de carta (al hacerse en igual forma).
La oposición es ajena a la escritura de subrogación, por lo que no deberá constar (mediante la oportuna diligencia) en la citada escritura.

d) EFECTOS: La alegación de error provoca los siguientes efectos:

— La subrogación produce plenos efectos (y puede por tanto procederse a su constancia registral). En consecuencia, carece de trascendencia a efectos registrales. Por ello la LS habla de importe por cuenta y «a riesgo». Si se produce error, la entidad que se subroga deberá correr con él.

— Se acudirá al Juez, siendo competente el que lo sea para conocer la ejecución, que citará a las partes a una comparecencia, en los ocho días siguientes, y tras oír a las partes, admitirá los documentos que se le presenten y acordará, en los tres días, lo procedente, por medio de Auto, que será apelable, a un solo efecto, sustanciándose por los trámites de la apelación de incidentes.

10.° *CONSTANCIA REGISTRAL* (art. 5 LS). El hecho de la subrogación no surtirá efectos contra terceros si no se hace constar en el Registro de la Propiedad por medio de NOTA MARGINAL. Con impropiedad, el párrafo 3 del citado artículo habla de «inscripción de la subrogación».

La elección de la técnica de nota marginal no es nueva, y ya era empleada para supuestos de análoga naturaleza, 231 y 236.*e)* RH, máxime cuando el préstamo concedido al deudor por la entidad que se subroga para amortizar el préstamo inscrito, carece de acceso al Registro. En términos de LACRUZ BERDEJO, nos encontramos ante una nota marginal sucedánea de asiento principal, con verdaderos efectos de inscripción, y con iguales efectos que ésta.

a) NATURALEZA. Ya que la subrogación se produce sin intervención del acreedor, ¿supone ello una excepción al principio de tracto sucesivo, entendiéndolo, en su versión sustantiva, con NÚÑEZ LAGOS, SANZ, Cossío..., como consecuencia de la titularidad registral (sólo pueden inscribirse títulos otorgados por el titular registral, siempre que pueda disponer en tal forma de su derecho)?

Aunque *a priori* pudiera así entenderse, estimo que no es una excepción a dicho principio, dado que la subrogación es un efecto legal derivado del pago hecho en determinadas condiciones, y así y de igual forma opera en los casos de los artículos 231 y 236.*e)* RH.

Las verdaderas novedades introducidas por la LS está, como se ha visto:

— En la posibilidad que tiene la entidad subrogada de determinar la deuda (caso de que no se expida Certificación).
— En la forma de acreditar el pago, no exigiéndose consignación judicial (*ex* art. 180 RH).

b) TITULO INSCRIBIBLE. La escritura de subrogación, cumplidos los requisitos del artículo 2 LS, sin necesidad (en el caso de que proceda) de que se haya notificado al deudor principal de tal subrogación.

La LS ha querido dar efectos registrales inmediatos a la subrogación, desentendiéndose el Registro de la posible alegación de error (ya que la entidad subrogada correrá con el riesgo del mismo, lo que hace que sea irrelevante para fijar el importe de la obligación subrogada).

No se requiere presentar conjuntamente con la escritura de subrogación, la escritura de préstamo (art. 5 *fine* LS).

c) CALIFICACION. Reglas ordinarias. El artículo 5 dispone (de forma innecesaria, ya que ello puede derivarse del art. 1.3 LH) que el Registrador no calificará las cláusulas del préstamo inscrito que no se modifiquen.

En este punto (y dado el carácter excepcional de la LS y los posibles perjuicios que se pueden irrogar a los acreedores anteriores al préstamo y posteriores a la hipoteca) es de gran importancia el juicio del Registrador acerca de si la subrogación ha cumplido los requisitos fijados en la LS.

d) DEFECTOS EN EL TITULO. En el caso de que el título presentado adolezca de defectos, calificados de SUBSANABLES, el Registrador podrá, a instancia del presentante, tomar NOTA MARGINAL PREVENTIVA (163 RH), por plazo de sesenta días (prorrogables hasta ciento ochenta días por justa causa y en virtud de providencia judicial). Dicha nota tiene efectos propios de la anotación preventiva de suspensión.

e) CIRCUNSTANCIAS DE LA NOTA MARGINAL. La nota expresará:

1.° La persona jurídica subrogada en los derechos del acreedor.
2.° Las nuevas condiciones pactadas del tipo de interés.
3.° La escritura que se anote, su fecha y el Notario que la autorice.
4.° La fecha de presentación de la escritura en el Registro y la de la nota marginal.
5.° La firma del Registrador, que implicará la conformidad de la nota con la escritura de donde se hubiera tomado.

d) Efectos de la subrogación

1.° La subrogación presupone la concesión de un nuevo crédito por la entidad subrogada. Dicho crédito no está regulado por la LS, por lo que se regulará por la normativa general de los mismos.

En este punto señalar que la entidad subrogada podrá cobrar las comisiones que libremente pacte en la operación.

2.° El crédito del prestamista con el deudor queda extinguido por efecto del pago, con la única excepción de lo dicho:

— Para el caso de que el importe de la Certificación (o de la liquidación sustitutoria) no coincida con el importe total adeudado por razón del contrato (vg: gastos previos, gastos accesorios...).
— Para el caso de que amortización anticipada produzca a la entidad prestamista un daño económico (art. 3.3 LS).

3.° Por efecto del pago, el subrogado se coloca en la posición jurídica del prestamista, con iguales derechos que éste, ya sea contra el deudor o contra los terceros, ya sean fiadores o poseedores de hipotecas (1.212 CC).

La hipoteca, como queda dicho, no se modifica, sin perjuicio de que se pacte así (y tal modificación no implique agravación de la responsabilidad hipotecaria).

El rango del crédito de la entidad subrogada es idéntico al que tenía el primer prestamista.

4.° EJECUCION DE LA HIPOTECA (art. 6 LS). Se ajustará a lo dispuesto en el Código Civil y en la LH.

Para la ejecución, la entidad subrogada presentará:

i) Primera copia auténtica inscrita de la escritura de subrogación.

ii) Título de crédito, con los requisitos de la LEC para despachar la ejecución. Dicha Ley exige primera copia del título del préstamo hipotecario, si bien la LS suaviza tal precepto (en igual línea que el artículo 131.3.2.° para el procedimiento judicial sumario, y del artículo 236.*a)* RH para el procedimiento extrajudicial), al disponer que si no pudiera presentarse título inscrito, bastará Certificación registral que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca.

e) *Costes de la subrogación*

a) BANCARIOS.

En cuanto al préstamo concedido por la entidad que se subroga: reglas GENERALES, tal que la LS nada dice al respecto.

Respecto de la subrogación propiamente dicha:

— Nada se dice acerca de si se puede cobrar comisión por la oferta vinculante, por lo que regirá el sistema de libertad, y parece que se va a imponer una comisión.

— Tampoco se dice nada acerca de si puede pactarse comisión de estudio y además comisión de subrogación, por lo que cabe decir lo mismo que en el caso anterior.

— Acerca de la comisión de amortización anticipada, la LS distingue:

a) Préstamo A INTERES FIJO. Se estará a lo pactado, que no tiene límites, rigiendo el régimen de libertad hasta ahora vigente.
La justificación es, en términos de la Exposición de Motivos, el riesgo financiero que asume la entidad de crédito que ha podido

fijar un tipo actual bajo en base a una presumible bajada a largo, con idea de asegurarse tipos futuros mejores para la entidad.

b) Préstamos A INTERES VARIABLE (art. 3 LS). Aquí sí se limita su percepción, dado que el préstamo no asume riesgo financiero, lo que asimila la comisión a una pena por desistimiento (Exposición de Motivos).

La cantidad a percibir por las entidades, en concepto de comisión de cancelación:

i) Se calculará sobre el capital pendiente a amortizar. No cabe tomar como base el principal del préstamo.

ii) Límites a su percepción:

1.° Si no se hubiera fijado comisión: no tendrá derecho a percibir cantidad alguna.

2.° Si se hubiere fijado una comisión igual o inferior al 1 por 100: la comisión será la pactada.

3.° En los demás casos (es decir, si se pactó superior al 1 por 100): sólo se podrá percibir el 1 por 100, cualquiera que se hubiere pactado. No obstante esta regla GENERAL admite una EXCEPCION (justificado en la Exposición de Motivos como una manifestación del principio moderador del 1.154 del Código Civil y, especialmente, en momento de crisis económica): Si la entidad acreedora demuestra la existencia de un daño económico que no implique la sola pérdida de las ganancias, producido de forma directa como consecuencia de la amortización anticipada, podrá reclamar aquél. La alegación del daño no impedirá la realización de la subrogación, si concurren las circunstancias de la presente ley, y sólo dará lugar a que se indemnice, en su momento, la cantidad que corresponda al daño producido.

El hecho determinante es «daño económico que no implique la sola pérdida de las ganancias», concepto general que implicará su Apreciación en cada caso por la autoridad judicial.

b) NOTARIALES Y REGISTRALES (ART. 8). Da dos reglas, con el fin de minimizar tales costes:

i) Se considera documento de cuantía, y se tomará como base de cálculo la cifra pendiente de amortizar en el momento de la subrogación.

ii) Se entenderá que el documento autorizado contiene un solo concepto. Si, además de la subrogación se contuviera novación modifica-

tiva en el mismo documento, cada uno de ellos tendría tratamiento arancelario por separado.

c) FISCALES (art. 7 LS). Está exenta la subrogación en la modalidad gradual (es decir, el 0,50 por 100) de Actos Jurídicos Documentados sobre documentos notariales.

EL PROBLEMA DE LA REVITALIZACION DEL PRESTAMO

Uno de los principales problemas que plantea la ley es el que llamo revitalización del préstamo. La LS no exige que la subrogación o la novación modificativa se haga sólo por el importe del principal del préstamo pendiente de pago (o en términos bancarios, con el préstamo puesto al día):

— En la subrogación habla sólo de deuda (art. 2 LS).
— En la novación nada dice al respecto (art. 9 LS).

Tampoco en la nota de subrogación o inscripción de la novación consta el importe de la subrogación o el pendiente al tiempo de la novación. Por todo lo expuesto (y este es uno de los riesgos fundamentales de la LS) puede ser utilizado para encubrir nuevas concesiones de préstamo, en perjuicio de los acreedores posteriores.

Un supuesto de hecho aclarará la cuestión: supongamos que un prestatario va pagando en los términos pactados un préstamo (o incluso de forma acelerada, por haber hecho amortizaciones parciales). Incluso más claro: un préstamo está amortizado y no cancelado (caso aplicable lógicamente al supuesto de novación, no de subrogación).

Supongamos asimismo que hay algún acreedor no preferente (otra hipoteca u otro embargo).

La primera entidad (novación) o la subrogada puede conceder un nuevo préstamo y, al documentarlo como una novación o una subrogación, dicho préstamo adquirirá el rango de la primera, con perjuicio de los acreedores posteriores (que presumiblemente concedieron el préstamo o solicitaron el embargo en base al importe pendiente de pago por la hipoteca precedente).

La LS debería haber limitado la novación o subrogación al importe del principal pendiente (aunque el pago subrogatorio incluya intereses y comisiones). De otro modo, puede introducir un elemento de inseguridad nada deseable en el sistema hipotecario.

En todo caso, estimo que si se documenta en forma de novación una verdadera concesión de crédito, y dicho extremo puede acreditarse por interesado en ello (vía documentación bancaria), dicho préstamo carecerá

del rango de la operación primitiva, y podrá hacerse valer así en la vía procesal oportuna (generalmente, tercería de mejor derecho).

OTRAS CUESTIONES CONTEMPLADAS POR LA LEY. Las Disposiciones Adicionales de LS regulan diversas cuestiones:

A) *LIMITACION DE COMISION DE AMORTIZACION.* (Disposición Adicional 1.ª). En los préstamos hipotecarios a interés variable a que se refiere el artículo 1 de la Ley, la entidad acreedora no podrá percibir por comisión de amortización anticipada no subrogatoria, más del 1 por 100 del capital que se amortiza, aunque estuviera pactada una comisión mayor.

De su redacción, deducimos:

a) Aplicabilidad a todo caso, es decir, no sólo al caso de subrogación. Es una verdadera limitación a la libertad hasta ahora predicada para las comisiones.

b) Sólo es aplicable a los préstamos concedidos por entidades financieras a que se refiere el artículo 2 de la Ley de 25 de marzo de 1981. No a los préstamos concedidos por particulares o por entidades no incluidas en el citado artículo 2 de la LMH.

c) Por aplicación de lo contenido en el 1.2 de la LS, debe entenderse aplicable a todo tipo de préstamos a interés variable, cualquiera sea la fecha de formalización.

d) ¿Implica este precepto que el deudor puede amortizar aunque no se hubiera pactado tal posibilidad? Aquí podríamos distinguir:

— Que nada se hubiera pactado: estimo que si se permite tal amortización, por analogía al artículo 1.2 LS, ya que la D. Ad. 1.ª se remite al citado artículo 1.

— Si expresamente se hubiera pactado la exclusión de este derecho de amortización anticipada, o se dijera que sólo procederá a instancias de la entidad acreedora. Estimo que en este caso deberá prevalecer lo pactado *(pacta sunt servanda).* En consecuencia, no procederá tal amortización anticipada.

¿Cuál es el motivo por el cual, en este caso, habiendo subrogación, habíamos llegado a la conclusión contraria: a mi juicio, la subrogación que regula la LS es *ex lege,* y por tanto se produce, aun existiendo pacto contrario a la amortización anticipada. En los demás casos, al no existir esta cobertura legal, se ha de estar a lo pactado.

e) Creo que es de aplicación, tanto a la amortización anticipada total como parcial, ya que donde la Ley no distingue, no debemos de distinguir nosotros.

EFECTO:

— La cantidad máxima a percibir por la entidad financiera, por este concepto, no puede exceder del 1 por 100, aunque hubiera sido pactado un pago superior.
— No son admisibles otras comisiones o gastos inherentes a la amortización, por concepto estudio, indemnización u otros que tengan análoga finalidad, pues estaríamos en un caso de flagrante fraude de ley. En este sentido hemos de poner de manifiesto que la D. Ad. 1.ª, a diferencia del artículo 3 LS, no prevé indemnización adicional por el daño económico sufrido.
— La base de cálculo será el capital que se amortiza. En consecuencia:

No es admisible tomarse como base el total del préstamo concedido. Por capital debe entenderse principal y no pago a realizar necesario para amortizar (ya que los intereses que se pudieran satisfacer simultáneamente no se amortizan, al estar ya devengados).

B) *MODIFICACION DE LA LEY 26/1989, DE 29 DE JULIO, DE DISCIPLINA E INTERVENCION DE LAS ENTIDADES DE CREDITO* (Disp. Ad. 2.ª)

Contiene tres normas:

a) Faculta al Ministerio de Economía y Hacienda, por sí o a través del Banco de España, a publicar regularmente, con carácter oficial, índices o tipos de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a préstamos con interés variable, especialmente en caso de préstamos hipotecarios.
Sin perjuicio de la libertad de contratación, el Ministerio de Economía y Hacienda podrá establecer requisitos especiales en cuanto al contenido informativo de las cláusulas contractuales definitorias del tipo de interés, y la comunicación al deudor del tipo aplicable a cada período, para aquellos contratos de préstamo a interés variable en los que se pacte la utilización de índices o tipos de interés de referencia distinto de los oficiales señalados en el párrafo precedente.
De aquí deducimos:

— Que no se limita la libertad de establecer unos u otros índices de referencia.

— Permite establecer requisitos informativos adicionales caso de no utilizar los tipos publicados con carácter oficial. Este precepto está en la misma línea del Proyecto de Orden Ministerial sobre Transparencia en los préstamos hipotecarios.
— Que tales normas no tendrán carácter retroactivo (es decir, sólo se aplicarán a los préstamos concertados con posterioridad a la entrada en vigor de la ley).

b) Faculta al Ministerio de Hacienda a extender las normas dictadas al amparo del párrafo precedente a cualesquiera contratos u operaciones de naturaleza prevista en dichas normas, aunque la entidad que intervenga no tenga la condición de entidades de crédito.
Esta extensión parece ser doble:

— A operaciones crediticias en general (leasing, factoring, financiación...).
— A operaciones crediticias celebradas por entidades distintas de las entidades de crédito.

c) Carácter IRRETROACTIVO de las normas anteriores (que sólo serán de aplicación a operaciones concertadas con posterioridad a la entrada en vigor de la presente ley).

C) *MODIFICACION DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES*

Se limita a introducir en el artículo 45.I.B (exenciones objetivas) un nuevo párrafo (núm. 23), declarando exentos los casos a que se refiere la LS.

JUICIO CRITICO DE LA LEY

Con carácter sintético, podemos señalar:

Aspectos favorables

1.° BUENOS PROPOSITOS. Es indudable que la LS persigue una finalidad positiva, cual es intentar abaratar los costes del cambio de hipoteca, y a tal fin, pretende complementar los mecanismos legales a tal fin.

2.° LIMITACION DE LAS COMISIONES BANCARIAS. Los bancos deben tratar de obtener beneficios de la intermediación de capitales (diferencial entre el precio de compra y de venta del dinero), y no de las

comisiones, cuyo peso específico en las cuentas de resultados es, a todo punto, excesivo.

3.° La LS va a favorecer la competencia entre entidades de crédito, lo cual hará que las entidades más competitivas y mejor gestionadas, previsiblemente, van a acaparar la cartera de préstamos hipotecarios, lo que fomentará el buen funcionamiento de las entidades.

ASPECTOS NEGATIVOS

1.° FALTA DE PRECISION TECNICA DE LA LEY, quizá justificable por la urgencia con la que se ha elaborado, y las importantes modificaciones introducidas en su trámite parlamentario.

2.° Excesiva rigidez en la subrogación, al admitirse sólo la variación en el tipo de interés a la baja. Ello va a suponer, como se ha dicho ya, el que simultánea o inmediatamente se haga una novación modificativa. ¿Por qué no se ha previsto el hacerse ambas simultáneamente? En cualquier caso, creo que no hay obstáculo legal para ello.

3.° FALTA DE CLARIDAD EN MUCHOS DE SUS PRECEPTOS (y cuyo estudio concreto se ha hecho en cada caso), lo que va a producir numerosas dudas de interpretación que puede provocar que en la práctica que el resultado práctico sea escaso (o más escaso de lo que pudiera haber sido con una legislación más clara).

4.° DIFICULTADES QUE VA A OFRECER A LA TITULACION HIPOTECARIA (que presumiblemente puede provocar un efecto contrario al querido por LS).

De la realidad de la experiencia en otros países, el medio más eficaz para lograr la baja en los tipos de interés es facilitar la captación de ahorro barato por parte de las entidades de crédito. Para ello es fundamental la movilización de los préstamos hipotecarios, a través de la titulación. Precisamente, en los últimos tiempos, desde instancias oficiales, se venía diciendo de la necesidad de ampliar tal mercado para lograr así la bajada de los tipos de interés (no sólo ya por la captación de dinero más barato, sino, sobre todo, por los efectos contables y de coeficientes que se derivan de la titulación hipotecaria).

Ya vimos los problemas que planteaban los préstamos titulizados. De las conclusiones obtenidas cabe prever:

— Que va a ser más estrecho el mercado, ya que las entidades emisoras no van a tener una cartera estable de préstamos que les anime a titulizar.
— Porque el inversor adquirente de títulos estará menos incentivado a invertir, dado que la garantía de los citados títulos puede quedar

volatilizada por subrogaciones, y las cantidades percibidas por esta vía no están afectas al pago de los citados títulos, que gozarán únicamente, de las garantías personales de la entidad emisora, y de las facultades que para tal caso contempla la LMH y RMH, en concreto:

i) Tratándose de cédulas y bonos hipotecarios: extinción de la afectación (art. 51.3 LMH), es decir, sólo subsiste la obligación personal de la emisora.

ii) Tratándose de participaciones hipotecarias: la emisora vendrá obligada a abonar el porcentaje que corresponda a lo percibido (art. 61.3 RMH).

El efecto final es que se titulizará menos, y será más difícil obtener financiación a las entidades de crédito, con el consiguiente encarecimiento del precio del dinero.

5.º PUEDE AFECTAR A LA SOLVENCIA DE DETERMINADAS ENTIDADES FINANCIERAS.

El *modus operandi* de muchas instituciones financieras ha sido obtener fondos del mercado (no ya del inversor final, sino de otras entidades) y marcar un diferencial a los préstamos que concede. Si por efecto de LS, dicha entidad pierde parte de su cartera de créditos, pero no puede, simultáneamente, renegociar las condiciones a la financiación obtenida (p. ej.: créditos o bonos u obligaciones a medio o largo plazo), el efecto, en la cuenta de resultados será catastrófico. Puede afectar, en consecuencia, al modo y plazo de la financiación obtenida, y suponer una quiebra a la seguridad financiera de las entidades.

6.º La LS no ha contemplado problemas prácticos de gran trascendencia:

a) Problema de la revitalización del préstamo y sus efectos sobre la preferencia de los créditos *(vid.* lo dicho).

b) Excesivo automatismo del mecanismo subrogatorio, que puede llevar a peligros no previstos:

1) Se establece un procedimiento solutorio excepcional en nuestro Derecho, que puede no implicar, necesariamente, el pago efectivo (presupuesto legal de la subrogación).
Medio NORMAL DE PAGO: el resguardo de operación bancaria es expedido por el propio sujeto pagador (es decir, el propio deudor se da carta de pago). ¿Y si no llega el dinero al acreedor? ¿Y el caso de infidelidad del empleado? En estos casos, sin perjuicio de la inspección administrativa (Banco de España, principalmente), el prestamista se queda sin hipoteca.

Medio EXCEPCIONAL: El depósito notarial no es una verdadera consignación, ni se permite (como en ésta) la oposición del acreedor.

2) La entidad prestamista puede tener otros créditos cubiertos por el préstamo distintos de capital, intereses (ordinarios o de demora) y comisiones, que quedarían despojados *ex lege* de la garantía hipotecaria, no obstante lo pactado.
3) La notificación a la entidad prestamista sólo se prevé en el caso de depósito (en caso de falta de Certificación, o cuando se niegue a recibir el importe). Debería haberse previsto en todo caso, y no procederse a la constancia registral hasta que se hubiera notificado, dando a la entidad notificada un derecho de oposición, en caso de falsedad o incumplimiento de los trámites legales, previendo la posibilidad de anotación de demanda.
4) En caso de falsificación de la Certificación (sobre la cual no existe ningún mecanismo seguro de autenticidad), cuando la entidad prestamista se entere, ya es tarde y no podrá hacer nada para recuperar su crédito (sin perjuicio de otras acciones).

c) Insuficiente regulación de la oferta vinculante (sobre todo en el caso de cambio de circunstancias).
d) Problemas de los costes bancarios inherentes al proceso (no solamente la comisión de cancelación).

CONCLUSION

De todo lo dicho, y dada la trascendencia económica de la LS, concluimos que la LS es más un propósito de buenas intenciones que un mecanismo efectivo, dadas las limitaciones de la misma. De la interpretación efectiva que se dé la misma a depender su aplicación práctica y, o bien se interpreta de forma flexible (sin merma de los derechos de terceros) o, me temo, que será, en gran medida, letra muerta. De ahí lo importante de que el Gobierno, en uso de la facultad concedida en la Disposición Adicional 4.ª, complemente y aclare los términos de la ley.

JOSÉ MANUEL HERNÁNDEZ ANTOLÍN
Notario de Madrid
Registrador de la Propiedad excedente

DICTAMENES Y NOTAS

En recuerdo emocionado del Profesor Julio R. Bardallo

No hace mucho me llegó desde Montevideo —gentilmente enviado por Susana CAMBIASSO— un vídeo de los actos celebrados el día 16 de noviembre de 1993 en homenaje al Profesor Julio R. BARDALLO quien —aparte de ser un gran jurista— fue un gran amigo mío. Recuerdo unas jornadas que se celebraron en LA PLATA donde actuamos como «panelistas», él, MOISSET y yo. Cada uno con nuestra visión del Registro de la Propiedad y de la seguridad del tráfico. En aquella ocasión me di cuenta del profundo conocimiento que este jurista tenía y el gran respeto que guardaba frente a criterios no coincidentes. Era hombre afable, cariñoso, sabía sonreír ante la broma, la anécdota o el chiste y portaba esos valores de señorío y caballerosidad que son difíciles de encontrar en los tiempos presentes. La verdad es que ahí, en ese momento, es cuando intimé con él, pues conocerlo lo conocía del primer Congreso de Derecho Internacional de Buenos Aires del año 1972 y me acuerdo que me lo presentó el que era entonces nuestro Decano Pío CABANILLAS GALLAS, quien me dijo antes de hacerlo: «te voy a presentar a un hombre muy inteligente, sencillo, pero con el que hay que contar en nuestros quehaceres hipotecarios».

Supe por Susana CAMBIASSO la noticia de su muerte ocurrida allá por finales del año 1992 y, cuando preparo un viaje a América para leer el discurso de miembro de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba está a punto de coincidir esa fecha con la del Homenaje que se prepara al Profesor en Uruguay y es Susana CAMBIASSO la que me anima a que me acerque y participe en esas jornadas. El hombre propone y Dios dispone y al tener que aplazar el viaje me quedo sin la asistencia a dichos actos y, lo que es peor, sin haber sabido ofrecer mediante un telegrama la incorporación sentimental a tales actos. En el vídeo se nombra a mucha gente que se adhiere, pero por una falta absoluta de previsión, España no está representada. Desde mi contricción de corazón —y en la parte que me afecta— pido perdón. Pretendo con estas líneas rendir el tributo que el jurista

y el amigo se merece. Como todos somos juristas hay que aplicar la retroacción y dar al escrito la fecha en que se celebra su homenaje: 16 de noviembre de 1993.

En el Teatro del Notariado se celebró el emotivo acto y el vídeo que tengo del mismo es un fiel testimonio de la enorme concurrencia que tuvo, de las brillantes y emocionantes intervenciones, que iban simultaneándose con fotos y películas en las que se recogía la imagen del Profesor y de sus diferentes actividades. La dimensión de la figura se percibe por el conjunto de ofrecimientos que los diversos oradores señalaron: el hombre, que desarrolla Susana CAMBIASSO; el previsor de un porvenir notarial a través de la «seguridad social del Notariado», que expone Servando LACRUZ, el maestro, que ofrece Hugo PÉREZ MONTERO y el conductor gremial, a cargo del Presidente de la Asociación de Escribanos, Gerardo ROCCA COUTURE. Aparte de ello es preciso destacar el ofrecimiento del homenaje a cargo de la Escribana Raquel ELIZALDE y la lectura de un poema y de una carta por la Escribana Isabel SCHIPANI. Los actos culminaron con la inauguración y descubrimiento de una placa en la Biblioteca de la Asociación de Escribanos y del «Decálogo del Escribano» que, a mí se me antoja, estar en mi poder desde la asistencia al Primer Congreso Internacional de Derecho Registral.

El ofrecimiento del homenaje prepara a los asistentes a confirmar lo que el personaje a quien se rinde lleva consigo. Me han llamado mucho la atención esas dos o tres frases que destaca la Escribana Raquel ELIZALDE, al decir que «una fuerza interior incontenible hizo que con toda humildad escalara la cumbre de la sabiduría». Otra frase es cuando recuerda una que se le quedó grabada y que le dijo el maestro: «Entregar todo cuanto nos permite nuestra capacidad intelectual, afectiva, de trabajo, sin otra retribución que el gozo del bien que hacemos.»

Susana CAMBIASSO, motor, impulso y realidad del homenaje, vuelca su sentimiento cuando nos cuenta la figura humana de BARDALLO y de DORA —su mujer— a quien también conozco y admiro. En un apretado bosquejo cuenta cómo por no tener la edad precisa para el ejercicio de la profesión de Escribano surgió en él la vocación docente y cómo impartió muchos cursos de preparación para el examen general. Por encima de esa serie de incidencias que cuenta Susana —la Asociación de Escribanos, Proyecto de reforma registral, modernización, Caja de Jubilaciones y Pensiones, etc.— me gustaría destacar esas frases que al ser humano que portaba BARDALLO se le dedican por ella: fue el bravío pampero para soplar la entereza de sus convicciones, fue el soñador que se soñó a sí mismo y al Notariado uruguayo, porfiada vocación de servicio, trabajador intelectual infatigable, afanoso y honrado, Maestro ilustre, ávido de saber y extraordinariamente culto. BARDALLO fue un hombre de bien.

La intervención del Escribano Hugo PÉREZ MONTERO completa la personalidad del maestro, pues él fue primero su alumno, luego ayudante de Cátedra y por último colega en la Facultad al ser designado encargado del grupo de Derecho Notarial. Es una pena que la intervención de esta figura fuese tan breve, pues creo que pudo contar más cosas de la dignidad y humildad con que llevaba BARDALLO la enseñanza, pero creo que puede sintetizarse su pensamiento cuando habla de que la docencia necesita sabiduría para la generosidad y para la entrega, intelectual y humana, propia de los grandes maestros. Otro de sus alumnos, hoy Presidente de la Caja Notarial, Servando LACRUZ SCANAROTTI, cuenta con gran minuciosidad toda la gran labor realizada por el Escribano BARDALLO. Ello ofrece el gran interés por ser una nueva faceta del Profesor. Resulta difícil resumir datos y circunstancias de aquella actuación, pero creo que una frase del conferenciante resume toda su idea: «Hablar del Escribano BARDALLO y no hablar de la seguridad social notarial, no es posible. Hablar de la Caja Notarial y no hablar del Escribano BARDALLO, tampoco es posible.»

El Presidente de la Asociación de Escribanos del Uruguay, Gerardo ROCCA COUTURE, cierra el ciclo de los oradores y, aparte de destacar la ingente labor de BARDALLO, como conductor gremial, concluye su intervención con las últimas palabras que en forma de «testamento espiritual» BARDALLO le entrega como mensaje para todos sus compañeros y cuya esencia es: lo maravilloso que uno tiene y lo terrible que supone carecer de ello. En su recorrido por la figura dice que fue un conductor gremial que descubre vocaciones y las alienta. Busca, explora, forma dirigentes, hace docencia gremial, da pautas y estimula a todos. Esta viene a ser la esencia de lo que hizo y proyectó el Profesor en este singular ángulo en el que lo evoca el conferenciante.

La verdad es que ante las diversas intervenciones de quienes conocían sobradamente al Profesor —que fue Director General de Registros— caso de haber asistido al acto hubiese quedado diminuta, esquemática, la mía, pues mis conocimientos de la figura son pequeños y se reducen a las intervenciones que tuvo, en los Congresos, la conferencia que le oí, los tres o cuatro trabajos que he podido leer de él y esas magníficas cartas que nos cruzamos después de conocernos, muchas de las cuales las guardo y algún día se las enviaré a Susana para que las archive en la Biblioteca que lleva su nombre. Pero ya que no puedo añadir más cosas, sí quiero rendir con estas letras al Profesor todo mi respeto como jurista, toda mi veneración como persona y mi admiración por su gran culto a la amistad y su gran sentido del humor. Descansa en paz y no olvides que estamos haciendo cola para reunirnos contigo en esa vida «indefinida».

DECALOGO DEL ESCRIBANO

1.º) *Vocación.* Debes sentir el Notariado como una vocación, al servicio de la comunidad jurídica, para la realización del individuo como sujeto de derecho, en sus relaciones intersubjetivas.

2.º) *Veracidad.* Debes sentir la verdad como fin irrenunciable, en todas las manifestaciones de la actividad profesional. Escribano y verdad deben ser consustanciales en la realidad y en el deber ser de cada uno.

3.º) *Probidad.* La probidad debe ser la virtud de mayor destaque en el Escribano, en todos sus significados de bondad, rectitud de ánimo, hombría de bien, integridad y honradez en el obrar.

4.º) *Imparcialidad.* Debes ser siempre imparcial, guardando equidistancia en la oposición de las pretensiones, ejerciendo, respecto de ellas, el poder equilibrante de lo justo consentido.

5.º) *Prudencia.* Debes actuar con el máximo cuidado y despierta atención; analizar, prever y decidir lo adecuado a cada situación, eludiendo todas las circunstancias de riesgo.

6.º) *Sagacidad.* Debes saber prevenir prospectivamente las consecuencias posibles de los actos confiados a tu conocimiento, idoneidad y técnica.

7.º) *Proteger la libertad.* Debes cuidar la libertad de los sujetos jurídicos, para que su voluntad no sea desvirtuada por el engaño, la presión o la astucia.

8.º) *Desinterés.* El interés y el deber pueden contraponerse. En ese caso, procede con desinterés y da prioridad a tus deberes.

9.º) *Responsabilidad.* Debes asumir la plena responsabilidad de tus actos y reparar tus errores, rechazando las justificaciones que puedan dictar la suficiencia, el orgullo o la vanidad.

10.º) *Disciplina ética.* Debes subordinarte a la ética profesional, fijada por las reglas y comportamientos tradicionales, absteniéndote de los actos que menoscaben los conceptos sociales de probidad y confianza que históricamente se atribuyen al Escribano.

José María Chico y Ortiz
Registrador de la Propiedad
y Profesor honorario de la
Universidad Notarial Argentina

La legítima formal aragonesa, la preterición y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de septiembre de 1993

SUMARIO: A. TEXTOS: 1. Testamento controvertido.—2. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Número Doce de los de Zaragoza.—3. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.—B. COMENTARIO: 1. Introducción.—2. Evolución histórica del sistema legitimario aragonés.—3. El nombramiento y la mención como modo de evitar la preterición en la Compilación Aragonesa.—4. Las contradicciones internas de la propia Sentencia.—5. La pretendida diferenciación entre parte expositiva y parte dispositiva del testamento en cuanto acto de disposición de bienes.—C. CONCLUSIONES.

A) TEXTOS

1. Testamento controvertido

En Zaragoza, mi residencia, a 15 de marzo de 1991 .....
Siendo las doce horas y treinta minutos .....
Ante mí, ... , Notario de esta ciudad y de su ilustre Colegio, sin intervención de testigos por no requerirlos la testadora ni considerarlos yo necesarios .....
COMPARECE
D.ª MARIA CRUZ ....., nacida el ..... en Zaragoza, hija de ....., profesión ....., vecina de Zaragoza, ... de estado civil, viuda de sus primeras nupcias con don Joaquín ....., de cuyo matrimonio tiene cuatro hijos llamados Pascual, Pablo, Pilar y Alber-

to ..... Exhibe Documento Nacional de Identidad número ..... Manifiesta que otorgó testamento mancomunado con su premuerto esposo en Zaragoza, el 10 de abril de 1972 ante el Notario ....., bajo el número ..... de protocolo, sin que del mismo le provenga beneficio alguno del finado, por cuanto se limitaron a concederse recíprocamente el usufructo de viudedad universal .....

Expresa su propósito firme y deliberado de testar, para lo cual yo, el Notario, la juzgo con capacidad, y ordena su sucesión con arreglo a las siguientes .....

DISPOSICIONES

Primera.—Instituye herederos, por partes iguales, a sus hijos Pablo y Alberto, con derecho de sustitución vulgar en favor de sus respectivos descendientes y, en defecto de éstos, con el de acrecer .....

Segunda.—Revoca todo testamento anterior al presente .....

Leo este testamento en alta voz a la testadora, quien renuncia a leerlo por sí misma, advertida de su derecho a ello. Lo ratifica por ser expresión exacta y deliberada de su voluntad, firmando conmigo el Notario, que doy fe de conocerla, de haberse observado la unidad de acto, del cumplimiento de las formalidades legales y del total contexto de este instrumento público extendido en dos folios de clase —números— y el presente .....

Está la firma de la compareciente .....

Signado, firmado y rubricado por el Notario autorizante .....

Está el sello de la Notaría .....

2. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Número Doce de Zaragoza de 11 de marzo de 1993

Reproducimos los Fundamentos de Derecho tercero y cuarto y, en lo procedente, el Fallo.

TERCERO.—Expresados los anteriores razonamientos, es momento de analizar la cuestión nuclear de este pleito para dilucidar si se ha producido preterición respecto de los demandantes en el testamento otorgado por su madre, al no haberlos mencionado en el mismo, con infracción de lo dispuesto por el artículo 120 de la Compilación Foral Aragonesa, o si por el contrario, como afirman los demandados, tal mención se produjo desde el momento en que la testadora expresó ante el Notario «tener cuatro hijos, llamados Pascual, Pablo, Pilar y Alberto—», aunque en el apartado «DISPOSICIONES» ya no se les volviera a nombrar a todos ellos.

Esta es pues la única contradicción de las partes en este procedimiento, siendo evidente que la legítima no se infringe o lesiona por el mero hecho de haber nombrado herederos a tan sólo dos de los descendientes, pues tal

disposición está autorizada por el artículo 119 de la Compilación, y debiendo limitar, por tanto, los razonamientos jurídicos oportunos a la interpretación que deba otorgarse al tenor del referido artículo 120 cuando expresa el derecho de los descendientes excluidos del testamento a ser nombrados o mencionados en el mismo.

CUARTO.—En atención a este planteamiento, hay que tener presente que el testamento otorgado en su día por la fallecida doña María Cruz constituía una disposición de últimas voluntades que se iniciaban con el encabezamiento del Notario autorizante y proseguían con las manifestaciones de la testadora en los apartados «COMPARECE» y «DISPOSICIONES», haciendo mención en el primero de todos los hijos de aquélla, por lo que el requisito exigido por el artículo 120 de la Compilación quedó cumplido al ser la propia testadora la que manifestó al Notario tal circunstancia. Así pues, no cabe apreciar la preterición interesada por los demandantes por estar claro que tal testadora no olvidó la mención de todos sus hijos antes de disponer de su herencia para dos de ellos, afirmación esta reforzada, además, por el hecho admitido por todos los litigantes de que había un testamento previo, otorgado de forma mancomunada junto con su esposo, en el que existía una disposición de la herencia para sus cuatro hijos, por partes iguales, por lo que no tenía sentido acudir de nuevo al Notario si no era para modificar su voluntad, y esto es lo que hizo a la vista del contenido de testamento objeto de enjuiciamiento, procediendo por ello respetar esta última voluntad, con independencia de los motivos que pudieran impulsar a la testadora para dejar fuera de su herencia a dos de sus hijos.

FALLO.—Que desestimando la demanda inicial de estas actuaciones... debo declarar y declaro que los demandantes no fueron preteridos en el testamento de su madre, doña María Cruz...

3. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil, de 30 de septiembre de 1993

Reproducimos sus Fundamentos de Derecho tercero, cuarto, quinto y sexto, así como, en lo procedente, el Fallo.

TERCERO.—El primer motivo del recurso se formula al amparo del ordinal 4.º del artículo 1.692 de la LEC, y denuncia infracción por no aplicación del artículo 122 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón. Señala que los demandantes don Pascual y doña Pilar fueron preteridos en el testamento de su madre al no mencionarles y no ser tenidos en cuenta en las disposiciones del testamento.

El artículo 122 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, analiza la figura de la preterición colectiva por la falta de mención formal en el

testamento de todos los legitimarios, por lo que no tiene aplicación al supuesto de autos en que, los hechos básicos y pretensiones de la demanda, se refiere solamente a dos legitimarios, pues los otros dos que gozan de la misma condición, fueron nombrados herederos de la causante; sin perjuicio del valor de esta norma en la interpretación del artículo 123, a que se hará referencia.

No puede entenderse inaplicado un precepto legal que no afecta al caso de autos, por lo que perece el motivo.

CUARTO.—El segundo motivo del recurso, se formula al amparo del ordinal 4.° del artículo 1.692 de LEC por interpretación errónea del artículo 120 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, en relación con el artículo 119 del mismo texto legal. Los recurrentes debían haber citado adecuadamente el párrafo del precepto que consideran infringido como base del recurso, en adecuada técnica casacional, ya que el mismo contiene un párrafo segundo que hace referencia a los nacidos después de otorgarse el testamento y que evidentemente no es aplicable al caso.

El párrafo primero del referido artículo 120 de la Compilación señala que «aquellos descendientes, sin mediación de persona capaz de heredar, no favorecidos ya en vida del causante o que no lo resulten de su sucesión intestada, necesariamente habrán de ser nombrados o mencionados al menos, en el testamento que lo excluya», un párrafo segundo que hace referencia a los nacidos después de otorgarse el testamento. Y que evidentemente no es aplicable al caso.

Señalan los recurrentes que fueron preteridos en el testamento de su madre, en el que sí fueron nombrados, no se hizo en la forma que establece el artículo 120 de la Compilación. La falta de mención formal en el testamento es el núcleo central del argumento de los recurrentes y entienden que dicha «mención formal» debe efectuarse en la parte dispositiva del testamento, y que los hijos nombrados en él pero a quienes no se les asigne ninguna atribución patrimonial, resultan preteridos por su madre.

Entrando a conocer dicho problema, procede señalar que el 15 de marzo de 1991 y ante el Notario de Zaragoza don I., otorgó testamento doña María Cruz: en la parte expositiva la causante dijo tener cuatro hijos a los que mencionó por sus respectivos nombres y apellidos: Pascual, Pablo, Pilar y Alberto. En la parte dispositiva ordenó su sucesión con arreglo a dos únicas disposiciones: en la primera instituyó herederos por partes iguales a sus hijos Pablo y Alberto con derecho de sustitución vulgar en favor de sus respectivos descendientes, y en defecto de éstos con el de acrecer. Y en la segunda cláusula revocó todo testamento anterior distribuyendo su patrimonio, instituyendo herederos a dos de sus hijos sin hacer referencia a los demás.

Para analizar el verdadero sentido de la preterición en el Derecho Ara-

gonés, debe tenerse en cuenta el derecho histórico que está representado en sus orígenes por dos sistemas opuestos: el Fuero de Daroca de 1142, que recogió la reserva forzosa, por la que nadie puede dejar a un hijo más que a otro y el Fuero de Jaca, de 1063, en la revisión y ampliación que tuvo lugar en 1187 por Alfonso II, donde se reconoce la libertad de testar. Posteriormente, la Compilación de Huesca de 1247 impone la sucesión forzosa, lo que se matiza en las Cortes de Alagón, de 1307, con la elaboración de los Fueros 1.º y 2.º *De testamentis nobilium, militum et infantionibus et heredibus eorum instituandis* extendido con algún matiz en 1311 en Cortes de Daroca a «todos los ciudadanos»; dicho fuero único recogido en el libro IV de los Fueros, bajo el epígrafe *de testamentis civium et aliorum hominum Aragonum* señala que todos los ciudadanos pueden hacer heredero a uno de sus hijos en sus testamentos, al que quisieren dejando a los otros hijos *quantum eis placuerit,* cuanto quisieren de sus bienes, excepción hecha de los hombres de la Universidad de Teruel y Albarracín que tienen otros fueros suyos». Dentro de la libertad de testar, esta obligación de dejar algo a cada uno de los hijos ha sido reconocida por numerosas sentencias de la Audiencia de Zaragoza, entre otras las de 7 de junio de 1883, 13 de julio de 1900 y 9 de julio de 1921, en el mismo sentido las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1858, 11 de marzo y 17 de junio de 1864 y 10 de octubre de 1879 en cuyos considerandos se establece que los hijos no herederos sólo tienen derecho, según fuero, al *quantum eis placuerit;* de lo que se derivaba que la libertad de testar, teniendo hijos o descendientes legítimos, no era absoluta, para que no existiera preterición, era preciso que el padre o la madre les dejara algo.

El Apéndice Foral recogía en su articulado la libertad de testar, respetando la porción de legítima colectiva de 2/3 del caudal hereditario del causante, que se establece por primera vez en este texto legal, regulaba los efectos de la preterición, sin establecer los supuestos en que ésta se producía y así se siguió aplicando con influencia de esta legítima legal y pese a la derogación que se efectúa de los Fueros pervive la forma del texto foral con la que indica que ha de dejarse algo a los hijos y que a ese «algo» ha de hacerse referencia en el testamento o pacto sucesorio.

Hoy la Compilación de Derecho Civil de Aragón ha establecido lo que se denomina por la Doctrina «legítima formal», que no impone la obligación de dejar «algo» a los legitimarios, pero sí exige que necesariamente sean nombrados o mencionados al menos, en el testamento que los excluya. Lo que ha de determinarse y eso es lo que constituye el objeto de este recurso y es en qué forma ha de hacerse esa mención: si basta con la mera referencia a la existencia del legitimario en cualquier parte del testamento (expositiva o dispositiva) y si la mención ha de contener o no una referencia patrimonial.

De conformidad con el artículo 122 de la Compilación constituye la preterición la falta de mención formal en el testamento de un legitimario, de donde cabe deducirse que no es suficiente cualquier tipo de mención para evitar la preterición, sino que ha de tener un carácter formal, y siendo el testamento un acto de disposición de bienes, de conformidad con el artículo 667 del Código Civil, dicha mención, a juicio de la Sala, ha de realizarse necesariamente en la parte dispositiva, aunque sea para manifestar que a determinado o determinados legitimarios no se les deja nada, y ello porque lo que debe tenerse en cuenta es que el testador, precisamente al tiempo de asignar las legítimas, no olvidó la existencia de alguno de aquéllos.

Tampoco puede olvidarse que no consta en autos que la causante, haya instituido dotes o donaciones a sus hijos don Pascual y doña Pilar, o les hubiera entregado liberalidades no usuales o les haya facilitado el seguir carrera profesional o artística, o en suma, les hubiera entregado los derechos que pudieran corresponderles por su legítima materna o paterna (art. 126 de la Compilación) y que en principio fuere esta la causa de su omisión, lo que evidentemente evitaría la preterición.

Por cuanto antecede aparece que han sido preteridos los recurrentes doña Pilar y don Pascual por su madre doña María Cruz, al ser sus herederos forzosos y no haber sido citados o mencionados al disponer de los bienes en el testamento, en la forma dicha, bien para dejarles algo, o bien para excluirles.

No contradice lo antes expuesto que la práctica siga manteniendo el sistema de hacer asignaciones simbólicas a los legitimarios que realmente resultan excluidos de la herencia, práctica que está en la línea de lo que ha sido doctrina constante con anterioridad a la Compilación según se ha expuesto y sirva de ejemplo de tales asignaciones simbólicas las Sentencias que recogían la práctica notarial así de la Audiencia de Zaragoza de 20 de mayo de 1904, 9 de julio de 1921, 24 de junio de 1922, donde se dejaban diez sueldos jaqueses, cinco por bienes sitios y los otros cinco por bienes muebles; o 100 pesetas el 24 de junio de 1922 o la del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1904 donde se dejaban 5 pesetas.

Así planteada la cuestión de fondo determina, consecuentemente, la estimación del motivo.

QUINTO.—El tercer motivo del recurso se formula al amparo del ordinal 4.° del artículo 1.692 y denuncia infracción de las normas del ordenamiento jurídico por infringir el fallo de la sentencia por no aplicación los artículos 1.° y 2.° de la Compilación de Derecho Civil.

Con independencia de que ambos artículos debieron ser objeto de dos motivos de recurso completamente diferenciados, conviene señalar que la Compilación en su artículo 1.° señala que: «Constituyen el Derecho Civil

de Aragón como expresión de su régimen peculiar, las disposiciones de esta Compilación integradas con la costumbre y los principios generales del Derecho, en los que tradicionalmente se inspira su ordenamiento jurídico», y el artículo 2.° que «la costumbre tendrá fuerza de obligar cuando no sea contraria a las normas imperativas o prohibitivas aplicables en Aragón».

No puede mantenerse que las normas a aplicar necesiten de su integración con la costumbre, pues la Compilación establece la citada «legítima formal» con la necesariedad de ser nombrados o mencionados todos los legitimarios en el testamento que los excluya, si bien no descarta la Compilación, otro tipo de liberalidades que recogen en los artículos 120, 124 y 126 y no contradice la norma la tendencia de que se siga atribuyendo una cantidad simbólica al legitimario, evitando con ello la preterición de acuerdo con lo antes establecido de que el nombramiento o mención formal puede efectuarse de esta forma o bien excluyendo expresamente de la herencia al legitimario. En consecuencia perece el motivo.

SEXTO.—Dando lugar al motivo segundo del presente recurso, procede la casación y anulación de la sentencia recurrida dictada por el Juzgado de Primera Instancia número doce de Zaragoza en fecha de 11 de marzo de 1993 y, por tanto, se admite la demanda, procediendo declarar que los hermanos doña Pilar y don Pascual fueron preteridos en el testamento de su madre doña María Cruz y tienen derecho a una participación en los dos tercios del caudal hereditario que constituye la herencia colectiva (art. 119 de la CDC) con una porción igual a la del legitimario que resulte menos favorecido (art. 123 CDC) que, en el supuesto de autos, al haber sido designados los nombrados en testamento herederos por mitad del caudal hereditario, viene a representar una cuarta parte de dichos dos tercios a cada uno de los legitimarios, sin que en la porción de la herencia que corresponde a la libre disposición (el tercio restante) proceda hacer alteración alguna en la atribución testamentaria, porque las normas contempladas se encuentran en el Capítulo II del Título IV del Libro III de la Compilación que contiene, como su propio Título indica las normas «De protección a la legítima»; por tanto no se hace preciso dejar para ejecución de sentencia la fijación de la cuota de participación de dichos preteridos que queda establecida en la Compilación en la forma fijada (arts. 119 y 123) y que matemáticamente se viene a determinar que corresponde, a cada uno de los dichos preteridos, una sexta parte del total del caudal hereditario de la causante.

FALLAMOS.—Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Procuradora... en nombre y representación de don Pascual y doña Pilar contra la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia número Doce de los de Zaragoza de fecha 11 de marzo de 1993 sentencia que casamos y anulamos y en su consecuencia, estimando

la demanda, declaramos que don Pascual y doña Pilar fueron preteridos en el testamento de su madre doña María Cruz otorgado ante el Notario de Zaragoza Sr. R. al núm.... de su protocolo de fecha 15 de marzo de 1991 e igualmente declaramos que les corresponde a dichos demandantes recurrentes una participación de una cuarta parte de los dos tercios del caudal hereditario, legítima colectiva de la causante doña María Cruz, lo que es igual a una sexta parte del total de la herencia, que se formará reduciendo en dicha proporción las cuotas atribuidas en dicho testamento a los designados herederos don Pablo y don Alberto...

B) COMENTARIO

1. Introducción

Sin duda, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de septiembre de 1993, centrada en la problemática de la preterición y la legítima formal aragonesa, originó cierto revuelo en los medios jurídicos de nuestra Comunidad Autónoma, entre los que de inmediato encontró amplia difusión y suscitó animada polémica.

Su proximidad en el tiempo a los Terceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, celebrados en Zaragoza en noviembre y diciembre siguientes, propició además que en su Segunda Ponencia: «Las legítimas», monopolizase la práctica integridad del subsiguiente coloquio. Más el debate saltaba a la prensa (1) y encontraba eco en la ciudadanía, como pueden atestiguar, por la experiencia de sus propios despachos, los distintos profesionales del Derecho. Todo un síntoma de que el interés por las instituciones de nuestro Derecho autóctono no decae sino que va ganando terreno, influyendo también en ello el tratarse de un tema íntimamente ligado a algo que siempre ha sensibilizado a los ciudadanos como es el principio de libertad de testar. Y si el Derecho es para la vida, cuando una cuestión jurídica —no ligada además a concretos aspectos socio-económicos ni a sonados procesos— fue objeto de comentario prácticamente a nivel de calle, no resulta aventurado deducir que nuestro Derecho Civil propio consolida e incrementa su arraigo en la sociedad aragonesa de nuestros días.

El interés y trascendencia de la propia Sentencia desde la perspectiva estrictamente jurídica y las circunstancias que anteceden, proporcionan más que sobrada motivación para este comentario.

El recurso de casación directo interpuesto por los recurrentes ante la Sala de lo Civil del TSJA —con base procesal en el número 1 del ar-

(1) *Heraldo de Aragón* del miércoles 1 y del domingo 5 de diciembre de 1993.

tículo 1.688 LEC— contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Número Doce de los de Zaragoza, contiene cuatro motivos, de los que sólo uno, el 2.°, es estimado por la Sala, mientras que los otros tres —1.°, 3.° y 4.°— perecen, según el criterio de la misma. Nos remitimos al texto de la Sentencia en cuanto a los motivos no estimados, sin perjuicio de que podamos referirnos a ellos a lo largo del comentario en cuanto pudieran tener relación con la línea argumental de la resolución jurisdiccional contenida en su Fundamento de Derecho Cuarto, en el que estima el segundo motivo de casación, formulado procesalmente al amparo del número 4.° del artículo 1.692 de la Ley Rituaria Civil, por interpretación errónea del artículo 120 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón en relación con el artículo 119 del mismo texto legal.

Los argumentos de la Sentencia, como se desprende de su tenor literal, giran fundamentalmente en torno a una serie de cuestiones que, por eso mismo, van a constituir otros tantos apartados del sumario, en el que además figuran en epígrafe separado las contradicciones internas en que, a nuestro juicio, incurre la resolución jurisdiccional.

2. Evolución histórica

En el Derecho Histórico Aragonés, la concurrencia de principios romanos (favorables al sistema de absoluta libertad de disposición *mortis causa* atenuado tardíamente por el derecho de legítima), germánicos (contrapuestos a los romanos con su rigurosa concepción de herencia forzosa ya suavizada a la llegada de los visigodos a nuestra Península por su largo contacto con el Imperio Romano) y autóctonos (2), origina una regulación confusa y contradictoria del sistema legitimario, plasmada en los diferentes Fueros. Así el Fuero de Huesca de 1247 (3) restringe la libertad de disponer aunque admite la posibilidad de mejorar a alguno de los hijos; el Fuero dado en Alagón en 1307 (4) —*de testamentis nobilium*— permite a los nobles

(2) Theodor, Kipp: *Derecho de Sucesiones*, traducción de la octava revisión alemana, adaptada a la legislación y jurisprudencia por Roca Sastre, vol. 1.°, pág. 282

(3) Los herederos legitimarios resultan propiamente de los Fueros de 1247 contenidos en el Cuerpo Legal de los Fueros y Observancias bajo la rúbrica *De exhaeredatione filiorum* que determinaban que fuera de las causas de desheredación no se puede privar el derecho a heredar a sus nacidos.

(4) Iacobus Secundus, en Alagonis, 1307:

> «Ad supplicationem nobis factan per Barones, Mesnadarios, Milites, de Infationes, in hac Curia congregatos: ut casalia eorum in suo bono statu conservetur. cum per divisionem filiorum de facili deperire possent. In perpetuo duximus statuendum, quod de caetero Nobiles, Mesnadarii, Milites. de Infationis. possint unum ex filiis, quem voluerint haeredem facere: aliis filiis de bonis suis. quantum eis placuerit dimittendo.»

instituir heredero a un hijo dejando a los demás *quantum eis placuerit,* privilegio que el Fuero dado en Daroca de 1311 (5) extiende a todos los ciudadanos, y finalmente el Fuero *De Donationibus* (6), dado en las Cortes de Zaragoza de 1398, equiparando en esta materia la donación al testamento, recoge no sólo la posibilidad de la libre distribución entre los hijos sino incluso la de instituir heredero a un extraño existiendo aquéllos. Este confusionismo y regulación contradictoria persiste a través del tiempo.

Jaime SEGUNDO, en Alagón, 1307:

«A la petición que nos hacen Barones, Mesnaderos, Caballeros e Infanzones congregados en esta Corte para que sus casales se conserven en buen estado, ya que pueden perderse fácilmente en el reparto entre los hijos, venimos a establecer a perpetuidad que en adelante los Nobles, Mesnaderos, Caballeros e Infanzones puedan hacer heredero a uno solo de los hijos, al que quieran· dejando a los demás hijos cuanto les plazca.»

(5) IACOBUS SECUNDUS, en Daroca, 1311:

«Nos Iacobus Dei gratia rex praedictus recolim us statuisse in Curia, quam in Alagonae Aragonensibus celebravimus generalem: quód Barones, Mesnadarii, Milites, de Infationes Aragonum possint unum ex filiis, quem voluerint, haeredem facere: aliis filiis de bonis suis, quantum placuerit dimittendo. Nunc autem ad supplicationem humilem nobis factam per Procuratores Civitatum, Villarum de Villarorium Aragonum, qui ad hanc nostram generalem Curiam convenerunt: volentes ipsos simili Foro gaudere De voluntate, de consilio totius Curiae, perpetuó duximus statuendum, quod de caetero omnes Cives, de omnes alii homines Villarum, de Villariorum Aragonum, possint in suis testamentis unum ex filiis, quem voluerint, haeredem facere: aliis filiis de bonis suis, quantum eis placuerit relinquendo: exceptis hominibus Universatis Turolii, de Albarrazini, qui habent alios Foros suos.»

Jaime SEGUNDO, en Daroca, 1311:

«Nos, Jaime, por la gracia de Dios Rey recordamos que, en la Corte General que celebramos a los Aragoneses en Alagón, establecemos que Barones, Mesnaderos, Caballeros e Infanzones de Aragón puedan hacer heredero a uno solo de los hijos, al que quieran, dejando a los demás hijos cuanto <les> plazca de sus bienes. Ahora, a la petición que nos hacen humildemente los Procuradores de las Ciudades, Villas y Villorrios de Aragón que han acudido a esta Corte general nuestra, de que quieren disfrutar ellos de un Fuero semejante, de voluntad y consejo de toda la Corte, venimos en establecer a perpetuidad que en adelante todos los Ciudadanos y todos los demás hombres de las Villas y Villorrios de Aragón puedan hacer heredero a uno solo de sus hijos en sus testamentos, al que quieran, dejando a los demás hijos cuanto les plazca de sus bienes: excepción hecha de los hombres de la Universidad de Teruel y de Albarracín que tienen otros Fueros propios.»

Los Fueros dados en Alagón en 1307, y en Daroca en 1311 dan lugar a la llamada legítima colectiva al cambiar el derecho de cada hijo a una porción de los bienes paternos por un derecho de legítima global a favor de ellos También a partir de entonces se excluye la obligación de instituir heredero.

(6) Martinus PRIMUS, en Caesaraugustae, 1398:

«Donatio, quae fiet per aliquem de suis bonis generaliter, vel etiam de bonis habitis, de habendis alicui personae, quae non sit filius suus, aut filii sui legitimi de naturales, in qua ipse donans nil relinquit suis filio, aut filiis legitimis, de naturalibus iam natis, non valeat si filios, vel filias legitimos de

La Sentencia, en el Fundamento de Derecho Cuarto, nos dice que: «... Para analizar el verdadero sentido de la preterición en el Derecho Aragonés, debe tenerse en cuenta el derecho histórico...», y si bien es indudable la importancia de acudir a los precedentes históricos para la adecuada interpretación de un precepto legal o de una institución, lo cierto es que los Fueros citados a este respecto por la Sentencia, no tratan ni regulan la preterición sino la cuestión de la libertad de testar que, en Aragón, tiene diferentes manifestaciones a través de la Historia como consecuencia de la aplicación del principio de libertad civil *standum est chartae* al Derecho de Sucesiones. Y así, la libertad de distribución entre los hijos autorizada por los citados Fueros de 1307 y de 1311 dio lugar a la práctica de insertar una cláusula en los testamentos (en los que por cierto no había diferenciación de partes expositiva y dispositiva sino una sucesión de cláusulas del más diverso contenido: desde la consignación de los datos personales y familiares hasta las de contenido estrictamente patrimonial pasando por las relativas a creencias religiosas y disposiciones sobre entierro, funeral y sufragios) en la que se nombraba a todos los legitimarios con una atribución patrimonial simbólica: «ITEM —doy por parte y derecho de legítima herencia a— la cantidad de diez sueldos jaqueses, cinco por bienes muebles y cinco por bienes sitios.» Dado el carácter de esa atribución patrimonial, la cláusula venía a constituir una declaración de conocimiento de la existencia de todos los legitimarios con una referencia patrimonial nominal, que permitía al testador disponer de sus bienes entre sus hijos como estimase conveniente.

---

naturales habebit tempore donationis: de hoc cum per eos instantia fiet contra ipsam donationem. Et si post donationem nascentur aliquis aut aliqui filii naturales de legitimi de eis non fuerit facta mentio tempore dictae onationis ipso facto dicta donatio sit rupta, de habita pro non facta, si per filium aut filios contra dictam donationem instantia fiet. Attamen si voluerit de bonis suis facere donationem alicui, aut aliquibus ex filiis suis legitimis de naturalibus, quod id facere possit prout eum, ut eos haereditre poterat in testamento, dum tamen aliis filiis remanentibus aliquid det vel assignet de bonis sui, Foro qui incipit: PARENTES, titulo DE DONATIONIBUS, in aliquo non obstante.»

Martin PRIMERO, en Zaragoza, 1398:

«La donación que alguien haga a una persona que no sea su hijo o sus hijos legítimos y naturales de sus bienes en general o de los bienes habidos o por haber, en la que el donante no deje nada a su hijo o hijos legítimos y naturales ya nacidos, no tenga valor si en el momento de la donación tiene hijos o hijas legítimos y naturales y esto cuando ellos reclamen contra esta donación. Y si tras la donación nacen algunos hijos naturales y legítimos y de ellos no se hizo mención en el momento de la donación, quede rota de inmediato dicha donación y sea tenida por no hecha cuando el hijo o la hija reclamen contra esta donación. Por otra parte, si quiere hacer donación de sus bienes a uno o algunos de sus hijos legítimos y naturales, que pueda hacerlo como puede hacerlos herederos en testamento, mientras de o asigne algo de sus bienes a los demás hijos restantes, no obstante el Fuero que comienza: Parentes, en la rúbrica DE DONATIONIBUS.»

Manifestación aún más absoluta de la libertad de testar, la encontramos en la práctica testamentaria de instituir heredero a un extraño habiendo hijos, extrapolada y ratificada respecto de las donaciones por el Fuero *De Donationibus* de 1398 que, equiparando a estos efectos las donaciones a las sucesiones *mortis causa,* permitía la donación universal en favor de un extraño habiendo hijos (el equivalente a la institución de heredero en favor de un extraño), y con la única prevención del nombramiento de los hijos con esa referencia patrimonial puramente simbólica cumplimentada con la cláusula de legítima foral ya citada (señalemos, como acotación marginal, que no utilizamos como ejemplos de los criterios contrario y favorable respectivamente a la libertad de testar los citados por la Sentencia en su Fundamento de Derecho Cuarto: Fuero de Daroca de 1142 y Fuero de Jaca de 1063 con revisión y ampliación de 1187, por cuanto su ámbito de aplicación territorial muy reducido impide reputarlos verdaderamente representativos del Derecho Aragonés al faltarles la nota de generalidad).

Esta falta de criterio unitario persiste en Aragón hasta el Congreso de Jurisconsultos de Zaragoza de 1880 en el que la libertad absoluta de testar, a pesar de contar con defensores tan ilustres como Joaquín COSTA, fue notablemente mermada al establecerse un límite a la disposición de bienes por parte del testador en favor de extraños (hasta entonces no se había establecido ninguno, porque según reconocen de manera unánime los foristas, éste quedaba a la discreción y arbitrio de buen varón de los padres, ya que no creyeron necesario establecer un límite matemático que nunca podría ajustarse a los supuestos o necesidades de cada caso particular).

Se abre entonces un período de tiempo hasta la promulgación del Apéndice, caracterizado por un confusionismo en materia de legítimas todavía mayor ya que, a la influencia de las resoluciones de los jurisconsultos, vinieron a unirse la de las «Instituciones», publicadas por FRANCO y GUILLÉN, y sobre todo la del Código Civil, promulgado en 1889. Y así los jueces, influidos en gran parte por el Derecho de Castilla, dictaban Sentencias en las que no se tenía en cuenta el Derecho Aragonés, constituyendo un ejemplo paradigmático de ello las que concedían suplemento de legítima a aquellos hijos solamente mencionados en la cláusula de legítima foral, como si en Aragón existiera la legítima individual o estricta del Derecho Castellano (tendencia que se inicia con la Sentencia de 31 de diciembre de 1909) (7).

Pretendo significar con ello que las resoluciones judiciales aducidas por la Sentencia que comentamos, nada aportan ni nos dicen en el contexto de la evolución de la legítima formal aragonesa al ser producto de esa situa-

(7) MARCELIANO, Isabel: «Cuestiones de Derecho Foral Aragonés», en *RDP,* de 1914, pág. 278.

ción especial; basta para ello fijarse en las fechas de las mismas: Sentencias de la Audiencia de Zaragoza de junio de 1883, julio de 1900 y julio de 1921, y Sentencias del Tribunal Supremo de diciembre de 1858, marzo de 1864 y octubre de 1879.

Ni el Proyecto de Apéndice de 2 de marzo de 1925, redactado por la Permanente de la Comisión General de Codificación, ni el propio Apéndice Foral de 7 de diciembre de 1925, determinan —en su respectivo art. 32— en qué consiste la preterición, limitándose a regular sus efectos, si bien, de la redacción de su coincidente párrafo 3.º de su respectivo artículo 30 («el descendiente que sea capaz para heredar excluye de esta herencia forzosa a los que por su mediación desciendan del testador y éste podrá señalar la cantidad o porción de bienes que le plazca para cada uno de los que estén en el grado más próximo») parece deducirse la necesidad de una atribución patrimonial a los legitimarios sin mediación de persona capaz para heredar, para entender cumplido el requisito de la legítima formal.

Sin embargo, el Anteproyecto de Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1961, redactado por la Comisión de jurisconsultos nombrada por el Ministerio de Justicia, dispone en su artículo 71 que: «El legitimario que desciende del causante sin mediación de una persona capaz de heredar, cuando no hubiera sido favorecido en vida del causante o mediante la sucesión *ab intestato,* deberá ser mencionado en el testamento, al menos con expresión que dé a entender que el testador ha tenido en cuenta su existencia al asignar las legítimas.»

Es indudable la evolución que ha experimentado la legítima formal desde el Apéndice y su citado Proyecto —conforme a los cuales parece necesaria una atribución patrimonial— a este Anteproyecto de Compilación de 1961 en el que se habla de «mencionar a los parientes inmediatos» si bien con cierta referencia patrimonial (pero mucho menos específica que la del Apéndice, ya que basta con que el testador haya tenido en cuenta la existencia de los legitimarios al asignar las legítimas). Y en la misma línea del Anteproyecto de 1961 se encuentran el artículo 72 del Anteproyecto de 1962 y el artículo 68 del Anteproyecto de 1963, redactados ambos por la Comisión de Jurisconsultos.

Pero un importante cambio en el tema que nos ocupa va a aparecer en el Anteproyecto de Compilación de 1965, redactado por la Sección Especial de la Comisión General de Codificación:

De una parte, el derecho a alimentos —recogido en su art. 119— que tienen los descendientes inmediatos que en la distribución de los bienes hereditarios queden en situación legal de pedirlos, ya no se denomina legítima individual, a diferencia de lo que ocurría en los Anteproyectos de 1962 (art. 71), 1963 (art. 67) y 1961 (art. 70) en los que sí recibía dicha denominación, e incluso, en el de 1961, se determinaba su contenido (concre-

tándolo en el derecho a vivir indefinidamente en la casa familiar con arreglo a la costumbre o, en su defecto, cuando no haya renunciado a la legítima o dándose por pagado de ella, se tratará de una pensión vitalicia consistente en un 3 por 100 anual del capital que con arreglo al Código Civil le hubiera correspondido por legítima).

De otra, cambia significativamente la redacción del precepto relativo a la legítima formal —art. 118— que dispone ahora que: «Los legitimarios no favorecidos en vida del causante o que no lo resulten en la sucesión intestada de éste, necesariamente habrán de ser nombrados, o mencionados al menos en el testamento que les excluya.»

El significado y alcance de este cambio de redacción parece evidente:

— Si la Comisión prescinde del término «legítima individual» es que quiere dejar claro que el legitimario —en cuanto tal y concurriendo con otros y siempre que el testador haya cumplido con la legítima global— no tiene derecho a ninguna atribución patrimonial (ni siquiera simbólica).
— Y si sólo exige ya «el nombramiento o mención, es que quiere excluir la necesidad de toda referencia patrimonial (como el tener que declarar expresamente que a determinados parientes sin mediación de persona capaz para heredar se les excluye de la legítima).

Pues bien: el artículo 120 de la vigente Compilación del Derecho Civil de Aragón (que en el Texto dado por Ley 3/1985 de 21 de mayo de las Cortes de Aragón mantiene la misma redacción que en el de 8 de abril de 1967) es transcripción exacta del citado artículo 118 del Anteproyecto de 1965, salvo la sustitución de la palabra «legitimarios» por la expresión «aquellos descendientes sin mediación de persona capaz para heredar».

A la vista de cuanto antecede, y como síntesis concluyente de esta parte del comentario, podemos establecer:

a) Hasta la promulgación del Apéndice Foral de 1925, la regulación del sistema legitimario en Aragón giraba fundamentalmente en torno a la discusión a favor o en contra de la libertad testamentaria en sus distintas manifestaciones.
b) El Apéndice de 1925 fue restrictivo de la libertad de testar, como lo fue también en otras materias («el testador podrá señalar la cantidad o porción de bienes que le plazca para cada uno de los que estén en el grado más próximo»), siguiendo esta orientación pero de forma menos taxativa los Anteproyectos de Compilación de 1961, 1962 y 1963 redactados por la Comisión de Jurisconsultos («el legitimario deberá ser nombrado en el testamento al menos con la expresión que dé a entender que el testador ha tenido en cuenta su

existencia al asignar las legítimas»; se atribuye un contenido a la legítima material individual o se denomina así el derecho a alimentos).

c) Tanto el Anteproyecto de Compilación de 1965 como la Compilación vigente, suponen un cambio de orientación en la formulación del sistema legitimario, que resulta ya menos rígido y formalista, según lo antes visto, al habérsele dado una solución transaccional entre el Derecho Romano y el Derecho Aragónes. En palabras de LACRUZ (8): «Para la Compilación nos pareció que, dada la evolución del Derecho Aragonés, se ajustaba bien a sus directrices esta partición que sistematizaron los pandectistas, si bien teniendo en cuenta el carácter global de la legítima, y así el capítulo destinado a ella se basa en distinguir: *a)* Una legítima materia colectiva; *b)* Una legítima formal, y *c)* Una legítima material individual de muy especial naturaleza, que corresponde a los descendientes de primer grado en determinadas circunstancias.»

Consecuentemente, el actual artículo 120 de la Compilación, para cumplir con la legítima formal y evitar por tanto la preterición, requiere única y exclusivamente que los descendientes sin mediación de persona capaz de heredar a quienes el testador quiera excluir de su herencia sean nombrados o al menos mencionados en el testamento, al igual que en el Derecho Romano en el que la legítima formal consistía en el derecho de los más próximos parientes herederos *ab intestato* a ser nombrados en el testamento, sin cuyo requisito se entendía que el causante se había olvidado de ellos.

Y es que si el legislador de la vigente Compilación Aragonesa hubiera querido exigir algo más (atribución patrimonial aunque fuera simbólica o una mención cualificada por su referencia expresa a la legítima formal) lo hubiera establecido, como lo hizo en el Apéndice Foral de 1925 al exigir una atribución patrimonial o en los Anteproyectos de 1961, 1962 y 1963 (cuya redacción modificó precisamente en este punto para suprimir otras exigencias, según lo ya visto) o como lo hizo el legislador en la Compilación de Navarra, en cuya Exposición de Motivos ya se dice que la legítima formal de los descendientes supone en realidad una imposición de no-preterición por parte del disponente, pues carece de contenido patrimonial exigible, razón por la que «se ha estimado conveniente mantener la vieja fórmula foral... que pone mejor de manifiesto el carácer meramente formal de dicha institución legitimaria» y en la que, en cumplimiento de ese criterio tan gráficamente expresado de «mantener la vieja fórmula foral», su

(8) José Luis LACRUZ BERDEJO: «Las legítimas», en *BRICA de Zaragoza*, 1967, pág. 149

Ley 267 determina que: «La legítima navarra consiste en la atribución formal a cada uno de los herederos forzosos de cinco sueldos "febles" o "carlines" por bienes muebles y una robada de tierra en los montes comunes por inmuebles. Esta legítima no tiene contenido patrimonial exigible ni atribuye la cualidad de heredero».

3. El nombramiento o mención

La preterición —según el tenor del artículo 120 de la Compilación— representa la infracción de la legítima formal, y se da por falta de nombramiento o al menos mención en el testamento o contrato sucesorio, de los legitimarios de primer grado no favorecidos *inter vivos,* ya sea de forma intencional o no. Se deduce del precepto que con el nombramiento, o al menos mención, de los no favorecidos por el testador, es suficiente para cumplir con «los preceptos protectores de la legítima formal» —en expresión de la Exposición de Motivos de la Compilación— sin que sea necesario otorgarles ninguna atribución patrimonial, ya que tanto en el Seminario organizado por el Consejo de Estudios de Derecho Aragonés como en la Comisión de Jurisconsultos Aragoneses al abordar esta cuestión en los trabajos de redacción de la Compilación, les pareció más adecuado refundir la cantidad simbólica con la mención ya que aquélla carecía de contenido (9).

¿Y cuándo se puede entender nombrado o mencionado un legitimario?

Cuando el artículo 120 utiliza estos términos lo hace de acuerdo con la orientación romana de libertad de testar entre los hijos o incluso en favor de extraños existiendo éstos —como en Navarra— concediéndose a los descendientes un derecho honorífico: el de ser mencionados en el testamento del ascendiente vivo más inmediato (10).

Las dos fórmulas —nombrar y mencionar— son válidas, aunque gramaticalmente implique mayor determinación la primera que la segunda. Nombrar es designar a una persona con su nombre y apellidos mientras que mencionar es citar, aludir, hacer referencia a ella, pero lo importante formalmente es que, cualquiera que sea el procedimiento utilizado, sea suficiente para la identificación de los legitimarios.

Como dice García Amigo (11): «En el término nombrar hay que entender incluidas las referencias nominales, es decir, aquellas en las que el testador o instituyente llama a sus hijos o descendientes excluidos con sus

---

(9) Lacruz Berdejo. «Las legítimas», en *BRICA de Zaragoza,* 1967, pág. 151.

(10) José Luis Lacruz Berdejo: «Preterición e injusta desheredación», en *RCDI,* 1968, pág. 522.

(11) «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», en *RDP,* t. XXXIV, pág. 23

nombres y apellidos o con otras expresiones nominales con que sean conocidos. Y en el término mencionar se comprenden cualesquiera otras referencias no nominales a través de las cuales se esté llamando a algún hijo o descendiente mediante expresiones que no ofrezcan duda acerca de la persona a la que aluden (por ej. un hijo mayor, un hijo menor, el hijo militar, etc.)»

Que cabe la mención de forma genérica se desprende de la comparación entre los dos apartados del propio artículo 120: el legislador recoge en el párrafo primero la exclusión voluntaria y en el párrafo segundo el olvido o ignorancia y para evitar la preterición exige distintos requisitos según los casos. Mientras que en el supuesto de exclusión intencional basta el nombramiento o al menos la mención para evitar la preterición, si se trata en cambio de olvido o ignorancia (legitimarios nacidos después de otorgarse el testamento) no basta con el uso de expresiones genéricas no referidas especialmente a ellos. De donde se deduce a *contrario sensu* que en los demás casos (los del párraro primero) sí que son admisibles tales expresiones genéricas.

De lo dicho hasta ahora se desprende que no pueden considerarse preteridos —como considera la Sentencia— los recurrentes doña Pilar y don Pascual, hijos de la testadora, puesto que ésta les nombra en el testamento con sus nombres y apellidos junto con sus otros dos hermanos, cumpliendo con ello con la legítima formal exigida por el artículo 120 de la Compilación.

Uno de los argumentos utilizados por la Sentencia en apoyo del criterio por ella mantenido es que: «... de conformidad con el artículo 122 de la Compilación constituye la preterición la falta de mención formal en el testamento de un legitimario (cita errónea, el precepto refiere la falta de mención formal en el testamento a todos los legitimarios), de donde cabe deducirse que no es suficiente cualquier tipo de mención para evitar la preterición sino que ha de tener un carácter formal...». A este respecto cabe argumentar lo siguiente:

1.° La intención y criterio del legislador de la Compilación creemos que ha quedado claramente demostrada en el breve análisis realizado en el punto anterior de este comentario acerca de la evolución en Aragón de la regulación del sistema legitimario: lo único que exige al testador o instituyente es una declaración de conocimiento de la existencia de los hijos efectuada en forma suficiente para su identificación, bien sea por nombramiento o por mención y en la parte del testamento que crea conveniente (en puridad en vez de «parte» del testamento habría que hablar de «lugar» del testamento para significar el alcance de mera ubicación física dentro del documento sin connotaciones de diversidad de efectos como veremos en el punto 5 de este comentario).

Porque si el legislador quería exigir algo más, sin duda que así lo hubiera establecido al regular la legítima formal en el artículo 120 de la Compilación:

— Como lo hizo en el artículo 30 del Apéndice Foral de 1925.
— Como lo hizo en el artículo 71 del Anteproyecto de Compilación de 1961, en el artículo 72 del Anteproyecto de Compilación de 1962 y en el artículo 68 del Anteproyecto de Compilación de 1963 que exigen: «Que sean mencionados en el testamento, al menos con expresión que dé a entender que el testador ha tenido en cuenta su existencia al asignar las legítimas», o lo que es lo mismo: «Que sean mencionados en el testamento en la forma dicha, bien para dejarles algo o bien para excluirles», que es precisamente lo que, utilizando su misma expresión, exige la Sentencia para que no exista preterición.

Pero es que justamente la redacción de estos artículos no prevaleció ni en el Anteproyecto de Compilación de 1965 ni en la Compilación vigente, en cuyo artículo 120 —siguiendo lo dispuesto en el artículo 118 del Anteproyecto de Compilación de 1965 del que es casi literal transcripción— quedó suprimido todo aquello que relacionase la legítima formal con referencias patrimoniales, y lo que exige la Sentencia de «que sean mencionados, bien para dejarles algo, bien para excluirles», es una clara referencia patrimonial que de ninguna forma exige el artículo 120 de la Compilación.

2.° Pero imaginemos por un momento, como mera hipótesis de trabajo, que la mención formal a que se refiere la Sentencia implica algo más que el nombramiento o la mención ordinaria. Cierto que es difícil concebir una categoría intermedia entre la atribución patrimonial simbólica a la usanza navarra (no exigida por nuestra Compilación, obviamente, e incluso así lo reconoce la propia Sentencia) y la mención del artículo 120 de la Compilación. Pero supongamos que sí existe ese grado intermedio y que es preciso dotar de una mayor formalidad a esa mención. Pues aun así, para nada afectaría dicha cuestión al supuesto de hecho objeto de la *litis,* porque el precepto que viene a identificar preterición con falta de mención formal es el artículo 122 de la Compilación que regula la preterición o desheredación total, artículo inaplicable ya que si en el testamento impugnado hubiera habido —que no la hubo— preterición, hubiera sido en todo caso y sin duda alguna preterición singular, regulada en el artículo 123 de la Compilación que, en relación con su artículo 120 exige solamente que los legitimarios sean nombrados o al menos mencionados; sin más adjetivos ni calificaciones, y si gramaticalmente no cabe duda que «nombrar» tiene mayor determinación identificativa que «mencionar» y lo demuestra el propio texto de

la Compilación (art. 120) que establece una gradación de más a menos al decir: «... nombrados o mencionados al menos», no parece haber duda razonable de que si el precepto legal para la menor categoría identificativa que es «mencionados» no exige ni establece cualificación especial, *a fortiori* tampoco lo exigirá, ni la exige ni puede exigir, una especial cualificación añadida para la categoría identificativa mayor que es «nombrados», y en el caso de autos son nombrados —lo más— los cuatro hijos en el testamento.

Por tanto, aún en el hipotético caso de que ese carácter «formal» de la mención tuviese que implicar una especial cualificación de la misma sólo debería estar referido al supuesto de preterición total recogido en el artículo 122 e inaplicable a este caso.

Es preciso no confundir el ámbito de aplicación más reducido de los artículos 120 y 123 (sólo los descendientes sin mediación de persona capaz para heredar) con el más amplio del artículo 122 (todos los legitimarios, que en Aragón —conforme al art. 119 de la Compilación y conviene no olvidarlo aunque pueda parecer una obviedad— lo son todos los descendientes). En este sentido la invocación al artículo 122 de la Compilación no cabe tampoco en el supuesto de hecho contemplado ni siquiera como elemento interpretativo del art. 123 —tal como dice la Sentencia en su Fundamento de Derecho Tercero— por el diferente ámbito de ambos preceptos.

Y no parece que sea casual o indiferente que el calificativo «formal» unido al sustantivo «mención» aparezca únicamente en el artículo 122 de la Compilación, regulador de la preterición total, y no aparezca en el artículo 120 en el que sólo se dice «nombrados o mencionados al menos». La cualificación como «formal» de la mención cuya falta, por afectar a todos los legitimarios, da lugar a la preterición total, hay que ponerla en relación con los graves efectos que produce la preterición total, cuales son la delación abintestato del caudal hereditario, bien en sus dos tercios o en su totalidad, según sea intencional o no (núm. 1 y 2 del art. 122); esos graves efectos llevan al legislador a ser exigente para la apreciación de la preterición total.

Con esa finalidad introduce el calificativo «formal» junto a la mención; calificativo referido a un carácter individualizador de los legitimarios, bien sea por su designación nominativa, por sus datos personales o bien por otros datos que permitan su identificación individualizada. Para que exista preterición total es preciso que no haya referencia individualizada de ninguno de los legitimarios (no puede ser además materialmente de otra forma, dado que en Aragón la legítima material es colectiva) y basta pues que exista una mención o referencia individualizada de uno sólo de ellos (y recordamos de nuevo que en Aragón son legitimarios todos los descendientes, art. 119

Compilación) para que no se produzcan los drásticos efectos de la preterición total sino los efectos más mitigados de la preterición singular del artículo 123 de la Compilación y sin perjuicio de los derechos en caso de lesión de la legítima colectiva a que se refiere el artículo 124 de la Compilación.

En cambio, sí que habría preterición total, con sus consiguientes efectos, si el testador se limitase a efectuar una mención genérica indeterminada a los legitimarios, como la que suele utilizarse en Navarra tras la reforma de su Compilación por Ley Foral 5/1987, en donde la Ley 269 dispone que la institución de la legítima foral podrá hacerse para todos los legitimarios en forma colectiva, a diferencia de lo que ocurría antes de dicha reforma en que debía hacerse nominativamente para los hijos y descendientes que en el momento de la disposición tengan derecho a ella mientras que para los demás era suficiente la institución colectiva (posición lógica la actual, pues en Navarra no existe ni siquiera la legítima material colectiva sino la legítima formal de los descendientes, concretada en los conocidos cinco sueldos por muebles y una robada de tierra en los montes comunes por inmuebles a cada uno de los herederos forzosos y sin contenido patrimonial exigible, según su Ley 267); esa fórmula navarra de asignación genérica de legítima en forma colectiva se suele limitar a determinar que: «... a cada uno de los hijos y descendientes que pretendan derecho sobre la herencia del testador instituye en la legítima foral navarra de cinco sueldos..., etc.» o algo similar, y eso es lo que no considera el legislador aragonés como mención formal; en realidad la posición de la Compilación en este punto es más parecida a la posición de la Ley 269 de Navarra antes de su reforma por la Ley Foral 5/1987 de 1 de abril (parecida formalmente claro, no materialmente, dada la diferencia de sistemas legitimarios).

Y sin embargo, la Sentencia, de acuerdo con el tenor literal de sus fundamentos de Derecho, no sólo nos retrotrae al sistema —abandonado por la Compilación y antes por su Anteproyecto de 1965— de los Anteproyectos de 1963, 1962 y 1961, de la mención cualificada por una referencia expresa a la legítima formal, sino que también vuelve al sistema anterior al Apéndice de la atribución patrimonial bien que simbólica, pues considera que sólo por cualquiera de los dos procedimientos: atribución de cantidad simbólica o nombramiento o mención con exclusión expresa de la herencia al legitimario, queda cumplido el nombramiento o mención formal legalmente exigido por la Compilación, y así lo declara en el Fundamento de Derecho Cuarto («... aparece que han sido preteridos... al ser sus herederos forzosos y no haber sido citados o mencionados al disponer de los bienes en el testamento, en la forma dicha, bien para dejarles algo o bien para excluirles») y Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia («... no contradice la norma la tendencia de que se siga atribuyendo una cantidad

simbólica al legitimario, evitando con ello la preterición de acuerdo con lo antes establecido de que el nombramiento o mención formal puede efectuarse de esta forma o bien excluyendo expresamente de la herencia al legitimario»). En definitiva, un claro retroceso en el sistema legitimario aragonés y, a nuestro juicio, contrario a la legalidad vigente.

4. Las contradicciones internas de la propia sentencia

No pueden pasarse por alto las contradicciones internas en que incurre la Sentencia en sus Fundamentos de Derecho, al declarar la preterición de los dos hermanos recurrentes Pilar y Pascual y aplicar los efectos de la misma en orden a la atribución de cuotas en el caudal hereditario, y en orden a otras cuestiones. Así:

— De una parte proclama expresamente la improcedencia de la aplicación del artículo 122 de la Compilación por ser el regulador de la preterición total, lo que no ocurre en el supuesto de hecho contemplado en el que la preterición se refiere únicamente a dos legitimarios (siempre según la Sentencia) y ello hasta el punto que provoca el perecimiento del primer motivo del recurso (Fundamento de Derecho Tercero) y la procedente aplicación del artículo 123 regulador de la preterición singular (Fundamento de Derecho Sexto).
— Y de otra, curiosa y contradictoriamente, aplica los efectos de esa misma preterición total, regulados por el mismo artículo 122, que la propia Sentencia acaba de declarar de improcedente aplicación (el mismo Fundamento de Derecho Sexto).

Si, como reconoce la Sentencia, en el caso de autos estamos ante un supuesto de preterición singular y no total, procediendo la aplicación del artículo 123 regulador de dicha preterición singular (Fundamentos de Derecho Tercero y Sexto), este precepto dispone que «el descendiente, sin mediación de persona capaz de heredar, preterido tendrá derecho a una porción en el "caudal" igual a la del menos favorecido por el testador, porción que se formará reduciendo proporcionalmente las participaciones de los restantes legitimarios».

Atención a la expresión legal; no dice «una porción en la legítima colectiva» (que serían los dos tercios del caudal hereditario fijado conforme a lo dispuesto en el art. 818 CC a efecto de determinación de legítimas, por la remisión que a dicho precepto efectúa el artículo 119 de la Compilación regulador de la legítima material colectiva aragonesa) sino «una porción en el caudal», es decir, en la totalidad del caudal hereditario, en la

integridad del caudal relicto con su característica de «universalidad o unidad patrimonial de la herencia» que el artículo 659 del Código Civil aun no refiriéndose al contenido de la herencia sino al ámbito del fenómeno sucesorio explicita al prevenir que «la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extinguen por su muerte». Conforme a este criterio, fundamentado en la normativa vigente, la porción que corresponde a cada hijo declarado preterido por la Sentencia —Pascual y Pilar— será igual a la del hermano menos favorecido por la madre testadora y se formará reduciendo proporcionalmente la participación (en el caudal, no se olvide) de los restantes legitimarios, que son sus hermanos Pablo y Alberto. Pero como estos dos últimos han sido favorecidos por igual por su madre ya que les ha instituido herederos por partes iguales, la participación en el caudal de cada hermano declarado preterido, Pascual y Pilar, será la misma que la de cada hermano favorecido por la testadora, Pablo y Alberto, es decir una cuarta parte para cada uno de los cuatro hermanos, entendiendo referidas esas cuartas partes al «caudal», es decir, a la herencia, tal como previene el artículo 123 de la Compilación.

Pues bien, la Sentencia, en contradicción con sus propios pronunciamientos, no lo entiende así sino que partiendo de la afirmación errónea de que la expresión «caudal» del artículo 123 de la Compilación está referida a los dos tercios del caudal hereditario en que consiste, según el artículo 119, lo que la Sentencia denomina la «herencia colectiva» («sic»; errónea transcripción del art. 119 que no habla de herencia colectiva sino de legítima material colectiva) y entendiendo por tanto que en el tercio de libre disposición no procede hacer alteración alguna en la atribución testamentaria y debe seguir atribuido a los instituidos herederos, divide esos dos tercios del caudal hereditario por partes iguales entre los dos hermanos favorecidos, Pablo y Alberto, y entre los dos hermanos declarados preteridos, Pascual y Pilar, en suma, distribuye esos dos tercios por partes iguales entre los cuatro hermanos, con lo que, reduciendo a común denominador y efectuadas las pertinentes operaciones aritméticas, la totalidad del caudal hereditario resulta atribuido, en cuanto a sendas sextas partes a los declarados preteridos Pascual y Pilar, y en cuanto a dos sextas partes para cada uno, a los dos hermanos favorecidos por la testadora, Pablo y Alberto (1/6 + 1/6 + 2/6 + 2/6 = 6/6 o la integridad del caudal hereditario).

Y precisamente, esa distribución efectuada por la Sentencia en la forma y proporción que resulta del párrafo anterior, supone la aplicación exacta de lo dispuesto en el artículo 122-1.º de la Compilación para el supuesto de preterición total (precepto que la propia Sentencia acaba de declarar inaplicable según lo visto *ut supra)* conforme al cual: «La preterición en el testamento de todos los legitimarios, determina la delación abintestato de dos tercios del caudal, si la existencia de todos aquellos era conocida por

el testador al tiempo de hacerse la disposición *mortis causa.*» Hágase el sencillo cálculo aritmético correspondiente y se comprobará que el resultado es el mismo: sendas sextas partes de todo el caudal hereditario para los declarados preteridos Pascual y Pilar y dos sextas partes a cada hermano favorecido, Pablo y Alberto.

Y otra contradicción: no sólo aplica el artículo 122 regulador de la preterición total, que no hace al caso, y que la propia resolución judicial declara inaplicable, sino que lo aplica en su apartado 1.° relativo a la preterición total e intencional. «... la delación abintestato de dos tercios del caudal si la existencia de todos los legitimarios era conocida por el testador al tiempo de hacerse la disposición *mortis causa*». Pues si esto es así ¿cómo se explica que la propia Sentencia, en su Fundamento de Derecho Cuarto, declare «... porque lo que debe de tenerse en cuenta es que el testador, precisamente al tiempo de asignar las legítimas no olvidó la existencia de alguno de aquéllos (legitimarios)»? ¿Cómo alegar el posible olvido de algún legitimario por parte de la testadora para justificar la exigencia de que la mención o nombramiento se efectúe en esa pretendida parte dispositiva del testamento si a la vez se aplica la normativa correspondiente al supuesto en que el testador conoce la existencia de todos los legitimarios? ¿Conocía? ¿No conocía?

5. La pretendida distinción entre parte expositiva y parte dispositiva del testamento en cuanto acto de disposición de bienes

A. *El testamento como acto de disposición de bienes*

Nos dice la Sentencia en su Fundamento de Derecho Cuarto: «... y siendo el testamento un acto de disposición de bienes, de conformidad con el artículo 667 del CC, dicha mención, a juicio de la Sala, ha de realizarse necesariamente en la parte dispositiva...»

No vamos a contradecir —aunque sí a matizar críticamente— la afirmación de que el testamento sea un acto de disposición de bienes, sino la conclusión que obtiene la Sala de que por ser un «acto de disposición de bienes» ha de tener una «parte dispositiva» contrapuesta a una parte expositiva.

El artículo 667 del Código Civil en efecto nos dice que «el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos, se llama testamento».

Se ha criticado esta definición por entender que atiende casi exclusivamente a contenido y finalidad del acto, faltándole otros caracteres que contribuyen igualmente a perfilar su concepto. Del precepto en cuestión se

desprende que el testamento es, en esencia, un acto de disposición de bienes para después de la muerte —y fundamentalmente así es en realidad—, es decir, se incide exclusivamente en su carácter patrimonial, pero sin embargo, tanto en el Código Civil como en la Compilación Aragonesa, encontramos distintos preceptos que permiten incluir en el testamento disposiciones de carácter no patrimonial. Así en el testamento puramente revocatorio (art. 738 CC), las disposiciones sobre sufragios y funerales (art. 902-1.° CC), reconocimiento de la filiación no matrimonial (art. 120 CC), nombramiento de albaceas, delimitación de sus facultades, plazos, etc. (arts. 892 y ss. CC), nombramiento de tutor (art. 223 CC y art. 15 CA), nombramiento de protutor (art. 18 CA), nombramiento de curadores (art. 291 CC), nombramiento de administrador de los bienes del menor por el disponente a título gratuito (art. 164-1.° CC y art. 12-1 CA), nombramiento de persona con facultad de disponer de los bienes del menor de catorce años según lo estipulado por el transmitente a título gratuito (art. 13 CA), designación por los padres de las personas que a su fallecimiento van a ejercer la autoridad familiar (art. 10-2 CA), la rehabilitación del indigno (art. 757 CC), el nombramiento de la Junta de parientes en funciones de fiducia sucesoria (art. 22 en relación con el art. 117 CA).

No plantea problema alguno la existencia en el testamento de estas disposiciones no patrimoniales, admitidas plenamente por la Jurisprudencia (así, Sentencia del TS, de 12 de noviembre de 1964: «La definición del art. 667 del CC no resulta exacta, pues además de las disposiciones de índole patrimonial puede contener otras relativas a fines piadosos, designación de organismos tutelares...»), pero el problema se ha planteado, como señala LACRUZ (12), a propósito de si las disposiciones plenamente extrapatrimoniales pueden constituir el único contenido de un testamento, habida cuenta de que el testamento es conforme al artículo 667 del Código Civil y a la Jurisprudencia (S. de 8 de julio de 1940 y Resolución de la DGRN de 16 de noviembre de 1944), «esencialmente un acto dispositivo de bienes o derechos», posibilidad que ya admitía LACRUZ antes de la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981, por entender que cuando la ley permite otorgar disposiciones no patrimoniales en testamento, y a veces prohíbe hacerlo de otra forma, lo que requiere es la forma testamentaria y no la disposición de bienes, y que después de dicha reforma parece explícitamente recogida en el artículo 741 del Código Civil —siguiendo el criterio de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1964 que ya había declarado que era auténtico testamento aquél otorgado exclusivamente para reconocer a un hijo de los denominados entonces natura-

(12) LACRUZ BERDEJO y Sancho REBULLIDA: *Derecho de Sucesiones. Elementos de Derecho Civil V.*, 1988, págs. 220-221.

les— a cuyo tenor «el reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo, o éste no contenga otras disposiciones o sean nulas las demás que contuviere», con lo que como dice DÍEZ PICAZO (13) se afirma la eficacia de una declaración de voluntad no patrimonial que no vaya acompañada de ninguna disposición patrimonial y se le denomina testamento. Criterio que por analogía puede aplicarse a cualquier otra declaración distinta del reconocimiento de filiación.

Por lo cual, podemos afirmar, en relación con la Sentencia que comentamos, que no siempre el testamento es un acto de disposición de bienes. Pero tanto si lo es (como en el caso de autos) como si no lo es (como en los supuestos vistos si no contiene otras disposiciones patrimoniales), lo que no puede inferirse, como lo hace la Sala, es que en los supuestos como el de la *litis* en que el testamento contiene actos de disposición de bienes, exista en el mismo una parte «dispositiva» contrapuesta a otra «expositiva» con cualificaciones efectivas distintas porque de seguir este razonamiento, en aquellos supuestos, posibles y legalmente admitidos, en que el testamento contuviera sólo declaraciones de voluntad no patrimoniales —como el del reconocimiento de filiación— no habría «parte dispositiva» contrapuesta a «expositiva», pero es que el contenido del testamento debe ser dispositivo en el sentido de imperativo porque como ha declarado la Jurisprudencia. No es verdadero testamento aquel en que el otorgante se limita a aconsejar o rogar (S. del TS de 8 de julio de 1940) y que las admoniciones, ruegos o consejos no elevados por el *decuius* al rango de normas de obligado acatamiento no producen acciones viables en justicia (S. del TS de 28 de noviembre de 1958) con lo que, con el criterio de la Sala, en un testamento sin otro contenido que declaraciones de voluntad no patrimoniales, nos habríamos quedado sin testamento porque le faltaría la «parte dispositiva».

Y es que conviene no confundir la «disposición de bienes» del artículo 667 del Código Civil en cuanto expresión referida a declaraciones de voluntad de contenido patrimonial, con el carácter «dispositivo» o imperativo que deben tener las disposiciones testamentarias tengan o no contenido patrimonial y, además, precisar que ninguna de ambas acepciones van referidas a la existencia de «partes» expositiva o dispositiva del testamento con efectos propios y diferenciados, como vamos a ver seguidamente.

B. *La distinción entre parte expositiva y parte dispositiva del testamento*

El segundo motivo del recurso —estimado por la Sentencia en su Fundamento de Derecho Cuarto— alega interpretación errónea del artículo 120

(13) Luis DÍEZ PICAZO: *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de Familia y de Sucesiones.* 1992, pág. 351.

de la Compilación (entiende la Sentencia que se refiere a su párrafo primero aunque no se puntualice en el recurso) en relación con su artículo 119, al entender los recurrentes, según dice la Sala, que «... dicha mención formal debe efectuarse en la parte dispositiva del testamento, y que los hijos nombrados en él pero a quienes no se les asigne ninguna atribución patrimonial resultan preteridos por la madre».

La Sentencia, tal como se transcribe, no sólo efectúa —además de forma reiterada—. una distinción entre parte expositiva y parte dispositiva del testamento, sino que la considera elemento decisorio para la estimación del recurso hasta el punto de que si estima este segundo motivo por interpretación errónea del artículo 120 de la Compilación es porque la «mención» de los legitimarios recurrentes se efectuó por la testadora en la parte expositiva y no en la parte dispositiva del testamento, cuando a juicio de la Sala: «... siendo el testamento un acto de disposición de bienes, de conformidad con el art. 667 del Código Civil dicha mención ha de realizarse necesariamente en la parte dispositiva...».

Sin embargo, la pretendida distinción de la Sentencia entre las dos partes «expositiva» y «dispositiva» del testamento no encuentra fundamento en el ordenamiento jurídico vigente, que considera al testamento como un solo acto, temporal y documentalmente, sin distinción cualificada de «partes» que pudieran conllevar distintos efectos jurídicos.

Más aún: el testamento abierto notarial es el supuesto prácticamente único de negocio jurídico en que se exige rigurosamente el principio de unidad de acto, tanto en sentido temporal como de unidad documental, dados los precisos términos de los artículos 658, 679, 695, 699 y concordantes del Código Civil, puesto que en la generalidad de los negocios jurídicos los mecanismos de la ratificación y de la adhesión posteriores por parte de alguno o algunos de los interesados permiten la perfección o consumación de los mismos en momentos posteriores e incluso en documentos separados (desde el punto de vista de su articulación documental pública véanse al respecto los artículos 164 y 176-2.º del vigente Reglamento Notarial que lo admiten con carácter general «siempre que la Ley no exigiere expresamente el requisito de la unidad de acto», cosa que ocurre, precisamente, en el testamento abierto notarial). Como señalan LACRUZ y BONET (14), la unidad de acto prevenida por el Código Civil recuerda el *uno contextu* —unidad de asunto, de tiempo y de lugar— de los romanos, que reprodujeron las Partidas (Ley 3.ª, Título I, Partida 6.ª).

---

(14) LACRUZ BERDEJO y Sancho REBULLIDA: *Derecho de Sucesiones,* vol. I, Bosch, Barcelona, 1976, pág. 256, *Elementos de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones,* Bosch, Barcelona, 1981, pág. 222

Francisco BONET RAMÓN: *Compendio de Derecho Civil. Tomo V Derecho de Sucesiones,* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1965, pág. 138

Ni la Compilación de Derecho Civil de Aragón ni el Código Civil contemplan en la regulación del testamento distinción alguna entre supuestas partes expositiva y dispositiva del mismo.

La Compilación de Derecho Civil de Aragón en materia de formalidades —no de formas o clases— testamentarias no contiene actualmente particularidad alguna en relación con el Código Civil una vez que éste por Ley 30/1991, de 20 de diciembre, ha suprimido la necesidad de testigos en el testamento abierto notarial y en el acta notarial del otorgamiento del testamento cerrado, salvo supuestos de excepción, equiparando así el régimen testifical testamentario al de la Compilación Aragonesa que ya los había suprimido desde su redacción por Ley de 21 de mayo de 1985.

Ante la carencia de preceptos específicos de la Compilación, debe aplicarse en esta materia la normativa del Código Civil, de aplicación supletoria en Aragón conforme a lo dispuesto en el artículo 1.º-2 de aquélla.

Y en el Código Civil, ni en la normativa específica del mismo sobre el testamento abierto notarial —arts. 694 al 705— (por ser de esa clase el testamento a que se contrae la Sentencia comentada) ni en la que dedica a los testamentos en general —arts. 667 al 675— o a la forma de los testamentos —arts. 676 al 687— o a las particulares clases de testamentos (llamadas «formas» por el Código) como el ológrafo —arts. 688 al 693—, cerrado —arts. 706 al 717—, militar —arts. 716 al 721— marítimo —arts. 722 a 731— o hecho en país extranjero —arts. 732 al 736— y por supuesto tampoco en la normativa referente a las disposiciones generales de las sucesiones —arts. 657 al 661— a la capacidad para testar —arts. 662 al 666— o a la revocación e ineficacia de los testamentos —arts. 737 al 743—, se encuentra referencia alguna, directa ni indirecta, a esa pretendida distinción entre partes «expositiva» y «dispositiva», diferenciadas por razón de un hipotético contenido propio de cada una de ellas y/o de los efectos que, según se ubiquen en una u otra, producen las manifestaciones del testador.

Por el contrario, los preceptos del Código Civil contemplan al testamento —reiteradamente— como un solo acto, en el sentido de unidad de acto en el tiempo y un todo unitario del contenido documental, sin distinción en este último sentido de partes diferenciadas con contenido y eficacia propios y distintos.

Cuando el Código Civil regula el testamento, tanto si atiende a su propia esencia que es la voluntad del testador y su forma de exteriorización (arts. 658, 674, 679, 680, 684, 695, 697, 699) como si se refiere al mismo como conjunto de formalidades practicadas «en un acto» de forma continuada e ininterrumpida en el tiempo (arts. 666, 667, 670, 679, 680, 683, 699) como si lo contempla en cuanto documento que recoge esa voluntad manifestada (arts. 680, 688, 695) no efectúa ninguna distinción entre posibles partes

diferenciadas de la voluntad del testador ni en su manifestación o exteriorización ni en su plasmación documental. Y en cuanto a las expresiones utilizadas de «dispone, disposición o disposiciones, disposiciones testamentarias, disponer...» (arts. 667, 668, 672, 675, 684, 741, 743, 747, 749 al 755, 763, 764, etc.) no aluden por supuesto a la existencia de una parte «dispositiva» frente a otra supuestamente «expositiva», sino que utilizan una forma imperativa por cuanto el testamento, como ha declarado reiteradamente la doctrina y jurisprudencia tal como hemos visto anteriormente, es un negocio jurídico *mortis causa* que exige una voluntad expresada en forma suficientemente inteligible y de carácter esencialmente dispositivo, de forma que no es verdadero testamento el acto en que el otorgante se limite a aconsejar o rogar, sin que esto quiera decir que el carácter imperativo de las disposiciones haya de colegirse únicamente de la literalidad de las expresiones que se empleen (S. de 8 de julio de 1940) (15) y que las admoniciones, ruegos o consejos no elevados por el de *cuius* al rango de normas de obligado acatamiento por los herederos no producen acciones viables en justicia en orden a su estricta ejecución ya que de otro modo se equipararía el mero deseo de índole sentimental o afectivo con las disposiciones testamentarias en sentido propio (S. de 24 de noviembre de 1958).

Y dentro de la regulación del testamento abierto notarial, los artículos 695 y 699 del Código Civil —ya antes de su reforma por Ley de 20 de diciembre de 1991— exigían expresamente la unidad de acto para practicar todas las formalidades del mismo. Como dice GIMÉNEZ ARNAU (16), frente a la libertad de forma contractual se opone un riguroso formalismo testamentario. Exigencia de la unidad de acto que, como dice LACRUZ (17) con cita de pertinente y reiterada jurisprudencia (SS del TS de 16 de noviembre de 1918, 1 de febrero de 1907, 28 de junio de 1909, 22 de enero de 1913 y 31 de mayo de 1961), había sido reducida por el Tribunal Supremo con un criterio justo y progresivo al otorgamiento propiamente dicho, de forma que para la unidad de acto no era preciso que la expresión de la voluntad del testador, su reducción a escrito y la lectura del instrumento se realizasen seguidamente, pudiendo dar antes el testador sus instrucciones al Notario y traer éste el testamento ya escrito, leyéndolo entonces ante el testador y los testigos (la jurisprudencia citada es anterior, obviamente, a la supresión del requisito obligado de los testigos) y firmando todos después de manifestar el testador ser aquélla su última voluntad, y que el acto del otorgamiento

(15) Las citadas Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1940 y 24 de noviembre de 1958 aparecen recogidas en CASTÁN TOBEÑAS. *Derecho Civil Español Común y Foral*, t. VI, vol II, págs. 18 y 19, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1973.

(16) *Derecho Notarial*, Ediciones Universidad de Navarra, S. A., Pamplona, 1976, pág. 698

(17) LACRUZ BERDEJO y Sancho REBULLIDA, obras citadas, págs. 256-257 y 222-223.

comienza con la lectura del testamento redactado por el Notario, orientación jurisprudencial (iniciada por la S. del TS de 5 de junio de 1894 que, como señala también GIMÉNEZ ARNÁU (18) citando a FERNÁNDEZ CASADO, aceptó casi literalmente la conclusión al respecto de la Academia Matritense del Notariado) que ha sido recogida en la reforma del Código Civil por Ley 30/1991 de 20 de diciembre tras la cual el artículo 699 ya explicita que «el acto» comienza con la lectura del testamento prescribiendo que «todas las formalidades expresadas en esta Sección (Sección 5.ª del Capítulo I del Título III del Libro III, arts. 694 a 705, ambos inclusive) se practicarán en un solo acto que comenzará con la lectura del testamento, sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero». En el mismo sentido los artículos 697 y 698, también tras la reforma citada, se refieren al «acto del otorgamiento» y al «otorgamiento».

No se agota en los textos legales examinados —Compilación de Derecho Civil de Aragón y Código Civil— la argumentación demostrativa de la inexistencia de pretendidas partes expositiva y dispositiva dentro del testamento.

La propia legislación notarial —Ley Orgánica del Notariado de 28 de mayo de 1862 y Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944 reformado numerosas veces, la última de ellas por Real Decreto de 7 de mayo de 1993 y que es de carácter instrumental— confirman esta posición, y la confirman precisamente porque —pese al principio general establecido por el art. 1.217 del CC de que los documentos en que intervenga Notario público se regirán por la legislación notarial y no cabe duda que el testamento abierto notarial es un instrumento público notarial— sus preceptos reguladores de los requisitos y formalidades del instrumento público y de las partes reglamentariamente diferenciadas dentro del mismo, que pudieran servir de base para justificar esa pretendida diferenciación, no son de aplicación al testamento por expresa disposición de la citada normativa notarial.

Así, con carácter general, la Ley Orgánica del Notariado al regular en su Título III el instrumento público, dispone en su artículo 29 que «lo dispuesto en los artículos que preceden relativo a la forma de los instrumentos y al número y cualidades de los testigos, y a la capacidad de adquirir lo dejado o mandado por el testador, no es aplicable a los testamentos y demás disposiciones *mortis causa,* en las cuales regirá la Ley o leyes especiales del caso» (se refiere ahora, habida cuenta de la época de su redacción, a la ley civil, es decir, Código Civil y/o Compilaciones o Derechos Forales).

Igualmente explícito, el Reglamento Notarial en el artículo 143 que

(18) Obra citada. pág 699
FERNÁNDEZ CASADO. *Tratado de Derecho Notarial,* vol. I. pág. 504.

encabeza su Título IV dedicado a regular las cuestiones relativas al instrumento público (naturaleza y efectos, requisitos, escrituras matrices y partes del instrumento público: comparecencia y capacidad, exposición, estipulación, testigos, fe de conocimiento, otorgamiento y autorización), después de reiterar en su párrafo primero que a los efectos del artículo 1.217 del Código Civil los documentos notariales se regirán por los preceptos contenidos en el presente Título, exceptúa de dicho régimen a los testamentos en su párrafo segundo al disponer que «los testamentos y actos de última voluntad se regirán, en cuanto a su forma y requisitos o solemnidades, por los preceptos de la legislación civil, acoplándose a los mismos la notarial, como norma supletoria en todo cuanto no implique modificación de aquéllos». Y en otros preceptos de su articulado reitera este principio, con referencia ya a aspectos concretos, así en sus artículos 153 sobre subsanación de errores materiales, 163 en materia de documentos de identidad, 180 en relación con el régimen de testigos y 189 sobre imposibilidad de subsanación de la falta de dación de fe de conocimiento por el Notario.

Consecuentemente y confirmando lo dispuesto con carácter general, los artículos dedicados en el R.N. a Exposición y Estipulación están referidos, de forma general, a instrumentos *inter vivos* como se desprende de su propia denominación y tenor: así, en la Exposición, se regula exclusivamente la forma de describir los inmuebles en los documentos sujetos a Registro y en general la descripción de los bienes y derechos sujetos a cualquier tipo de inscripción, la relación y datos de los títulos de adquisición del otorgante, los datos registrales y el estado de cargas y gravámenes de los inmuebles, y en la Estipulación o parte contractual (denominada así expresamente por el Reglamento «Estipulación o parte contractual», con lo que ya su propia denominación hace referencia a negocios jurídicos con acuerdo de voluntades) se regula la adecuación de la redacción a la voluntad de los otorgantes, la adhesión al negocio jurídico en momento distinto mediante Diligencia al efecto o escritura independiente, la determinación del precio o valor y la comunicación a ciertos organismos públicos de la autorización de determinados instrumentos.

Más aún: incluso si forzando —contra toda regla de interpretación normativa— el sentido del artículo 143 del Reglamento Notarial, pretendiéramos que su alusión a los preceptos de la legislación notarial como «norma supletoria de la legislación civil en materia de testamentos y actos de última voluntad» autoriza a entender que la distinción que efectúan sus preceptos entre Exposición (arts. 170 a 175) y Estipulación o parte contractual (arts. 176 a 179) pudiera trasladarse, supletoriamente, al testamento abierto notarial, tal razonamiento tampoco puede prevalecer pues se oponen a ello los siguientes argumentos:

1.° El propio tenor del contenido de los citados artículos del Reglamento Notarial tal como hemos visto precedentemente.

2.° La limitación al carácter supletorio de la normativa notarial respecto de la civil en materia de testamentos y actos de última voluntad que impone el propio artículo 143 del Reglamento Notarial que le atribuye tal carácter «cuando no implique modificación» de los preceptos de la legislación civil. No cabe duda que pretender introducir en el testamento algo de trascendencia tan fundamental como sería la distinción entre una parte expositiva y otra dispositiva con contenido propio y diferenciación de efectos hasta el punto de hacer depender de ella la validez de las disposiciones testamentarias por la vía de una aplicación supletoria de la normativa notarial (que independientemente de su carácter instrumental y no sustantivo tiene además un sentido completamente distinto del atribuido por la Sentencia) cuando el Código Civil para nada hace referencia a esa pretendida distinción de tan decisivos efectos, no supondría una aplicación de los preceptos instrumentales notariales «como norma supletoria de los preceptos de la legislación civil cuando no implique modificación de aquéllos» tal como exige para dicha aplicación el propio Reglamento Notarial sino una trascendental innovación legislativa que modificaría de forma sustancial la normativa sustantiva civil sobre el testamento y por tanto no cabe esa aplicación supletoria, mucho menos dado el carácter de la normativa notarial que es instrumental en el sentido de que articula la plasmación documental del acto o contrato conforme a la ley pero no es norma reguladora de la institución de que se trate. A mayor abundamiento el principio de jerarquía normativa consagrado por el artículo 9-3 de la Constitución Española impide que una norma de rango reglamentario como el Reglamento Notarial pueda modificar una norma con rango de ley como el Código Civil.

3.° Viene a ser complementario del anterior. La regulación de las formalidades del testamento abierto notarial en el Código Civil es tan completa que deja escasísimo margen a una aplicación supletoria no modificativa (tal como exige el art. 143 RN) de la normativa notarial.

Y así vemos cómo incluso las circunstancias que podemos denominar «generales» del documento público notarial recogidas en la normativa notarial y de aplicación con carácter general a los instrumentos públicos —por no venir específicamente reglamentadas en la norma sustantiva reguladora de cada institución y por la remisión general del art. 1.217 del CC— sí que vienen específicamente reguladas en los preceptos del Código Civil tratándose del testamento abierto notarial: tal sucede con los requisitos y circunstancias de la competencia territorial y personal del Notario (Notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento, dice el CC) expresión del lugar, año, mes, día y hora del otorgamiento, expresión por el testador de su voluntad en forma oral o escrita y expresión de dicha voluntad en lengua

extranjera que el Notario desconozca y redacción del testamento en tal supuesto e intervención de intérprete, advertencia al otorgante del derecho a leer por sí el instrumento, dación de fe de conocimiento o de identificación del testador por el Notario y medios de identificación, dación de fe por el Notario de su conocimiento de los testigos en su caso, aseguramiento por el Notario de la capacidad legal del testador y requisitos específicos de capacidad del mismo, intervención de facultativos en el supuesto de incapacitado, casos en que procede la intervención de testigos y requisitos legales de idoneidad de los mismos, lectura del testamento por el Notario, manifestación por el testador de su conformidad con la redacción del testamento efectuada por el Notario, firma por el otorgante, Notario y testigos en su caso, forma de proceder cuando el testador no sabe o no puede firmar o aun pudiendo firmar, sea ciego o no sepa o no pueda leer y en este caso cuando además fuese sordo; circunstancias y requisitos que vienen regulados en los pertinentes artículos de la Ley Orgánica del Notariado (confróntese sus arts. 3, 8, 17, 19, 21, 23, 24, 25 y 27) y más explícita y pormenorizadamente del Reglamento Notarial dentro de su Título IV dedicado al instrumento público (ver sus arts. 116 a 119, 147 a 150, 156 a 163, 167, 176, 180 a 191, 193, 195 y 196), y que sin embargo no son de aplicación al testamento en su mayor parte por:

1.° La exclusión genérica de su aplicación a los testamentos y actos de última voluntad —salvo con carácter supletorio y no modificativo— prevenida por los artículos 29 LON y 143 RN.

2.° La exclusión específica de su aplicación para circunstancias concretas del testamento prevenida por los artículos 153 (subsanación de errores materiales, errores y defectos de forma), 163 (obligatoriedad de indicación de los documentos de identidad), 180 (intervención de testigos) y 189 (imposibilidad de subsanar la falta de dación de fe de conocimiento), todos del RN.

3.° Además de todo ello, porque vienen específicamente regulados por el Código Civil (confróntese sus arts. 662, 663, 666, 681 a 686, 694 a 698 por circunscribirnos sólo a los preceptos de carácter general y a los relativos al testamento abierto notarial, además con la sanción de nulidad que el art. 687 prevé para aquellos testamentos en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas en el capítulo comprensivo de las mismas según las formas de los testamentos), e incluso contiene normas especiales de capacidad como la del incapacitado por virtud de sentencia que no se haya pronunciado sobre su capacidad para testar con la intervención de dos facultativos (art. 665) no recogidas en la normativa notarial sobre capacidad.

En realidad la normativa notarial tiene escaso juego como supletoria no

modificativa de la civil en materia testamentaria y apenas queda circunscrita a los siguientes extremos:

— La concreción de las reglas de competencia territorial del Notario (arts. 3 y 8 de la LON y 116 a 119 RN) y de su competencia personal (para no incurrir en incompatibilidad, arts. 27 LON y 139 RN).
— La indicación del número de orden en el Protocolo (arts. 17 y 33 LON y 285 RN).
— La expresión del nombre, apellidos, residencia y Colegio del Notario autorizante (arts. 24 LON y 156 RN).
— La ampliación de las circunstancias de lugar cuando el testamento se otorgue fuera de la población y la concreción de la forma de designación del testador y de sus circunstancias personales (arts. 156 a 162 RN) así como las circunstancias personales de los testigos (arts. 24 LON y 186 RN).
— Las peculiaridades del signo, firma, rúbrica y sello del Notario autorizante (arts. 17 y 19 LON y 36, 39, 66, 195 y 196 RN).
— La normativa sobre utilización del correspondiente papel timbrado y expresión de la numeración de todas las hojas o pliegos empleados así como la numeración correlativa de todas las hojas del Protocolo anual (art. 154 RN) y sobre márgenes y número de líneas de las planas y sílabas de las líneas (art. 155 RN), las normas sobre extensión del documento en caracteres legibles e indelebles y sobre forma de salvar raspados, tachaduras, adiciones, interlineados, etc. (art. 152 RN), reglas sobre utilización de abreviaturas, guarismos y espacios en blanco (arts. 25 LON y 151 RN).
— Las normas sobre remisión de datos de ciertos testamentos a determinados organismos públicos y/o benéficos cuando contengan disposiciones a favor de los mismos (art. 179 RN) y por supuesto la normativa sobre remisión de partes de testamentos a los Decanatos y al Registro General de Actos de Ultima Voluntad de la Dirección General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia (Anexo II del Reglamento Notarial).

En lo demás se aplica la legislación sustantiva, en el supuesto contemplado, el Código Civil por aplicación supletoria conforme al artículo 1.º-2 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón.

Y el Código Civil, al margen de la regulación de los requisitos, circunstancias y formalidades concretas de necesaria observancia en el otorgamiento del testamento so pena de nulidad del mismo tal y como dispone su artículo 687 y que acabamos de examinar, contempla y regula en el testamento abierto notarial la voluntad del testador debidamente manifestada

verbalmente o por escrito al Notario, que redacta el testamento con arreglo a ella, leyéndolo en alta voz en presencia del testador y de las demás personas que en su caso deban concurrir al acto para que aquél manifieste si está conforme con su voluntad y, si así es, lo firme, si puede, junto con las otras personas que en su caso deban concurrir, las cuales quedan enteradas de su contenido, como un todo unitario tal como se desprende del propio tenor de los artículos 658, 679 y 695 del Código Civil y subraya la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1915, citada por LACRUZ (19), cuando se refiere al «precepto concreto, imperativo y esencialísimo contenido en el artículo 695 del Código Civil de que una vez redactado será leído en alta voz el testamento para que el testador manifieste ser "en un todo" conforme a su voluntad».

En definitiva, ni en la legislación sustantiva —Compilación y Código Civil— ni en la normativa instrumental —Ley Orgánica del Notariado y Reglamento Notarial— ni en norma alguna del ordenamiento jurídico vigente, encontramos esa pretendida distinción dentro del testamento entre parte expositiva y dispositiva con diferenciación de contenido y efectos tal como afirma la Sentencia objeto de este comentario.

Sentada esta premisa fundamental, la redacción del testamento por parte del Notario autorizante obedece a lo prevenido por la normativa notarial con carácter general en cuanto a la forma de redacción de los instrumentos públicos —siempre con carácter supletorio y no modificativo de los preceptos civiles por tratarse de un testamento, según art. 143 del citado Reglamento— conforme a la cual dicha redacción ha de efectuarse conforme a las leyes (art. 1.º-*b)* RN), en estilo claro, puro, preciso, sin frases ni términos oscuros ni ambiguos, y observando, de acuerdo con la Ley, como reglas imprescindibles, la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma (art. 148 RN), elementales reglas perfectamente aplicables a toda clase de instrumentos públicos —incluidos testamentos por no modificar en absoluto precepto civil alguno— cuya observancia, dada su amplitud, no encorseta ni constriñe el estilo que caracteriza la redacción de cada Notario en particular sin perjuicio además de la evolución del lenguaje según circunstancias de tiempo y lugar si bien con una característica común: la sobriedad y claridad de expresión sin divagaciones retóricas, de lo que el testamento que motiva la Sentencia es prueba evidente.

Centrándonos en el testamento y aunque el momento presente es propicio para unificar hábitos y conductas en todos los órdenes, la práctica notarial testamentaria ha ofrecido y aún ofrece variados ejemplos en cuanto al orden en que se vierten las manifestaciones del testador. Es cierto que paulatinamente suele adoptarse un orden determinado que comenzando por

(19) LACRUZ BERDEJO y Sancho REBULLIDA, obras citadas, pág. 254

las circunstancias personales y familiares del otorgante continúa con sus declaraciones-disposiciones sobre creencias religiosas, entierro y exequias (cada vez menos frecuentes por cierto) y termina generalmente con las disposiciones de carácter patrimonial y sólo en este sentido vulgar o coloquial puede hablarse de una parte «expositiva» y otra «dispositiva» pero sin mayor alcance, porque lo que en modo alguno puede hacer el Notario es contravenir flagrantemente la normativa civil testamentaria y documentar la manifestación de la voluntad del testador en partes diferenciadas con contenido y efectos propios y distintos.

De manera que en todo testamento, y por tanto en el que comentamos, sus efectos hubieran sido exactamente los mismos si inmediatamente después de la comparencia de la testadora con una simple y escueta referencia a sus datos personales y previa expresión del juicio de capacidad por el Notario se hubiera pasado ya —bajo la rúbrica de Disposiciones, Cláusulas, Términos, Otorga, Dice y Otorga, lo otorga en la forma siguiente, etc.—, a las circunstancias de nacimiento, filiación, estado civil, datos del cónyuge, hijos y descendientes, creencias religiosas y circunstancias de exequias y disposiciones patrimoniales, todo ello sin solución de continuidad, en cuyo caso —de seguir el criterio de la Sentencia— las disposiciones de la testadora hubieran surtido pleno efecto al estar formalmente incluidas en esa supuesta parte dispositiva diferenciada de la expositiva (parte expositiva que en la hipótesis contemplada hubiera estado reducida a los datos del nombre, apellidos y DNI de la testadora junto con el juicio de capacidad del Notario).

En definitiva, según el criterio de la Sentencia, se hace depender la validez de las disposiciones testamentarias de algo tan variable y accidental como el estilo (el simple estilo, no la «forma» que debe estar ajustada a la ley) de redacción del testamento por parte del Notario autorizante.

Obviamente no puede admitirse este criterio que, con independencia de no estar amparado sino contradicho por la legalidad vigente, conllevaría un grado tal de inseguridad jurídica para testadores, causahabientes y tráfico jurídico en general inimaginable en una sociedad avanzada y en un Estado de Derecho.

Es cierto que en la actual práctica notarial testamentaria aragonesa cuando se pretende excluir de la herencia a algún/os legitimarios sin mediación de persona capaz para heredar se utiliza todavía con cierta frecuencia uno de estos dos procedimientos: efectuar a favor de los mismos asignaciones patrimoniales simbólicas en metálico o nombrarlos precisamente para excluirlos (incluso con cita expresa en algunos casos del artículo 120 de la Compilación) (20).

---

(20) Este extremo, así como todos los relativos a la práctica notarial en general y testamentaria en particular, han sido debidamente contrastados por la autora de este

La Sentencia cita precisamente la práctica testamentaria (se entiende que notarial y así se alude a ella en uno de los supuestos) en los Fundamentos de Derecho Cuarto y Quinto, como apoyo de su criterio de que el nombramiento o mención formal del legitimario puede hacerse por cualquiera de dichos dos procedimientos: atribución de cantidad simbólica o nombramiento o mención para excluirle expresamente, sin reparar que esa práctica la deriva de sentencias anteriores todas ellas al Apéndice Foral de 1925, y si bien alude luego a las épocas posteriores a la vigencia del Apéndice y de la Compilación, sigue haciendo referencia a esa «práctica» o «tendencia» aunque no cita ninguna sentencia como prueba de la misma. Ignora, o mejor, contradice, la evolución del sistema legitimario aragonés desde el Apéndice hasta la vigente Compilación según hemos visto en el punto 2 de este comentario.

¿Qué significado cabe atribuir a estos procedimientos de exclusión efectiva de legitimarios, no exigidos por la vigente Compilación?

Para responder a este interrogante es preciso situarse en la perspectiva de lo que constituye uno de los fundamentos esenciales de la institución y función notarial: articular un sistema cautelar de seguridad jurídica preventivo y disuasorio —en la medida de la posible— de litigiosidad (21). Esta finalidad configura la actuación del Notario que, en su actividad profesional, procura no sólo no dejar extremos dudosos sino incluso disuadir a eventuales contradictores de cualquier posibilidad de éxito en una futura controversia adelantándose a sus posibles razones impugnatorias, todo ello en cumplimiento de su función (arts. 1.° y 2.° del RN) y en respuesta —como dice GIMÉNEZ ARNAU (22)— a esa exigencia social de certidumbre y notoriedad de los actos jurídicos privados como medio de hacer posible la realización normal del Derecho.

No es extraño que, desde esa perspectiva, el Notario aconseje y utilice procedimientos o formas de actuación que van incluso más allá de lo legalmente exigido, precisamente con esa finalidad disuasoria de controversias, más aún en materia de testamentos a los que se considera instrumentos de especial trascendencia. Añádase a ello en ocasiones la inercia derivada de la utilización de fórmulas ajustadas a la legalidad del Apéndice, vigente hasta 1967 no lo olvidemos, y que se siguen empleando por algunos profesionales por razones diversas: el simple hábito, la certeza de que, aún sobrepasando las exigencias legales tampoco dañan, o en fin la ya citada de

---

comentario con Notarios en ejercicio del Ilustre Colegio Notarial de Zaragoza, comprensivo de las tres provincias aragonesas.

(21) Una panorámica completa de este fundamento de la institución notarial puede verse en la obra de José Luis MEZQUITA DEL CACHO: *Seguridad Jurídica y Sistema Cautelar*, Editorial Bosch, Barcelona, 1989.

(22) Obra citada, págs. 39, 40 y 58

eliminar incluso la mera tentación de litigios. En este sentido y desde la perspectiva profesional su actitud es coherente. Y dígase otro tanto de los restantes profesionales del Derecho cuando asesoran a sus clientes en materia testamentaria.

Pero son cuestiones distintas: una cosa es la actuación del Notario como profesional y funcionario público obligado a proporcionar a quienes reclaman su ministerio la mayor seguridad jurídica posible, para cuya efectividad incluso puede excederse en formas y procedimientos precautorios y cautelares con finalidad disuasoria de litigiosidad, y otra distinta cuál sea la regulación legal de una institución, que no puede verse afectada por esa prudencia cautelar en cuanto excediere de la normativa aplicable.

De ahí que, como acotación marginal, pongamos de manifiesto las consecuencias negativas que va a traer consigo esta Sentencia para la configuración de la legítima formal aragonesa en la práctica testamentaria. Aun no estando de acuerdo con el criterio de la misma, la obligación de todo profesional del derecho en relación con sus clientes, y obviamente la del Notario no sólo como profesional sino como funcionario público en relación con quienes reclaman su ministerio, es la de proporcionarles la mayor seguridad jurídica posible y con el mínimo margen para una eventual controversia judicial. No pueden exponer a quienes depositan en ellos su confianza ni a sus causahabientes a la eventualidad de un contencioso.

En consecuencia, lo previsible a partir de esta Sentencia y mientras no exista Jurisprudencia en sentido contrario (e incluso aunque exista, pero hasta que la cuestión no sea totalmente «pacífica», lo que implica un lapso de tiempo previsiblemente largo, a no ser que antes exista una modificación legislativa que clarifique definitivamente el tema), es que, tanto los demás profesionales del Derecho al asesorar a sus clientes, como los Notarios en su función de asesoramiento a los testadores y redacción de los testamentos, ajusten el nombramiento o mención de aquellos descendientes sin mediación de persona capaz de heredar a los que el testador quiera excluir de su herencia, al criterio mantenido por la Sentencia a que se refiere este comentario, criterio antes transcrito, contenido en los Fundamentos de Derecho Cuarto y Quinto y consistente, optativamente, en efectuar una atribución patrimonial simbólica o en excluir expresamente de la herencia al descendiente de que se trate. Y como de los dos procedimientos, el de más sencilla redacción y divulgación, e incluso el más «expresivo», por decirlo coloquialmente, es el de la atribución patrimonial simbólica, ya que el del nombramiento o mención del descendiente para su expresa exclusión de la herencia y además en esa sedicente parte dispositiva a la que se refiere la sentencia implica una redacción técnicamente más delicada y por ende de «menor seguridad», no resulta aventurado presumir que, de hecho, en la práctica testamentaria, podemos volver con más fuerza a la época de «los

diez sueldos jaqueses», si bien en versión pesetas (o quizá pronto en Ecus), en definitiva al sistema anterior al Apéndice de 1925, cuando según lo visto anteriormente, dicho sistema fue totalmente superado por la Compilación vigente, siguiendo el criterio en este punto del Anteproyecto de 1965. Práctica testamentaria que, a su vez, servirá en un auténtico círculo vicioso, para reforzar el criterio, a nuestro juicio equivocado, mantenido en esta Sentencia por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Pero retomada la línea de argumentación, acreditada tanto la inexistencia de distinción entre parte expositiva y parte dispositiva del testamento en el sentido que le atribuye la Sala, como la unidad de acto temporal y documental del mismo, entendemos que decae también la argumentación de la Sala de exigencia de la mención de los legitimarios a quienes se quiera excluir de la herencia en la parte dispositiva, con el argumento de que «lo que debe tenerse en cuenta es que el testador, precisamente al tiempo de asignar las legítimas, no olvidó la existencia de alguno de aquéllos». La unidad de acto documental del testamento, sin distinciones de partes de contenido y efectos propios y distintos, y con nombramiento expreso por sus nombres y apellidos de sus cuatro hijos, impide alegar olvido por parte de la testadora de alguno o alguno de ellos por la mera circunstancia de que la cláusula de institución hereditaria se encuentre físicamente unas líneas más abajo del específico nombramiento de los cuatro hijos, o por la circunstancia de que, por simple estilo de redacción del Notario autorizante, se encuentre ubicado el nombramiento de los cuatro hijos en un lugar del testamento anterior a las denominadas disposiciones, y la cláusula de institución hereditaria entre esas denominadas disposiciones. Existiendo unidad de acto documental, el nombramiento de los hijos con sus nombres y apellidos, cualquiera que sea el lugar en que se ubique —entre los datos personales, en los de ampliación de filiación y circunstancias familiares, en manifestaciones en general o incluidos en las denominadas cláusulas, disposiciones, etc.—, impide alegar que la testadora ha podido olvidar a alguno de ellos al efectuar la institución de heredero.

Concurre además en este supuesto de hecho concreto una circunstancia —que recoge y valora debidamente la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia— que se aviene mal con el presumible o presunto olvido de algún legitimario en que pudiera haber incurrido la testadora según el criterio de la Sala. En efecto, la testadora, al otorgar el testamento objeto de la *litis,* revocaba su anterior testamento otorgado mancomunadamente con su esposo y en el cual ambos cónyuges instituían herederos por partes iguales a sus cuatro hijos. Parece razonable inferir, que si la voluntad de la testadora no hubiese cambiado y continuase siendo que sus cuatro hijos fueran herederos por partes iguales, no habría otorgado otro testamento pues con el mancomunado vigente estaba cumplida esa voluntad. Si otorgó otro testamento,

expresamente revocatorio del anterior —que además recuerda expresamente con sus datos de lugar, fecha, Notario autorizante y número de protocolo—, lo razonable es inferir que su voluntad había cambiado.

Y con independencia de todo cuanto antecede, ya hemos visto anteriormente en el apartado 3 de este comentario que la Compilación sólo exige que el testador conozca —y así lo acredite nombrándolos o mencionándolos en el testamento— la existencia de esos legitimarios sin mediación de persona capaz para heredar para que, instituyendo herederos sólo a alguno o algunos de ellos, no exista preterición, y ese conocimiento acreditado es una manifestación de ciencia o conocimiento; la declaración de voluntad de excluirlos de la herencia viene explícitamente establecida por el hecho de no asignarles ninguna atribución patrimonial a pesar de que se conoce perfectamente la existencia de los mismos, pues se les ha nombrado o mencionado «en el testamento que los excluye» y no en una supuesta parte del mismo por lo demás inexistente. Y en el supuesto contemplado, la testadora los nombra con sus respectivos nombres y apellidos en el testamento.

C) CONCLUSIONES

Examinados y analizados los distintos argumentos que configuran la fundamentación de la Sentencia, nuestra opinión sobre la misma ha de ser decididamente desfavorable. En síntesis, y como conclusiones de este comentario, podemos consignar las siguientes.

PRIMERA.—La sentencia significa un retroceso en la evolución histórica del sistema legitimario aragonés que, desde la Compilación de 8 de abril de 1967, sólo exige en su artículo 120 el nombramiento o mención en el testamento del descendiente sin mediación de persona capaz de heredar, sin necesidad de referencia patrimonial alguna, para cumplir con el precepto de la legítima formal y evitar la preterición. Este criterio de la vigente Compilación, deriva literalmente del Anteproyecto de 1965, apartándose precisamente del criterio contrario, contenido en los Anteproyectos de 1961, 1962 y 1963, que sí exigían expresa referencia patrimonial. Es decir, la Sentencia hace suyo justamente el criterio que no prevaleció en la vigente Compilación, y lo establece claramente en sus Fundamentos de Derecho Cuarto y Quinto, último párrafo, en los que señala cuáles son los dos sistemas, según su criterio, para evitar la preterición: la atribución de una cantidad simbólica al legitimario o la exclusión expresa del mismo en la herencia.

SEGUNDA.—Es consecuencia de la anterior. La resolución judicial comentada contraviene lo dispuesto en el artículo 120 de la vigente Com-

pilación, por declarar necesaria para evitar la preterición, una formalidad en el nombramiento o mención prevenido por dicho artículo 120, que no sólo no la exige, sino cuya redacción responde precisamente al criterio contrario, según su tenor y los precedentes citados. En consecuencia, declara la existencia de una preterición sin que concurran los presupuestos legalmente exigidos para ello.

TERCERA.—Incurre en contradicciones con sus propios pronunciamientos e incluso contiene citas materialmente erróneas de los preceptos de la Compilación.

Así, después de declarar inaplicable al caso de autos el artículo 122 de la Compilación, regulador de la preterición total, y declarar procedente la aplicación del artículo 123, regulador de la preterición singular, aplica precisamente la normativa del artículo 122 en la atribución de participaciones del caudal hereditario, y no sólo eso, sino que aplica el número 1.° de dicho artículo, relativo a la preterición total intencional, es decir, conociendo el testador la existencia de todos los legitimarios al tiempo de otorgar el testamento, cuando anteriormente justifica su exigencia de incluir la mención o nombramiento del legitimario en una supuesta parte dispositiva del testamento, precisamente para evitar un posible olvido de algún legitimario por parte del testador.

E incluso contiene citas de preceptos de la Compilación que son materialmente erróneas, sin que quepa alegar que se trata de citas por integración interpretativa de preceptos. Las encontramos en el fundamento de Derecho Cuarto en relación con la definición de preterición y el artículo 122; en el Fundamento de Derecho Sexto en relación con el caudal que constituye lo que la sentencia denomina herencia colectiva (legítima material colectiva) y el artículo 119.

CUARTA.—Hace depender la existencia de la preterición, de la inclusión de la mención del legitimario en una u otra de unas supuestas partes expositiva y dispositiva del testamento, con distintos y cualificados contenido y efectos, supuesta distinción que, en realidad, sólo depende del estilo de redacción del Notario autorizante, sin mayor trascendencia, pues no está amparada, sino todo lo contrario, por precepto alguno del ordenamiento jurídico vigente.

QUINTA.—Es previsible que, en el ámbito de la práctica testamentaria, provoque un retorno al sistema de las atribuciones patrimoniales simbólicas, por razones de facilidad y seguridad, perpetuando de hecho un sistema ya superado por la vigente Compilación.

ELENA BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA
Profesora Asociada de Derecho Civil
de la Universidad de Zaragoza

Las subastas hipotecarias y los arrendamientos

Si se consuma la regulación que se establece en el actual proyecto de ley de arrendamientos urbanos sobre la subsistencia durante cuatro años de los arrendamientos constituidos con posterioridad a la hipoteca y no se prevén medios registrales de publicidad de dichos arrendamientos, las subastas hipotecarias van a quedar desiertas, o lo que es peor, se van a fomentar las adquisiciones a bajísimo precio por parte de los «subasteros».

Hasta ahora, la doctrina y la jurisprudencia han planteado la cuestión de la subsistencia de los arrendamientos posteriores a la hipoteca como una cuestión de conflicto entre un arrendatario y un acreedor hipotecario —el modesto arrendatario y el gran Banco—, en el que debería prevalecer el primero, a pesar de que, como dice Carlos LASARTE, el arrendatario posterior a la hipoteca «tiene a su disposición la publicidad registral» para saber que la finca que pretende alquilar está ya hipotecada y en cambio el acreedor hipotecario, cuando constituyó la hipoteca nada sabía de ningún arrendamiento, sencillamente porque no existía todavía.

Pero no se trata de un mero conflicto individual entre arrendatario y acreedor hipotecario, sino de un grave problema que afecta a la eficacia de las subastas hipotecarias.

Como ha dicho Julio RODRÍGUEZ, Presidente del Banco Hipotecario, una de las características más importantes del crédito hipotecario, es la «operatividad», entre cuyas manifestaciones está la facilidad de trámites en la ejecución, y concretamente, añadimos nosotros, la lucha contra la opacidad de las subastas.

Podrá discutirse si el arrendamiento es o no preferente a la hipoteca, pero nadie debería discutir que la falta de publicidad o información sobre los concretos términos de una relación arrendaticia hunde las subastas de ejecución hipotecaria.

El Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona, RAMOS MÉNDEZ, ha señalado recientemente que las subastas judiciales tienen

actualmente un cáncer que exige una inmediata intervención quirúrgica, para aproximarlas en su éxito a las subastas que se producen en materia de obras de arte. Aunque no compartamos las concretas medidas que propone, en las que tampoco podemos ahora entrar, sí compartimos su idea general de necesidad de vitalizar tales subastas hipotecarias. Y uno de los obstáculos de las mismas es y va a seguir siendo la existencia de arrendamientos concertados a última hora para dificultar la ejecución hipotecaria.

La subasta es la clave de la ejecución hipotecaria. Están en juego muchos intereses y no sólo el de un concreto acreedor hipotecario.

Con una buena regulación de las subastas se consigue una mayor afluencia de postores y una mejora en el precio de licitación. Con ello se satisface en primer lugar el interés del crédito territorial, es decir, del acreedor hipotecario, que es el «leiv motiv» de las reformas hipotecarias. Pero también se satisface el interés de los acreedores posteriores, sean hipotecarios o no, que acompañan siempre, como la sombra al cuerpo, a una ejecución hipotecaria, y entre los cuales no están solamente los bancos, sino entidades públicas, salarios de trabajadores y simples ciudadanos a los que un deudor no paga. Y en fin, se satisface también el interés del propio deudor hipotecario, que podrá contar con un sobrante a su favor si el precio de la subasta tiene relación con el precio de mercado de la finca subastada.

Pues bien, desde el momento en que se sepa que una finca hipotecada está arrendada, nadie va a concurrir como postor a una subasta y los «subasteros» van a tener su «agosto», pues van a adquirir fincas a bajísimo precio con sólo soportar durante cuatro años a un arrendatario constituido fraudulentamente, porque sólo los subasteros organizados y no los postores corrientes e individuales pueden soportar cuatro años de rentas bajas.

Las subastas serán, ahora más que nunca, lo que AKERLOFF ha llamado un «mercado de limones», que es lo que en terminología de análisis económico del Derecho se corresponde con un mercado de productos inútiles debido a la falta de información y de transparencia.

Se imponen algunas soluciones.

La mejor sería la ya conocida, justa y lógica en Derecho, consistente en que los arrendamientos posteriores a la hipoteca, al igual que los demás derechos reales y personales, quedaran extinguidos en el momento de la ejecución hipotecaria, salvo que el adjudicatario o rematante manifestase su deseo de que continuara el arrendamiento.

Pero ya que los argumentos de esa posición no han sido estimados, al menos debería solucionarse la cuestión exigiendo la publicidad registral del arrendamiento para que fuera tenido en cuenta en las subastas hipotecarias y pudiera subsistir durante cuatro años en los mismos términos resultantes de la publicidad registral.

Es vital para los que quieren participar en una subasta la información. Sobre la titularidad de dominio y de las cargas tienen actualmente la información de la certificación registral, que está a su disposición en la Secretaría del Juzgado. Pero sobre los datos concretos de un contrato de arrendamiento no tienen ni pueden tener ninguna información segura actualmente, dado que se formalizan en documento privado y por ello, no acceden al Registro de la Propiedad.

Esto es lo grave. No ya que prevalezca el arrendamiento sobre la hipoteca anterior, sino sobre todo, que un posible postor de la subasta no pueda informarse no ya de si el piso que se subasta está arrendado o no, sino cuáles son las condiciones del arrendamiento, y concretamente, la renta, la duración y las estipulaciones principales. Sin esos datos, nadie puede ir a ciegas a una subasta.

Se impone, por tanto, una reforma en este punto, que podría ser, a falta de otra mejor y más profunda, que para que el arrendamiento pudiera subsistir a la ejecución hipotecaria debería constar inscrito en el Registro de la Propiedad. Sólo así, el postor puede saber los datos del arrendamiento. Es injusto que quien acude a la subasta no pueda informarse oficialmente de esos datos tan fundamentales para decidirse o no a pujar. Y es injusto que le afecte un arrendamiento cuyas condiciones no ha podido saber con exactitud.

Y dado que la causa fundamental de que no se inscriban los arrendamientos actualmente en el Registro de la Propiedad es que se otorgan en documento privado y según la Ley Hipotecaria sólo son inscribibles mediante el asiento de inscripción los documentos públicos, una de dos: o se idean soluciones para que se fomente en el mercado arrendaticio la escritura pública; o en otro caso, habrá que atender a la realidad sociológica y admitir francamente el acceso del documento privado de arrendamiento al Registro de la Propiedad, si bien a través de asientos de menor eficacia, como son la anotación preventiva o la nota marginal.

La necesidad de publicidad registral de los arrendamientos no sólo deriva de la necesidad de dar transparencia a las subastas. La Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1992, de 16 de enero, ha advertido al legislador sobre la conveniencia de modificar el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, para dar entrada en uno se sus trámites al arrendatario de la finca hipotecada. He aquí lo que dice literalmente la citada sentencia: «El legislador podrá (y quizá convenga que lo haga) introducir una nueva previsión en el proceso del artículo 131 de la Ley Hipotecaria que permita la comparecencia en él con igualdad de armas procesales del arrendatario de la finca hipotecada.»

Pues bien, si se establece el requisito de publicidad registral del arrendamiento para su eficacia en el proceso de ejecución hipotecaria, no hay

ninguna necesidad de modificar el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, pues todo titular registral posterior a la hipoteca que conste en el Registro ha de ser notificado bien a través de una concreta notificación judicial, bien a través de la nota marginal de ejecución hipotecaria sobre la finca o bien a través de la obligación del Registrador de hacer constar en nota al pie del contrato de arrendamiento de la existencia de una ejecución hipotecaria en marcha.

Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1992, aunque sea a otros efectos, la Ley Hipotecaria tiene suficientes medios para evitar que cualquier persona interesada en un procedimiento de ejecución pueda caer en indefensión. O como dice la Sentencia de 2 de junio de 1992, la ignorancia de la Ley Hipotecaria no excusa de su cumplimiento.

Decía en 1909 el parlamentario y Catedrático de Derecho Civil, don Felipe Sánchez Román, que los legisladores que realizan reformas parciales de una concreta materia, deben tener en cuenta que toda materia forma parte de un conjunto orgánico como el cuerpo humano, y por eso, al legislar no sólo se deben tener en cuenta los conflictos de intereses que se contemplan en un concreto precepto, sino los intereses protegidos por el conjunto del ordenamiento vigente en un momento dado.

Estas ideas de don Felipe Sánchez Román creo que tienen plena actualidad a propósito de esta concreta cuestión del proyecto de Ley de arrendamientos urbanos que se está discutiendo en el Parlamento.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
Registrador de la Propiedad
de Barcelona

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) **Tratados internacionales y Derecho comunitario**

1. *Directiva sobre ordenación de tiempo del trabajo.*—El *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, número L 307/18, de 13 de diciembre de 1993, publica la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación de tiempo del trabajo.

2. *Segunda Directiva de Coordinación Bancaria.*—Esta Directiva, señalada con el número 89/646/CEE, creadora del Mercado Financiero Unico en el seno de la Unión Europea, ha sido recibida en nuestro sistema por Ley 3/1994, por la que se adapta la legislación española a la misma. Se publica la Ley en el *BOE* de 15 de abril.

3. *Resolución del Parlamento Europeo sobre situación y organización del Notariado.*—Por su interés transcribimos su texto íntegro, que dice así:

«EL PARLAMENTO EUROPEO,

— Vista la propuesta de resolución presentada por el señor Lucas Pires y otros sobre la situación y la organización del Notariado en los doce Estados miembros de la Comunidad (B3-0673/90),

— Visto el artículo 45 de su Reglamento,

— Visto el informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos y de Derechos de los Ciudadanos (A3-0422/93),

A. Considerando las disposiciones del Tratado CE en materia de libertad de establecimiento —en particular los artículos 52 y siguientes—, cuyo objetivo es garantizar el libre acceso de los ciudadanos de los países comunitarios a las actividades no asalariadas y a su ejercicio,

B. Recordando que, según una constante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, las disposiciones del artículo 52 establecen una obligación de resultado, cuya ejecución debe venir facilitada, pero no condicionada, por la aplicación de un programa de medidas

progresivas y que, por tanto, constituyen normas de Derecho comunitario directamente aplicables,

C. Estimando que la aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de libre establecimiento y de realización del mercado interior repercuten sobre la actividad de Notario, cuyas funciones incluyen asimismo actividades indisociables de asesoría y de legalización,

D. Consciente, por otra parte, de que la actividad del Notario se caracteriza por una delegación parcial de la soberanía del Estado, que garantiza el servicio público de la elaboración de contratos, y la legalidad y autenticidad y fuerza ejecutoria y probatoria de éstos, así como el asesoramiento previo imparcial prestado a las partes interesadas, con miras a descongestionar los tribunales,

1. Constata que la realización del mercado interior —y más concretamente la aplicación de las disposiciones del Tratado CE en materia de libre establecimiento y de libre prestación de servicios— ha producido una mayor movilidad de los sujetos jurídicos y un aumento en los intercambios de títulos, actos y contratos, lo que acarrea una actividad notarial considerablemente mayor en todos los Estados miembros de la Comunidad en el marco del mercado único;

2. Toma nota, por ello, de la importancia que adquiere el Notariado a nivel comunitario y considera especialmente oportunos cualquier reflexión y cualquier estudio serio sobre la organización de la profesión de Notario; quiere destacar que dicho estudio permitiría resaltar los principios en que se basa la función de Notario, así como su especificidad; la evaluación de esta especificidad sería decisiva para poder responder de forma apropiada a la cuestión de la posible aplicación a la profesión de Notario de las normas del Tratado CE referentes al libre establecimiento y a la libre prestación de servicios en lo que atañe a la no discriminación por razón de la nacionalidad;

3. Quiere recordar que la profesión de Notario —aunque organizada de forma distinta en cada uno de los doce Estados miembros de la Comunidad, y también en el interior de algunos de estos Estados— se caracteriza en lo fundamental por una serie de elementos prácticamente comunes, que pueden resumirse de la siguiente forma: delegación parcial de la soberanía del Estado para asegurar el servicio público de la autenticidad de los contratos y de las pruebas; actividad independiente que se ejerce en el marco de un cargo público, bajo la forma de una profesión liberal (con la excepción de Portugal y de uno de los Estados Federados alemanes, existiendo un sistema particular del Reino Unido), pero sometida al control del Estado —o del órgano estatutario designado para esto por la autoridad pública— en lo que se refiere a la observancia de las normas referentes al documento notarial,

a la reglamentación de las tarifas en interés de los clientes, al acceso a la profesión o a la organización de la misma; función preventiva a la del Juez, en cuanto que elimina o reduce los casos de litigio; funciones de asesor imparcial;

4. Considera que la existencia de una delegación parcial de la autoridad del Estado, como elemento inherente al ejercicio de la profesión de Notario, basta para justificar la aplicación a la misma del artículo 55 del Tratado CE, en virtud del cual se exceptúan de las disposiciones relativas al libre establecimiento y a la libre prestación de servicios "las actividades que en dicho Estado están relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público";

5. Estima, por lo tanto —a pesar de la interpretación restrictiva que se hace de la excepción del artículo 55— que las disposiciones del Tratado CE en materia de libre establecimiento y de libre prestación de servicios no constituyen un fundamento jurídico apropiado para que se pueda producir una armonización a nivel comunitario de las reglas de organización de la profesión de Notario;

6. Pide, no obstante, a la Comisión, a quien correspondería en principio proponer esta iniciativa, a los Estados miembros y a los organismos notariales que acuerden conjuntamente la aplicación de las reformas estatutarias que podrían permitir, por una parte, la aproximación a escala europea de determinados aspectos propios de la organización de la función notarial y, por otra parte, un planteamiento reglamentario sectorial de su ejercicio, en la medida en que la evolución de la realización del mercado interior lo justifique; a este respecto, desea que se adopten medidas con el fin de suprimir entre ciudadanos de la Unión Europea la condición de la nacionalidad para el acceso a la profesión, sin perjuicio de otras condiciones que cada Estado podría imponer para dicho acceso y que se presenten propuestas para completar el Convenio de Bruselas de 27-9-1968 sobre el reconocimiento recíproco y la ejecución de los actos judiciales con disposiciones que tengan en cuenta aspectos particulares de la "circulación" transfronteriza de los documentos notariales;

7. Pide por último a la Comisión y a los Estados miembros que utilicen los instrumentos jurídicos del Tratado de la Unión para garantizar el reconocimiento mutuo sin formalidades de los documentos notariales, en particular en virtud del artículo 220 y, en el marco de la subsidiariedad, sea compatible la excepción de orden público contemplada en el artículo 55 con el principio general de igualdad de trato previsto en el artículo 6;

8. Encarga a su Presidente que transmita la presente resolución a la Comisión, al Consejo y a los Gobiernos de los Estados miembros».

B) Legislación española

Por once Leyes Orgánicas de fecha 24 de marzo se modifican los Estatutos de Autonomía de las Comunidades de Asturias, Cantabria, La Rioja, Murcia, Comunidad Valenciana, Aragón, Castilla-La Mancha, Extremadura, Baleares, Madrid y Castilla y León.

Por Ley Orgánica número 13/1994, de 30 de marzo, se modifica la Ley 5/1985, de 19 de junio, que regula el Régimen Electoral general.

En cuanto a leyes ordinarias, reseñamos la promulgación de las siguientes:

— Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el régimen jurídico de las sociedades de garantía recíproca.
— Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.
— Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero.

C) Comunidades Autónomas

Durante los dos meses pasados se han publicado las siguientes leyes autonómicas:

— Ley de 9 de marzo de 1994, del Procurador del Común en Castilla y León.
— Ley de 24 de marzo de 1994, de Cataluña, de bases de delegación para la adecuación de las leyes de Cataluña a la Ley estatal de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

II. Información de actividades

1. JORNADAS SOBRE PROBLEMAS ACTUALES DEL TRAFICO INMOBILIARIO

En Córdoba, organizada por la Facultad de Derecho y bajo la coordinación del Registrador de la Propiedad de aquella capital, don Antonio Manzano Solano, se han celebrado estas jornadas en los días 16 a 18 de marzo, con el siguiente programa:

Día 16

— «El leasing inmobiliario», por Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade, Magistrado. Presidente de la Sala 1.ª de lo Civil del Tribunal Supremo.
— «Abaratamiento de intereses y subrogación en el crédito hipotecario», por Luis Díez-Picazo y Ponce de León. Catedrático de Derecho Civil, Ex-Magistrado del Tribunal Constitucional y Presidente de nuestro Consejo de Redacción.

Día 17

— «Reforma del arrendamiento y su incidencia en el tráfico inmobiliario», por José Luis de los Mozos y de los Mozos. Catedrático de Derecho Civil, Ex-Magistrado del Tribunal Constitucional.
— «Acción reivindicatoria frente al titular inscrito», por Manuel Amorós Guardiola, Catedrático de Derecho Civil. Registrador de la Propiedad.
— Mesa redonda: «El derecho de accesión y el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992», por Juan de Dios Campos Cobo, Profesor Ayudante de Derecho Civil.
— «Titularidad registral y titularidad catastral», por Luis Galán Soldevilla, Abogado. Profesor Asociado de Derecho Civil.
— «Los bienes inmuebles en la normativa de Patrimonio de la Seguridad Social», por María del Camino Canals Parets, Letrada de la Administración de la Seguridad Social.
— «El uso como derecho» (Aproximación al estudio general de las formas de uso en relación con bienes inmuebles), por María del Mar Manzano Fernández, Becaria. Curso del Doctorado.

Día 18

— «Significado de la intervención del Notario en el tráfico inmobiliario», por Antonio Fernández-Golfín Aparicio, Notario. Vicedecano del Colegio Notarial de Madrid.
— «La conformación progresiva del derecho de propiedad y otros problemas actuales del mercado inmobiliario», por Santiago Muñoz Machado, Abogado. Catedrático de Derecho Administrativo.

2. CURSO SOBRE PROTECCION DEL DERECHO DE PROPIEDAD

El Consejo General del Poder Judicial, dentro de los cursos dedicados a la formación de Jueces y Magistrados, ha celebrado este curso en Madrid

y durante los días 11 a 13 de abril, habiéndose desarrollado las siguientes ponencias:

— «Visión constitucional del derecho de propiedad», por don Antonio Hernández Gil y Alvarez Cienfuegos, Catedrático.
— «Las accesiones inmobiliarias», por don Antonio Gullón Ballesteros, Magistrado del Tribunal Supremo.
— «Consecuencias procesales del principio de legitimación registral», por don Manuel Amorós Guardiola, Catedrático y Registrador de la Propiedad de Madrid.
— «La tercería de dominio», por don Pedro González Poveda, Magistrado.
— «La acción reivindicatoria», por don José Ramón Fernández Otero, Magistrado.
— «El abuso procesal en la defensa del derecho de propiedad», por don Francisco Marín Castán.
— «La multipropiedad: naturaleza, caracteres y contenido», por don Alfonso Villagómez Rodil, Magistrado del Tribunal Supremo.
— «Las relaciones de vecindad entre fundos en el Derecho civil común y foral», por don Francisco-Javier Fernández Urzainqui.
— «Derecho de propiedad y defensa del medio ambiente: la acción negatoria», por don Cándido Conde Pumpido Tourón, Magistrado.

3. CENTENARIO DE LA *REVISTA NOTARIAL ARGENTINA* (1894-1994)

El Colegio de Escribanos de Buenos Aires ha organizado, para celebrar este centenario, un ciclo de conferencias, la primera de las cuales ha tenido lugar el día 8 de abril, precisamente a cargo del Registrador de la Propiedad español don José María Chico Ortiz sobre el tema «Documentación pública inscribible».

En el mes de mayo, el constitucionalista doctor Pedro J. Frías disertará sobre «Reforma constitucional, aquí y ahora».

Posteriormente, la doctora Aida Kemelmajer de Carlucci, Miembro de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, hablará sobre «Distracto».

También se celebrará una mesa redonda con la participación de los integrantes del Comité de Redacción de *Revista Notarial.*

Felicitamos a la *Revista Notarial Argentina* por haber llegado felizmente al centenario y le deseamos que continúe con el acierto y la altura científica que le caracterizan.

4. REGISTRADORES ESPAÑOLES EN ARGENTINA

En la ciudad de CORDOBA (Argentina) fue recibido como miembro de la ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES nuestro compañero JOSE MARIA CHICO ORTIZ en un acto solemne en el que a la representación española, que ostentaba ENRIQUE COLOMER SANCHO, se le ofreció un lugar preferente en la Presidencia. Las intervenciones corrieron a cargo del Presidente de la Corporación, doctor PEDRO J. FRIAS, que abrió el acto con unas cordiales palabras en torno al significado del acto. Luego, el doctor LUIS MOISSET DE ESPANES presentó al recipiendario con una gran profusión de detalles que acreditaron el afecto y cariño que siente hacia todo lo español. Se concedió la palabra al representante español ENRIQUE COLOMER SANCHO, que agradeció en nombre del Decano y de la Junta de Gobierno la distinción que se hacía a un compañero del Cuerpo de Registradores y el honor que para la Corporación suponía. Entregó al recipiendario un obsequio en nombre de la Junta de Gobierno. Después de entregar a JOSE MARIA CHICO ORTIZ el título y la medalla, éste tomó la palabra para exponer su discurso, que versó sobre el tema de «REVISION CRITICA DE LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS».

El COLEGIO DE ESCRIBANOS de la misma ciudad de CORDOBA (Argentina) tuvo la deferencia de invitar a JOSE MARIA CHICO a pronunciar una conferencia en su salón de actos. El tema de la misma tenía rasgos de humor, ya que estaba basado en algunas notas, enriquecidas, de otra que el autor pronunciara en Granada no hace mucho. Su título fue «PERPLEJIDADES JURIDICAS».

5. JORNADAS SOBRE LA FE PUBLICA

Organizadas por el Ministerio de Justicia y el Consejo General del Notariado, se han celebrado en Madrid estas Jornadas durante los días 18 a 20 de abril, con las siguientes intervenciones:

— Excmo. Sr. D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Presidente del Tribunal Constitucional: «La fe pública como valor constitucional».
— Excmo. Sr. D. André Schwachtgen, Presidente de la Unión Internacional del Notariado Latino: «La organización de la fe pública en la Unión Europea».
— Ilmo. Sr. D. Roger Everling, Vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia de Luxemburgo: «La fe pública como valor de seguridad en los Tribunales europeos».

— Ilmo. Sr. D. José Cándido Paz-Ares Rodríguez, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma: «Seguridad jurídica y sistema notarial. Una aproximación económica».
— Ilmo. Sr. D. Luciano Parejo Alfonso, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III: «La fe pública y la Administración».
— Excmo. Sr. D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid: «Fe pública y documento público».

6. JORNADAS SOBRE URBANISMO, DERECHO Y NOTARIADO

Se han celebrado en Burgos, organizadas por aquel Colegio Notarial y durante los días 18 a 20 de abril, con el siguiente programa:

— «Exposición de los objetivos de las Jornadas», por el Profesor Doctor don José Eugenio Soriano García.
— Ponencia: «Fiscalidad y Ley del Suelo», por el Profesor Doctor don Clemente Checa González, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.
— Ponencia: «Los arquitectos y la Ley del Suelo», por don Javier García Bellido, Doctor Arquitecto.
Coloquio.
— Ponencia: «Las potestades urbanísticas y su control jurisdiccional», por el Profesor Doctor don Tomás-Ramón Fernández Rodríguez, Catedrático de Derecho Administrativo.
— Mesa Redonda: «La futura Ley de la Construcción: notas para un debate».

LA REDACCIÓN

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

Por Francisco Corral Dueñas

1 *Sentencia de 30 de junio de 1993*.—PROCEDIMIENTO DEL ARTICULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA.—No procede la nulidad de actuaciones cuando ha mediado indefensión sólo imputable al recurrente.—Sala 2.ª—Ponente: señor Viver Pi-Sunyer.

Hechos.—Los hechos en los que se fundamenta la demanda son, en síntesis, los siguientes

a) En documento privado de fecha 19 de junio de 1986, el recurrente en amparo y su esposa —doña María Dolores Gallart i Tudó— adquirieron a la entidad «Fori, Sociedad Anónima», la vivienda de la planta tercera, puerta segunda, del edificio G, de la urbanización «Nova Alella», en Alella (Barcelona). La sociedad vendedora había constituido sobre la expresada finca hipoteca a favor de la Caja de Pensiones para la Vejez y Ahorros de Cataluña y Baleares, haciéndose cargo los compradores del pago de los intereses y amortización de la hipoteca [cláusula tercera, apartado *d)*].

b) La Caja de Pensiones para la Vejez y Ahorros de Cataluña y Baleares, con fecha 8 de octubre de 1986 dirigió una comunicación al solicitante de amparo en la que se le manifestaba que daba por vencido el préstamo hipotecario y se procedía de inmediato a interponer demanda judicial por la totalidad de la deuda. En febrero de 1988, ante el Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Barcelona, promovió autos de procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, tramitados con el número 157/88, contra «Fori, Sociedad Anónima», instando la ejecución de la hipoteca constituida sobre la vivienda antes referida

c) Por exhorto librado al Juzgado de Paz de Alella se requirió de pago a «Fori, Sociedad Anónima», cuya representación procesal presentó escrito en el Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Barcelona, con fecha 23 de marzo de 1988, en el que se manifestaba que en el préstamo hipotecario se había subrogado el ahora recurrente en amparo —don Luis Mas Sola—, por lo que interesó se le notificase y practicase en su persona el requerimiento de pago. Dado traslado a la ejecutante del referido escrito, solicitó ésta, tras señalar que según certificación del Registro de la Propiedad de Mataró la finca ejecutada se hallaba inscrita a favor de «Fori, Sociedad Anónima», y que no existían terceros poseedores ni titulares de cargas posteriores, que se procediese a la subasta de la finca hipotecada.

Por providencia de 3 de mayo de 1988, el Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Barcelona, acordó sacar a la venta en pública subasta la finca hipotecada, señalando la fecha para la celebración de la subasta primera —27 de julio—, segunda —10 de octubre— y tercera —9 de noviembre—, anunciándose por edictos publicados en el *Boletín Oficial de la Provincia* y en el *Boletín Oficial del Estado*, y fijados en el tablón de anuncios del Juzgado.

d) No habiendo comparecido licitador alguno a la primera y segunda subasta se declaró desierto el remate. Celebrada la tercera subasta en la fecha indicada, se aprobó el remate a favor de don Angel Martínez Fernández, quien, una vez consignado el precio total, lo cedió a «Inmobiliaria Artesanía, Sociedad Anónima». Por Auto de 21 de noviembre de 1988 se aprobó el remate de la finca hipotecada a favor de «Inmobiliaria Artesanía, Sociedad Anónima» y, en consecuencia, se ordenó la cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito de la ejecutante, librándose mandamiento al Registro de la Propiedad número 1 de Mataró; así como, una vez firme, se librase testimonio de esta resolución para que sirva de título bastante al adquiriente a los fines de la inscripción.

e) Mediante escrito fechado a 22 de noviembre de 1988, cuya fecha de presentación en el Juzgado no consta en las actuaciones judiciales, la esposa del ahora demandante de amparo, doña María Dolores Gallart i Tudó solicitó la designación de Abogado y Procurador del turno de oficio para comparecer en legal forma en el procedimiento Alegaba que la ejecutante y la ejecutada habían soslayado la subrogación habida en el préstamo hipotecario, lo que le había causado indefensión al haberse tramitado aquél sin que se hubiera efectuado notificación alguna como copropietaria de la finca subastada, por lo que interesaba la suspensión del proceso hasta que, debidamente personada en el mismo, pudiera instar la declaración de nulidad de actuaciones.

Dado traslado del referido escrito a la ejecutante, por proveído de 21 de diciembre de 1988, el Juzgado de Primera Instancia declaró, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 132 de la Ley Hipotecaria, no haber lugar a la suspensión del procedimiento, por no darse ninguna de las circunstancias previstas en el citado precepto legal; así como no haber lugar a la designación de Abogado y Procurador del turno de oficio, sin perjuicio de que pudiera solicitarse para el ejercicio de las acciones que a la solicitante convengan en el juicio declarativo que corresponda. Contra la citada providencia interpuso doña María Dolores Gallart i Tudó recurso de reposición, que fue desestimado por Auto de 3 de febrero de 1989, en base a idénticas razones a las que motivaron la resolución recurrida.

f) El demandante de amparo, en fecha 2 de marzo de 1989, presentó un escrito ante el Juzgado en el que denunciaba la situación de indefensión en el que se le había situado al no haberle sido notificado ni practicado el requerimiento de pago que ordena el artículo 131, reglas 3.ª, apartado 3.º y 4.ª de la Ley Hipotecaria, cuando la ejecutante —a la que se le imputa mala fe procesal— tenía conocimiento tanto de que había adquirido la finca hipotecada como de que se había subrogado en la hipoteca constituida por «Fori, Sociedad Anónima». Asimismo alegaba que por haber procedido el matrimonio a su separación de hecho desconocía la situación de impago del crédito hipotecario, habiendo tenido conocimiento de la existencia del procedimiento judicial por medio de terceras personas. Solicitaba, por ello, de conformidad con los artículos 238 y 240 de la LOPJ, la declaración de nulidad de actuaciones con retroacción de las mismas al momento inmediatamente anterior al que se

debió proceder a la práctica del requerimiento de pago que exige la Ley Hipotecaria.

Por providencia de 8 de marzo de 1989 se tuvo al demandante de amparo por personado en autos y se dio traslado de su escrito a la Caja de Pensiones para la Vejez y Ahorros de Cataluña y Baleares y a «Inmobiliaria Artesanía, Sociedad Anónima». Por Auto de 3 de abril de 1989, se declaró no haber lugar a lo solicitado, por no darse ninguno de los supuestos previstos en el artículo 132 de la Ley Hipotecaria para decretar la suspensión del procedimiento judicial sumario y disponer el párrafo sexto del citado artículo 132 que «todas las demás reclamaciones que puedan formular, así el deudor como terceros poseedores y los demás interesados, incluso las que versen sobre nulidad del título o de las actuaciones o sobre vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que establece la presente Ley».

Interpuesto recurso de reforma contra el citado Auto, fue desestimado por Auto de 11 de mayo de 1989, por idénticas razones en las que se fundamentaba la resolución recurrida.

g) Por providencia de 6 de abril de 1989, a instancia de «Inmobiliaria Artesanía, Sociedad Anónima», se acordó poner a la adjudicatoria en posesión de la finca subastada, requiriéndose a la ejecutada —«Fori, Sociedad Anónima»—, y a cualquiera de las personas que pudieran ocuparla sin título bastante, a fin de que la desalojen y la dejen libre, vacua y expedita a disposición del referido adjudicatario.

Contra la citada providencia interpuso el demandante de amparo recurso de reposición, que fue desestimado por proveído de 19 de abril de 1989, por estar admitida su personación a efectos únicamente de la petición de nulidad de actuaciones solicitada Frente a la citada providencia formuló recurso de reposición que se tuvo por interpuesto por providencia de 11 de mayo de 1989.

h) Con fecha 5 de mayo de 1989, por exhorto librado al Juzgado de Paz de Alella, el Secretario Judicial efectuó al hijo del recurrente en amparo y su esposa —Christian Mas Gallart— el requerimiento para que dentro del plazo de ocho días dejasen libre, vacua y expedita y a disposición de la adjudicataria la vivienda, bajo apercibimiento de lanzamiento de no verificarlo en dicho plazo.

El demandante de amparo solicitó la suspensión de la diligencia de lanzamiento, lo que fue denegado por providencia de 18 de mayo de 1989. Al día siguiente, constituida la comisión judicial en la vivienda adjudicada, ante la ausencia de sus ocupantes, se procedió al descerrajamiento de la puerta y se dio posesión de la misma a «Inmobiliaria Artesanía, Sociedad Anónima»

i) Contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia, de 11 de mayo de 1989, desestimatorio del recurso de reposición contra el de fecha 3 de abril de 1989, que denegó la solicitud de nulidad de actuaciones, interpuso el solicitante de amparo recurso de apelación, que fue desestimado por Auto de la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 14 de julio de 1990.

Consideró la Sección, en síntesis, que carecía de fundamento la indefensión alegada, pues del testimonio remitido por la Sección Decimoprimera de dicha Audiencia Provincial de los autos relativos al juicio de menor cuantía número 897/87, promovido por «Fori, Sociedad Anónima», contra el aquí demandante de amparo y su esposa, resultaba que «ambos demandados y en especial la

esposa, comparecida con la misma defensa que ahora el marido, pudieron tener conocimiento de la existencia del juicio hipotecario», estimando que la invocación de la mera circunstancia de una separación matrimonial como base de una incomunicación suficiente para entender al esposo excluido del conocimiento del juicio de ejecución hipotecaria, «representa o constituye una maniobra bastante dudosa en cuanto a la ética procesal para frustrar o perturbar la finalidad o mecánica ejecutoria del proceso especial». A mayor abundamiento, razona la Sala que el artículo 132 de la Ley Hipotecaria regula un *numerus clausus* de causas de suspensión de dicho procedimiento sumario, remitiendo al juicio declarativo ordinario cualquier otro tipo de causas, y es en esta vía procesal donde el recurrente debía pretender y dinamizar todos sus derechos, de modo que, al no haber así actuado, agotando sus posibilidades legales, resulta obvio la improcedencia de la aducida indefensión.

j) Contra el referido Auto interpuso el demandante de amparo recurso de súplica, que fue inadmitido por Auto de la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 3 de septiembre de 1990, por no ser susceptible de recurso de conformidad con el artículo 420 de la LEC.

En cuanto a la fundamentación jurídica de la demanda, comienza la representación procesal del recurrente en amparo, poniendo de manifiesto, por lo que se refiere a su fundamentación fáctica, que su representado y su esposa, aunque adquirieron la vivienda en litigio a «Fori, Sociedad Anónima», por documento privado, sin elevarlo a escritura pública ni, por tanto, practicar asiento o inscripción en el Registro de la Propiedad para atender al pago de la hipoteca sobre aquella finca constituida procedieron a la apertura de una cuenta en una oficina de la entidad ejecutante para realizar a través de la misma el pago del indicado préstamo, previa subrogación en el mismo, para cuya aceptación por la ejercutante fue necesario remitirle copia del referido contrato de compraventa. Dicha subrogación quedó, además, acreditada ante la Audiencia Provincial de Barcelona mediante certificación expedida por el delegado de la Agencia de las Tres Torres de la Caja de Pensiones para la Vejez y Ahorros de Cataluña y Baleares.

Sin embargo, ésta, en la demanda de procedimiento judicial sumario, señaló únicamente como responsable del pago a «Fori, Sociedad Anónima», omitiendo toda referencia al ahora recurrente en amparo y a su esposa, quienes se habían subrogado en el préstamo hipotecario, por lo que se requirió de pago a «Fori, Sociedad Anónima», y no ellos, infringiéndose así el artículo 131.3.° y 4.° de la Ley Hipotecaria. Tal circunstancia, que imputa a la mala fe procesal de la ejecutante y a la actividad complaciente de la ejecutada, motivó que el demandante de amparo y su esposa no llegasen a tener conocimiento del procedimiento judicial sumario hasta que se intentó su lanzamiento judicial para dar posesión de la vivienda al adjudicatario Ello impidió, se afirma en la demanda, «la posibilidad que de una forma u otra este procedimiento pudiera llegar a conocimiento, no de mi poderdante, por no encontrarse en el domicilio por los motivos reseñados de su separación, sí al conocimiento de su esposa e hijos y de una forma u otra también hubiese llegado a conocimiento de él, como ocurrió en el momento de que eran perturbados en la posesión ya producida la subasta».

Sentado lo que antecede, sostiene la representación del recurrente en amparo que los Autos del Juzgado de Primera Instancia número 2, de 3 de abril y 11 de mayo de 1989, así como, en cuanto confirma aquéllos en apela-

ción, el Auto de la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial, de 14 de julio de 1990, al denegar la solicitud de nulidad de actuaciones, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 132 de la Ley Hipotecaria, y remitirle al juicio declarativo ordinario vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, recogido en el artículo 24.1 de la CE, por cuanto aquel precepto legal es contrario al referido derecho fundamental al obligar a los ciudadanos a un procedimiento declarativo largo y costoso para la obtención de una efectiva tutela judicial cuando ya se le ha producido la lesión, debiendo entenderse el mismo derogado por la entrada en vigor de la Constitución.

Asimismo, las citadas resoluciones judiciales habrían infringido el artículo 33 de la CE, al privar al recurrente en amparo y a su familia de la vivienda que constituye el hogar familiar, mediante un aparente procedimiento de ejecución hipotecaria, cuya tramitación se ha producido con el más absoluto fraude de Ley.

Finalmente, se alega que el recurrente en amparo ha sido objeto por parte de los órganos judiciales de una discriminación procesal, vulnerándose el artículo 14 de la CE, desde su personación en autos. Pone de manifiesto al respecto que no se le notificó el exhorto dirigido al Juzgado de Alella para que se diera posesión de la finca a la adjudicataria; la no resolución hasta la fecha del recurso de reposición contra la providencia de 19 de mayo de 1989, resolutorio a su vez del recurso de reposición contra la providencia de 6 de abril, por la que se acordó poner a la adjudicataria en posesión de la finca hipotecada; la tardanza de cuatro meses, desde la admisión del recurso de apelación contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia de 11 de mayo de 1989, para emplazarle ante la Audiencia Provincial, y, en fin, la no resolución de su petición de que el recurso de apelación fuera admitido en ambos efectos.

Por ello, solicita del Tribunal Constitucional la admisión de la demanda y que, en su día, dicte Sentencia por la que se otorgue el amparo solicitado y se decrete la nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al que debió efectuarse el requerimiento de pago al demandante de amparo y su esposa.

Fallo.—Se deniega el amparo solicitado. Se motiva en los siguientes

Fundamentos jurídicos.—1. El presente recurso de amparo se dirige contra los Autos del Juzgado de Primera Instancia y de la Audiencia Provincial, dictados en un proceso de ejecución judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria (LH) que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 132 de la citada Ley, declararon no haber lugar a la nulidad de actuaciones instada por el demandante de amparo y le remitieron al correspondiente juicio declarativo ordinario para hacer valer sus derechos e intereses

El solicitante de amparo alega que los referidos Autos vulneraron su derecho a la tutela judicial del artículo 24.1 de la CE por dos motivos: en primer lugar, por haberle remitido al juicio declarativo y, en segundo, porque ni a él ni a su esposa, terceros poseedores, les fue notificada la existencia del proceso ni se les requirió de pago (art 131, regla 3.ª LH). Asimismo estima que dichos Autos conculcaron el derecho a la igualdad procesal de las partes que, a su juicio, consagra el artículo 14 de la Constitución. Y, finalmente, en la demanda se invoca también como vulnerado el artículo 33 de la CE Respecto de este tercer alegato debe advertirse de entrada que, aun suponiendo que este precepto tuviera algo que ver con el tema debatido, no podría ser objeto de conside-

ración en esta sede, porque de acuerdo con los artículos 53 de la CE y 41.1 de la LOTC, los derechos reconocidos en él no son susceptibles de amparo.

2 A los efectos de nuestra argumentación no es necesario resumir aquí los hechos y los argumentos de las partes contenidos en los antecedentes. Podemos entrar, sin mayores dilaciones, en el análisis y enjuiciamiento de las cuestiones planteadas por el recurrente

En primer lugar debemos referirnos a la afirmación del demandante de amparo según la cual la aplicación que del artículo 132 de la LH han hecho los órganos jurisdiccionales en las resoluciones judiciales impugnadas vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, recogido en el artículo 24.1 de la CE, por cuanto aquel precepto legal es contrario al referido derecho fundamental al obligar a acudir a los ciudadanos a un procedimiento declarativo largo y costoso para la obtención de una tutela judicial efectiva cuando ya se le ha producido una lesión efectiva.

Para dar respuesta a la cuestión que en los términos planteados suscita el recurrente en amparo, es menester recordar las peculiaridades del procedimiento sumario del artículo 131 de la LH, a las que en anteriores pronunciamientos se ha referido este Tribunal (SSTC 41/1981, fundamentos jurídicos 4.° y 5.°, 64/1985, fundamento jurídico 2.°; 8/1991, fundamento jurídico 2.°; 6/1992, fundamento jurídico 3.°) Dijimos en las citadas Sentencias que este tipo de procedimiento se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y paralela disminución de las posibilidades de oponerse mediante la formulación de excepciones, ya que la presentación de la demanda, la integración del título y la llamada de terceros poseedores y acreedores posteriores son condiciones suficientes para pasar a la fase de realización, y que el deudor, como los terceros poseedores y acreedores posteriores, más allá de detener la ejecución mediante el pago, para lo que la Ley establece que debe hacerse el oportuno requerimiento, apenas tienen posibilidades de oposición, pues al objeto de impedir la suspensión del procedimiento el artículo 132 prevé, salvo en los cuatro supuestos taxativamente fijados, que las demás reclamaciones que puedan aquéllos formular se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda. Precisamente, por esta posibilidad, es decir, porque queda abierta a todos los interesados la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos, este Tribunal Constitucional ha afirmado que la limitación de controversias y demás peculiaridades de este procedimiento no vulneran el derecho a la defensa consagrado en el artículo 24.1 de la CE Descendiendo de lo general a lo particular, y por lo que se refiere en concreto al criterio jurisprudencial de rechazar, en aplicación del artículo 132 de la LH, la posibilidad de instar la solicitud de nulidad de actuaciones en el seno del procedimiento ejecutivo del artículo 131 de la LH y la consiguiente remisión al declarativo correspondiente, hemos declarado que la pretensión del recurrente en amparo no trasciende al plano de la legalidad ordinaria, ya que si bien es cierto que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho del interesado a acceder a la jurisdicción, sometiendo a su conocimiento las pretensiones que ante ella se deducen, no lo es menos que no puede hacerlo sino por los cauces y de acuerdo con las normas procesales legalmente establecidas, cauces y normas que compete interpretar y aplicar a la jurisdicción ordinaria (art. 117.3 CE) En el presente supuesto, tanto el Juzgado de Instancia como la Audiencia Provincial han considerado, en aplicación del citado precepto legal, que la nulidad de actuaciones del procedimiento ejecutivo del artículo 131 de la LH había de hacerse valer en el juicio declarativo ordinario y tal

interpretación no puede en modo alguno ser considerada arbitraria ni infringe el artículo 24.1 de la CE al quedar abierta a todos los interesados la vía del declarativo, por lo que se ha de concluir que la aplicación del artículo 132 de la LH, realizada por los órganos jurisdiccionales en las resoluciones judiciales impugnadas, no vulneran el artículo 24.1 de la CE (STC 64/1985, fundamento jurídico 4.°; AATC 202/1989, 282/1991, 6/1992 y 13/1992).

3. Desestimada la vulneración del artículo 24.1 de la CE, en la interpretación realizada por los órganos judiciales respecto a la posibilidad de plantear la nulidad de actuaciones en el seno de un procedimiento ejecutivo del artículo 131 de la LH, procede ahora entrar a examinar si se ha visto privado o no el recurrente en amparo de su derecho a acceder al proceso en curso y a defenderse en el mismo, que le correspondía como parte interesada en concepto de tercer poseedor de una finca hipotecada y adjudicada a terceras personas. Es la falta de requerimiento de pago a él o a su esposa y, en consecuencia, la falta de citación al proceso, la causa a la que anuda la indefensión que se denuncia, de forma que habrá de determinar si tal circunstancia es imputable a la actuación del órgano judicial y si, en su caso, ha colocado al recurrente en una situación de indefensión constitucionalmente proscrita.

Para resolver el supuesto planteado conviene reiterar la doctrina de este Tribunal Constitucional de que el concepto de indefensión con transcendencia constitucional es de carácter material y no exclusivamente formal, de modo que no podrá alegarse en esta sede si, aun existiendo una omisión judicial lesiva, en principio, del derecho a ser oído en un proceso en el que se ostenta la condición de parte, no se ha observado frente a aquélla, en el curso de las diferentes fases procesales, la debida conducta diligente con miras a propiciar su rectificación. Junto a esto ha de recordarse también que la corrección en la práctica de las notificaciones y emplazamientos es esencial para que se dé cumplida satisfacción al derecho a una tutela judicial efectiva, debiendo los órganos judiciales poner el máximo empeño en que no se creen por error o funcionamiento deficiente de la Administración de Justicia situaciones de indefensión. Ahora bien, corresponde a las partes intervinientes en un proceso mostrar la debida diligencia, sin que pueda alegar indefensión quien se coloca a sí mismo en tal situación o quien no hubiera quedado indefenso de actuar con la diligencia razonablemente exigible, pues si la parte afectada tiene conocimiento por cualquier medio ajeno al proceso de la tramitación del juicio, la diligencia exigible en la defensa de sus intereses le obliga a personarse en el procedimiento, subsanando así la posible infracción cometida por el órgano judicial, de modo que sólo si dicho conocimiento es tan tardío que le impide la adecuada defensa de sus intereses o si, intentada la personación, se le deniega indebidamente, habría una actuación del órgano judicial generadora de indefensión (SSTC 9/1981, 1/1983, 22/1987, 36/1987, 72/1988 y 205/1988).

Resta añadir que en el supuesto planteado, como en aquellos otros en los que se alega la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, este Tribunal ha de establecer la necesaria ponderación entre tal derecho, en el supuesto concreto, y el derecho fundamental, del que también son titulares las restantes partes del proceso, a que éste se resuelva sin dilaciones indebidas y a la ejecución de las resoluciones judiciales. Estos derechos deberán, sin duda, ceder ante el que hemos citado en primer lugar si, quien viene ante nosotros en demanda de amparo ha sido colocado en una situación de indefensión de la que no puede librarse actuando con la diligencia que sus medios le permiten. No así cuando, por el contrario, tuvo oportunidades razonables de

conocer cuál era la situación en la que se encontraba y de reaccionar frente a ella, pues en ese caso el reconocimiento de una primacía absoluta a su propio derecho equivaldría a hacer pagar a los titulares de aquéllos las consecuencias de una conducta ajena (STC 8/1991).

Pues bien, la anterior referencia a la jurisprudencia constitucional, abundantemente reiterada por este Tribunal, basta para comprobar la inexistencia de la lesión constitucional que se denuncia. Cierto es, como sostiene el recurrente en amparo, la falta de requerimiento de pago a él o a su esposa, pese a ser terceros poseedores y tener conocimiento de dicha condición la entidad ejecutante. Pero no lo es menos que, como resulta de las actuaciones judiciales y frente lo que se asevera en la demanda de amparo, la esposa del solicitante de amparo tuvo conocimiento del proceso de ejecución hipotecaria con anterioridad a la celebración de la primera de las subastas y, sin embargo, se desinteresó por entero del mismo y dejó que siguiera su curso hasta dictarse Auto de remate y comparecer después ante el órgano judicial para denunciar aquella infracción procesal y solicitar la declaración de nulidad de actuaciones. Aunque el demandante de amparo y su esposa se encontraban separados de hecho con anterioridad al inicio del procedimiento judicial, tal circunstancia o una supuesta incomunicación entre ambos cónyuges, lo que, por lo demás, resulta desvirtuado por el examen de las actuaciones judiciales, ni siquiera es alegada en la demanda de amparo como causa del supuesto desconocimiento del proceso por el recurrente en amparo, afirmando expresamente éste, por el contrario, que si su esposa o hijos hubieran tenido conocimiento del mismo antes de que hubieran sido perturbados en la posesión de la finca hipotecada, dicho proceso, de una u otra forma, hubiera llegado también a su conocimiento.

De la prueba practicada en la segunda instancia, resulta que con anterioridad a la iniciación del procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la LH, del que trae causa el presente recurso de amparo ante el Juzgado de Primera Instancia, número 5 de Barcelona, se promovieron por «Fori, Sociedad Anónima», Autos de juicio ejecutivo número 897/87, contra el demandante de amparo y su esposa por impago de letras de cambio. Con fecha 1 de marzo de 1988, ambos fueron emplazados en su domicilio y se procedió el embargo de los sueldos que percibían como empleados en la Seguridad Social en la Residencia Sanitaria del Valle de Hebrón, Centro en el que uno y otro cónyuge trabajan, personándose la esposa del recurrente en amparo el día 18 siguiente ante la Secretaría del Juzgado para que le fuera designado Abogado y Procurador del turno de oficio. Por escrito de fecha 24 de marzo de 1988, «Fori, Sociedad Anónima» puso en conocimiento del Juzgado el requerimiento judicial, del que aportó copia a los autos, que había recibido como consecuencia del procedimiento hipotecario instado por la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona para la realización del préstamo hipotecario con el que estaba gravada la vivienda que había vendido al solicitante de amparo y su esposa, y en el que instaba la ampliación de la demanda Consta, igualmente, que por providencia de 18 de mayo de 1988 se tuvo por comparecida y parte a la representación procesal designada de oficio a la esposa del demandante de amparo, así como contestada la demanda, siendo declarado éste en rebeldía por no haber comparecido. Finalmente, el Juzgado de Primera Instancia, número 5 dirigió oficio al Juzgado de Primera Instancia, número 2, interesando que en caso de existir sobrante en la subasta que de la finca hipotecada había de celebrarse en el procedimiento hipotecario se procediese a su retención y puesta a disposición del citado Juzgado.

Existe base probatoria suficiente para entender razonablemente, como así lo consideró la Audiencia Provincial, que tanto el recurrente en amparo como su esposa tuvieron conocimiento del procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la LH. al menos, desde el mes de mayo de 1988, esto es, con anterioridad a las fechas señaladas para la celebración de la subasta. En vez de actuar con la diligencia que en defensa de sus derechos e intereses les era exigible, personándose en el proceso y poniendo en conocimiento del órgano judicial la irregularidad procesal habida o atendiendo al requerimiento de pago para así evitar la subasta de la finca hipotecada y la continuación del procedimiento, dejaron que éste siguiera su curso hasta dictarse Auto de remate y es entonces cuando comparecen, por primera vez y sucesivamente, ante el Juzgado denunciando aquella infracción procesal e instando la declaración de nulidad de actuaciones. El recurrente en amparo y su esposa, pese a tener conocimiento del proceso, se desinteresaron por entero de su curso, adoptando voluntariamente una pasiva actitud procesal de la que ahora pretenden beneficiarse, de forma que si alguna indefensión han sufrido, ella es imputable exclusivamente a su conducta negligente, por lo que en modo alguno, de conformidad con la doctrina de este Tribunal expuesta *ut supra*, puede prosperar la queja de indefensión en la que se basa la pretensión de amparo

4. Finalmente, por lo que se refiere a la supuesta vulneración del principio de igualdad procesal de las partes, que el recurrente alega con cita del artículo 14 de la CE, debe afirmarse, en primer lugar, que, como ha reiterado este Tribunal, el referido principio se integra, no en el ámbito genérico del referido artículo 14, sino el propio de los derechos a la tutela judicial y a la defensa dentro de las actuaciones procesales (SSTC 4/1982, 101/1989 y 110/1989). En cuanto al fondo de esta alegación, no cabe apreciar en la actuación de los órganos judiciales, desde que el solicitante de amparo se personó en autos, una diferencia de trato entre las partes que pudiera tener alguna relevancia constitucional, puesto que, sin perjuicio de las consideraciones que sobre el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión se han realizado en el fundamento jurídico precedente, es evidente que, a estos efectos, las partes comparecidas han sido tratadas en pie de igualdad, sin que tal conclusión resulte desvirtuada por las afirmaciones que, al socaire del citado principio constitucional, se hacen en la demanda de amparo En efecto, de un lado, el requerimiento para que se dejase libre y a disposición del adjudicatario la finca hipotecada le fue notificado, en presencia del Secretario judicial, al hijo del recurrente en amparo; de otro, el término de emplazamiento ante la Audiencia Provincial fue el mismo para todas las partes comparecidas en autos; y, por último, el solicitante de amparo se aquietó ante la decisión judicial de admitir el recurso de apelación en un solo efecto. Por consiguiente, de todo fundamento adolece la denunciada infracción constitucional.

2. *Sentencia de 15 de febrero de 1994.*—REGISTRO DE LA PROPIEDAD — Nulidad de inscripción causada por resolución de la jurisdicción laboral No es competente la jurisdicción civil.—Sala 1.ª.—Ponente: señor Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer

Hechos.—Los hechos que han dado origen al presente recurso de amparo pueden exponerse, en síntesis, como sigue:

a) A consecuencia de una reclamación seguida a instancias de la señora Benítez Montilla ante el Juzgado de lo Social número 2 de Córdoba, se dictó por éste Sentencia condenatoria al pago de cantidad contra don Manuel Domínguez Cala. En trámite de ejecución de Sentencia, y ante los sucesivos y frustrados intentos hechos por la señora Benítez Montilla para lograr el pago, se procedió a subastar la nuda propiedad de una finca urbana de la que era titular el demandado, sin que éste hubiese sido notificado personalmente de la fecha de celebración de la tercera serie de subastas, aunque sí de las anteriores, que habían sido suspendidas sin que el ejecutado procediera al pago. Para la tercera serie de subastas se había procedido a su citación por edictos, al no haber sido posible su citación por correo por ausencia del domicilio que constaba en autos y que era efectivamente el suyo. Igualmente por edictos se le notificaron las diligencias posteriores y la resolución por la que se le requería que otorgara escritura de venta en favor de la adjudicataria (la señora Benítez Montilla), que adquirió la finca por la cantidad de 10.000 pesetas.

b) Don Manuel Domínguez Cala interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra doña Manuela Benítez Montilla y don Arturo Sánchez Pérez, esposo de la anterior (ambos recurrentes en amparo en la actualidad), ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Córdoba, en la que, poniendo de manifiesto las irregularidades experimentadas en las notificaciones durante el proceso de ejecución de la Sentencia dictada en la jurisdicción social, solicitaba del Juzgado: *a)* que fuera declarado nulo el procedimiento de apremio seguido contra él a instancias de la señora Benítez Montilla ante el Juzgado de lo Social número 2 de Córdoba; *b)* que se declarase la nulidad de la escritura pública de adjudicación de la nuda propiedad de la finca urbana (de fecha 9 de diciembre de 1988) en favor de la citada señora Benítez Montilla; *c)* que se declarase la nulidad de la inscripción registral referida a la nuda propiedad del inmueble; *d)* que fuera declarado legítimo titular de éste. El Juzgado dictó Sentencia con fecha 19 de febrero de 1991. En su resolución, aceptaba la excepción de incompetencia de jurisdicción opuesta por los hoy recurrentes en amparo, y desestimaba la demanda interpuesta por el señor Domínguez Cala.

c) Recurrida la Sentencia en apelación, la Audiencia Provincial de Córdoba, en Sentencia de 25 de junio de 1991, estimó el recurso. La argumentación de la Audiencia se basaba en que lo solicitado no era la declaración de nulidad del procedimiento de apremio, sino de la inscripción en el Registro de la Propiedad, lo que era competencia «exclusiva de la jurisdicción ordinaria» y, a fin de pronunciarse sobre lo pedido —añadía la Sala— era preciso que la Audiencia se pronunciase previamente sobre la validez de los títulos que habían justificado la inscripción (art 38 de la Ley Hipotecaria), a lo que se accede atendiendo a la vulneración de los derechos de defensa del recurrente durante el procedimiento de apremio, y por razones de equidad En consecuencia, la Sala resolvió en el sentido siguiente. «Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada (por el Juzgado), revocando por tanto la Sentencia apelada .. y se hacen los pronunciamientos siguientes: *a)* Declarar nulo el procedimiento de apremio seguido contra don Manuel Domínguez Cala en la Magistratura de Trabajo, «desde el momento inmediatamente anterior a la publicación efectuada en el *BOP* de la providencia de fecha 28 de octubre de 1987»; *b)* «Declarar por tanto nula la escritura pública de adjudicación de la vivienda... otorgada por don Francisco García Garrido, Magistrado de Trabajo número 2 de Córdoba, en

favor de doña Manuela Benítez Montilla»; *c)* «Declarar nula la inscripción de adjudicación de la nuda propiedad en el Registro de la Propiedad», *d)* «Declarar a don Manuel Domínguez Cala legítimo titular de la nuda propiedad».

3. Los señores Benítez Montilla y Sánchez Pérez han interpuesto recurso de amparo contra la referida Sentencia de la Audiencia Provincial, articulándolo sobre los siguientes motivos:

a) Infracción del artículo 24 1 CE, por haber dictado la Sala una resolución para la que era incompetente (art. 9 1 LOPJ). Con ello se ha desconocido el derecho al Juez natural predeterminado por la Ley. Entienden los recurrentes que, en todo caso, la revisión de lo actuado en ejecución de una Sentencia dictada por un Juez de lo Social sólo puede corresponder a órganos de esta Jurisdicción.

b) Infracción del artículo 24.1 CE, por haber declarado la Audiencia Provincial de Córdoba la nulidad de actuaciones, al margen de los cauces establecidos en la legalidad vigente (STC 185/1990).

Por todo ello, solicitan del TC que sea declarada la nulidad de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, y mantenida la doctrina sentada por el Juez de Primera Instancia cuya resolución fue revocada por aquélla.

Por otrosí solicitan la suspensión de la ejecución de lo dispuesto por la resolución impugnada, que es acordada por este Tribunal mediante Auto de fecha 14 de octubre de 1991

Fallo.—El Tribunal Constitucional ha decidido: Estimar el presente recurso de amparo y, en consecuencia. 1 ° Reconocer el derecho de los demandantes a la tutela judicial efectiva. 2.° Anular la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Córdoba de 15 de junio de 1991 (rollo 88 de 1991).

Fundamentos jurídicos.—1. El presente recurso de amparo se fundamenta en la vulneración del artículo 34 CE, básicamente, por entender los actores que la Audiencia Provincial de Córdoba ha excedido los límites de la competencia de la jurisdicción civil, al revisar lo actuado por la jurisdicción laboral en el proceso de ejecución de una Sentencia dictada por ésta —ignorando el derecho al Juez natural predeterminado por la Ley— y, asimismo, ha decretado la nulidad de lo actuado, sin tener en cuenta los cauces establecidos para ello en la legalidad vigente, desconociendo la estricta configuración legal del derecho a la tutela judicial efectiva.

Analizando la primera de las alegaciones contenidas en la demanda, es fácil deducir que en ellas se trasluce, como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal, una cuestión que pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria.

En síntesis, los actores discuten sobre la competencia de los Tribunales del orden jurisdiccional civil para pronunciarse de la forma en que lo han hecho, vinculando esta discrepancia con el derecho al Juez natural predeterminado por la Ley. Al argumentar de ese modo, distorsionan la esencia de este derecho, que se hace coincidir con la obligación de respetar las reglas sobre competencia judicial. Ya se ha dicho reiteradamente por este Tribunal que el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley requiere que el órgano judicial llamado a conocer haya sido creado previamente por la norma; que esté investido de jurisdicción y competencia antes del hecho que motive su actuación y, finalmente, que su régimen orgánico y procesal no permita cali-

ficarlo como órgano especial o excepcional (SSTC 47/1983 ó 23/1986, entre otras). Por ello cuando, como sucede en este caso, el Juez o Tribunal que ha dictado la resolución que se impugna reúne estas características, y actúa de forma razonada en la interpretación y aplicación de las normas que determinan su competencia no está en juego la eventual vulneración del derecho fundamental a que conozca del asunto el Juez predeterminado por la ley consagrado en el artículo 24.2 CE Por lo dicho, procede desestimar este primer motivo del recurso.

2. En segundo lugar, alegan los recurrentes que la resolución impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva —enunciado en el art 24.1 CE—, porque la Sala sentenciadora ha decretado la nulidad de todo lo actuado en el proceso de ejecución de la Sentencia laboral, al margen de los cauces previstos para ello en nuestro ordenamiento. Con ello, afirman, no sólo se desconoce la literalidad del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino también y sobre todo la doctrina de este Tribunal, en su STC 185/1990, fundamentos jurídicos 2.° y 3.°

En esta argumentación es posible detectar aspectos más profundos que la mera pretensión de replantear ante este Tribunal una cuestión de mera legalidad ordinaria. No debe olvidarse que en este caso la inscripción registral y la escritura pública que adjudicaba a la señora Benítez Montilla la nuda propiedad del inmueble litigioso traían causa de un proceso de ejecución en el que la citada señora era ejecutante, y que culminó con subasta en la que se le adjudicó un bien por una cifra a todas luces irrisoria, lo que ha sido determinante en la decisión de la Audiencia Provincial. Al amparo de las facultades de examen de la legalidad del título que le otorga el artículo 40 LH, la Sala sentenciadora ha decretado la nulidad de lo actuado en el proceso de ejecución laboral.

Teniendo en cuenta que puede haber casos —y así lo ha reconocido este Tribunal— en los que «por la vía de la inteligencia, aplicación o interpretación de la legalidad ordinaria» se pueden poner en juego «derechos de carácter fundamental reconocidos en la Constitución» (SSTC 58/1983, fundamento jurídico 3.°, 247/1993, fundamento jurídico 2.°), es posible entrar a conocer de la eventual relevancia constitucional de la vicisitud judicial que ha dado origen al presente recurso de amparo. Esto último es de trascendencia constitucional de forma especial cuando, fuera de los cauces legales, se acuerda por un órgano judicial la nulidad o ineficacia de resoluciones precedentes que habían alcanzado firmeza. Este Tribunal viene reiterando que el obligado cumplimiento de lo acordado por Jueces y Tribunales es una de las más importantes garantías para el funcionamiento y desarrollo del Estado de Derecho, como revela que así se anuncie en el artículo 118 de la CE, pero, además de exigencia objetiva del sistema jurídico, la inmutabilidad y la ejecución de las Sentencias y demás resoluciones que han adquirido firmeza se configuran también como manifestación de la seguridad jurídica en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, integrándose en el artículo 24 1 CE (SSTC 15/1986, 119/1988, 12/1989 y 304/1993, entre otras). En línea con lo que decíamos en la STC 15/1986, con cita de la STC 67/1984, los principios de seguridad jurídica y de la legalidad en materia procesal (art. 9.3 y 117.3 a la CE) vedan a los Jueces y Tribunales, fuera de los casos previstos por la ley, revisar el juicio efectuado en un caso concreto, si entendieran con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad, sea ésta sustantiva o procesal. Precisamente en relación con posibles defectos producidos en el devenir del procedimiento,

ya la STC 185/1990 tuvo ocasión de subrayar esa inmutabilidad, indicando cómo, en los supuestos en que no fuera posible utilizar algún recurso legalmente previsto o el incidente de nulidad de actuaciones, el recurso de amparo se revela como el único medio de subsanación de tales defectos

3. Aplicando esta doctrina al supuesto aquí enjuiciado, es necesario, ante todo, recordar que se trata de un caso en que el ejecutado en un proceso laboral, que había observado desinterés ante la marcha del proceso de ejecución —lo que le reprochó incluso la resolución impugnada— formuló demanda ante la jurisdicción civil, tramitada como juicio ordinario de menor cuantía, en la que pedía —y así lo estimó la Sentencia de apelación— no sólo la declaración de la nulidad de la escritura pública de adjudicación de los bienes subastados en la ejecución, y de la consiguiente nulidad de la inscripción registral referida a ellos, sino también, y como premisa condicionante de lo anterior, la nulidad del procedimiento de apremio seguido ante el Juzgado de lo Social número 2 de Córdoba.

Delimitado así el supuesto, es indudable, en primer lugar, que resulta de aplicación plena la doctrina general antes expuesta, pues la Audiencia Provincial acordó la nulidad de todas las resoluciones firmes recaídas en la fase de ejecución o procedimiento de apremio seguido ante el órgano del orden jurisdiccional social, fundándose en eventuales defectos procesales habidos durante la tramitación de dicha ejecución

El problema a dilucidar es, por tanto, si existe norma legal que permitiera a la Audiencia Provincial revisar las decisiones firmes precedentes de otro órgano judicial de distinto orden En tal sentido, dicha Audiencia Provincial invocaba como norma legitimadora el artículo 40 de la Ley Hipotecaria (LH), apreciación que no puede compartirse, sin que ello suponga revisar un juicio de legalidad ordinaria, sino únicamente analizar desde la perspectiva constitucional la razonabilidad del fundamento de la resolución. Como razonaba la STC 33/1987, al derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales le es aplicable el principio *pro actione*, por lo que una decisión de inejecución —aquí de nulidad que acarrea la inefectividad de actos precedentes— debe apoyarse en causa legal, interpretada en el sentido más conforme a tal ejecución, no pudiendo ser arbitraria, irrazonable, ni fundarse en causa inexistente o en una interpretación restrictiva del derecho.

Desde esta perspectiva constitucional no resulta aceptable la motivación contenida en la Sentencia impugnada basada en la invocación del artículo 40 de la Ley Hipotecaria. Este artículo contiene una circunstanciada relación de supuestos y procedimientos para la rectificación de los asientos del Registro, mas no detalla las reglas de competencia y de procedimiento judicial que han de observarse para la declaración de nulidad de resoluciones judiciales de un proceso laboral o de otra clase que constituyan el fundamento o los títulos mismos inscritos en el Registro El artículo 40 LH es regla delimitadora de los supuestos y formas para la rectificación de asientos del Registro, pero no faculta para el examen de la validez o nulidad de los títulos materiales —en el sentido del art. 2 de la Ley Hipotecaria— que han determinado el asiento registral, supuestos y causas de revisión no contenidos en ese precepto. Por lo que el mismo no puede ser interpretado (como tampoco el párrafo 2 ° del art 38 LH) como norma legal que predetermine al orden judicial civil y a los juicios declarativos como la sede y el medio adecuado para la revisión de resoluciones firmes de órgano del orden jurisdiccional social en fase de ejecución

Ello supone confundir la nulidad de actuaciones de un determinado órgano judicial —en que se acordó la adjudicación de un bien— con la nulidad y cancelación de la inscripción registral causada por la escritura pública otorgada tras la adjudicación judicial, confusión que se acrecienta al ser la causa de la segunda una eventual infracción procesal que es la que provocaría la nulidad de actuaciones. Pretender la nulidad y cancelación de la inscripción registral implicaba, consecuentemente, examinar la validez de actos y decisiones procesales firmes de otro orden jurisdiccional, y por ello declarar la falta de efectos de previas resoluciones judiciales firmes de otro orden jurisdiccional.

Por consiguiente, la resolución impugnada carecía de base legal para justificar declarar la inefectividad o nulidad de las resoluciones judiciales firmes del orden social de la jurisdicción.

4. Al ser el fundamento de la inscripción registral que se trataba de anular una resolución judicial, en la que culminaba, por las cantidades a las que afectaba, el proceso de ejecución laboral, la resolución misma era intangible, salvo a través de los medios que la ley establece específicamente (arts. 238 y ss LOPJ). Como indicaba la STC 185/1990 y según recordábamos antes, en los supuestos en que no fuera posible utilizar alguno de los recursos establecidos en la ley, o el incidente de nulidad de actuaciones, quedaba el recurso de amparo como único medio a través del cual subsanar los posibles defectos con relevancia constitucional que se hubiesen producido en el devenir del procedimiento (fundamento jurídico 2.°). Y, existiendo esas vías adecuadas, por importantes que fueran los defectos de procedimiento, no es posible subsanarlos cometiendo el aún mayor de autorizar que se revise por un órgano incompetente y a través de un procedimiento inadecuado lo actuado por el Juez laboral, reduciendo a la nada su efectividad de acuerdo con una valoración que el Juez civil no estaba autorizado a efectuar, y articulando una vía de recurso inexistente por la indebida utilización realizada del proceso ordinario de menor cuantía.

Actuando como lo hizo, en suma, la Sala, al dictar la resolución impugnada, vulneró el artículo 24 1 CE, por las razones expuestas en los apartados anteriores, en atención a las cuales procede estimar este motivo del recurso, restableciendo a los recurrentes en su derecho con la anulación de la Sentencia de apelación.

F. C. D.

II. Resoluciones de la Dirección General

Por PILAR PALAZÓN VALENTÍN

LA ESTRUCTURA DEL ORGANO DE ADMINISTRACION DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES NO PUEDE SER ALTERNATIVA (Comentario a diversas resoluciones de la DGRN)

RESOLUCION DE 27 DE FEBRERO DE 1991, DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, EN EL RECURSO GUBERNATIVO INTERPUESTO A EFECTOS DOCTRINALES POR EL NOTARIO DE VALENCIA DON VICENTE LUIS SIMO SANTONJA, CONTRA LA NEGATIVA DEL REGISTRADOR MERCANTIL DE DICHA CIUDAD A INSCRIBIR UNA ESCRITURA DE CONSTITUCION DE SOCIEDAD ANONIMA.

En el recurso gubernativo interpuesto a efectos doctrinales por el Notario de Valencia don Vicente Luis Simó Santonja, contra la negativa del Registrador Mercantil de dicha ciudad a inscribir una escritura de constitución de sociedad anónima.

Hechos.—I. El día 28 de diciembre de 1989, ante el Notario de Valencia don Vicente Luis Simó Santonja, se otorgó escritura de constitución de la Sociedad «Inversiones Tesara, Sociedad Anónima». En sus Estatutos sociales se establece: «Artículo 10. La Sociedad será regida y administrada por la Junta general, y/o bien por el Consejo de Administración y por los Consejeros-Delegados o por el Administrador único. Artículo 25. El Administrador único podrá ser o no accionista, será designado por la Junta General, estará investido de todas y cada una de las facultades previstas en el artículo 22 para el Consejo de Administración, y en el artículo 24, para los Consejeros-Delegados, y además las que resulten de estos Estatutos y de la legalidad vigente. El cargo de Administrador único tendrá una duración de cinco años, pudiendo ser reelegido una o más veces por período de igual duración Artículo 32. Para proceder al cambio del sistema de administración de la Sociedad según las variantes que establece el artículo 10 de los Estatutos deberán cumplirse los requisitos de convocatoria y quórum que previene el articulado de la Ley.»

II. Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Valencia, fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente documento por contradecir los artículos 10 y 25 de los Estatutos de la Sociedad que en él se constituye, el artículo 9.*h)*, del texto refundido de la Ley de

Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989, y el artículo 124 1 del Reglamento del Registro Mercantil, aplicables en virtud de la disposición transitoria segunda del citado texto refundido, que reproduce fielmente la segunda de la Ley de 25 de julio de 1989, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directrices de la Comunidad Económica en materia de Sociedades y la disposición transitoria primera, apartado 3, del antedicho Reglamento al regular aquellos preceptos estatutarios un órgano de administración dual o alternativo en contra de la actual previsión legal de que se fije "unívocamente" o sin alternatividad posible la estructura del órgano que se confía la administración de la Sociedad y se determinen desde el primer momento las personas que han de desempeñar los cargos que se configuran.—Extendida de conformidad con mis cotitulares.—Valencia, 2 de febrero de 1990.—El Registrador.—Firmado, Carlos Javier Orts Calabuig.»

III. El Notario autorizante del documento interpuso a efectos doctrinales recurso de reforma contra la anterior calificación, y alegó: Que la nota de calificación plantea dos problemas diferentes: 1. Problema de derecho transitorio.—Que el Notario que el día 28 de diciembre le solicitan la autorización de una escritura de constitución de Sociedad no tiene más remedio que respetar la legalidad vigente en dicho momento, que es la siguiente: Disposición derogatoria del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989, de la que se infiere que en la fecha citada estaba vigente la Ley de 1951; y, a mayor abundamiento, el artículo 5 °, disposición final, del Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil. Que parece no ser correcta la lectura hecha por el Registrador de las disposiciones transitorias primera, números 1 y 3, del Reglamento del Registro Mercantil, que en realidad no son contradictorias, el criterio de la número 3 coincide con lo dispuesto en el artículo 63 del Reglamento citado y con la disposición transitoria segunda de la Ley de Sociedades Anónimas. 2. Problema de derecho material.—Que el criterio de la calificación se considera contrario a la *ratio legis* de la directiva comunitaria, de la propia Ley y Reglamento, por las siguientes razones jurídicas: *a)* La segunda Directiva del Consejo de la Comunidad Económica Europea, de 13 de diciembre de 1976, explica con claridad su aprobación y que en su artículo 2 exige que las garantías que se pretende pueden establecerse en los Estatutos o en la escritura de constitución. *b)* Que tanto la Ley como el Reglamento se autocalifican «de forma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la CEE en materia de Sociedades». Que en la escritura de constitución que se estudia cumple dicha *ratio legis,* dado que los otorgantes elevan a escritura pública los Estatutos protocolizados y, además, cumplen con el exigido requisito de univocidad tanto en cuanto eligen como sistema de administración, el Consejo de Administración, con lo que desaparece la posibilidad de que induzca a error la existencia de órganos alternativos Que los fundadores tienen derecho en virtud del principio de autonomía de voluntad de plasmar en los Estatutos lo establecido en los artículos 10, 25 y 32 antes transcritos, y para a continuación en la escritura de constitución, que indiscutiblemente forma un todo junto con los Estatutos, hacer la elección al sistema de Consejo. *c)* Los artículos que el señor Registrador en la nota considera infringidos no emplean la disyuntiva «o» que sería necesaria para entender la pretendida univocidad y, por tanto, hay que acudir al texto de la segunda Directiva, que sí la emplea *d)* Que el problema ya planteado bajo la Ley de 1951 fue rotundamente resuelto por la Resolución de 26 de noviembre de 1981. Que, en definitiva, los

artículos 9 *h)*, del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989, y 124.1 del Reglamento del Registro Mercantil, no prohíben la dualidad, aunque amplíen el contenido expresando toda la gama de posibilidades o sistema de administración, pero sin limitar la autonomía de voluntad de los particulares, que gozan de libertad legal de elegir y explicar cuál puede ser el sistema de administración para elegir en la escritura de constitución uno sólo de ellos, de modo que será la Junta general la única que podrá cambiar el sistema, con el subsiguiente conocimiento de interesados y terceros. Que no aparece en este caso un posible fraude a la Ley.

IV. El Registrador dictó acuerdo manteniendo la calificación en todos sus extremos e informó: A) Sobre el problema de derecho transitorio. Que los preceptos que cabe aducir para mantener la pertinencia de la nota calificadora son los que invoca el recurrente, sólo que interpretados de otra manera. Que nadie pretende un imposible lógico jurídico, cual es exigir que en las escrituras de constitución de sociedades otorgadas antes del 1 de enero de 1990 venga establecido un marco estatutario ajustado a un derecho futuro, normalmente ignoto. Pero en virtud de lo ordenado por el legislador en la disposición transitoria segunda de la Ley 19/1984 la escritura estará bien otorgada si se ajusta al derecho vigente en el momento de su otorgamiento; pero como las cláusulas estatutarias en aquellas contenidas, que resulten contrarias a las normas imperativas rectoras de las sociedades anónimas, quedaron sin efecto a partir de 1 de enero de 1990, de ahí que no resulten inscribibles y deban entenderse sustituidas por las que de modo rígido articula la nueva legislación. Que la interpretación del fedatario recurrente conllevaría una vulneración sistemática y deliberada del principio de legitimación registral. B) Sobre el problema de derecho material. Que los fundamentos jurídicos son los siguientes: 1.° El artículo 9.*h)* del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989, 2 ° El artículo 124.1 del Reglamento del Registro Mercantil. No siendo posible, en el régimen vigente, la coexistencia de órgano colegiado y de órgano individual, y 3.° Las Directivas de la Comunidad Económica Europea no son normas directamente vinculantes para los ciudadanos, sino pautas a las que deben acomodarse los legisladores nacionales que han decidido que las menciones mínimas que exige la Comunidad Europea han de consignarse en los Estatutos y el particular no puede desentenderse de esa elección. 4.° Que por la nueva normativa está vedado el que la indefinición estatutaria se lleve hasta el extremo de no decidirse por administración individual o colegiada, y 5.° Que el argumento que pudiera representar la Resolución de 26 de noviembre de 1981 hay que considerarlo volatizado al par que del derecho.

V. El Notario recurrente interpuso a efectos doctrinales recurso de alzada contra el anterior acuerdo, manteniéndose en las alegaciones expuestas en el escrito del recurso de reforma.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 9 *h)* del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989, 124 del Reglamento del Registro Mercantil de 29 de diciembre de 1989.

1 En el presente recurso interpuesto a efectos exclusivamente doctrinales, se debate en torno a la inscripción de determinada Sociedad habida cuenta que en sus Estatutos rectores se establece que la gestión social estará encomendada, bien a un Consejo de Administración y a los Consejeros-Delegados, bien a un Administrador único (art. 10); y que para realizar el cambio

de sistema de administración entre estas dos variantes deberán cumplirse los requisitos de convocatoria y quórum que previene el articulado de la Ley (art 32).

La cuestión a decidir es, pues, si cabe que los Estatutos al regular el órgano de gestión social se limiten a recoger las varias modalidades que ésta pueda adoptar, correspondiendo a la Junta determinar cuál de ellas va a ser la efectivamente utilizada o si, por el contrario, la norma estatutaria ha de recoger de modo preciso, único y puntual la concreta modalidad que reviste en cada momento el órgano encargado de la gestión y representación social

3. Si se tiene en cuenta la naturaleza de los Estatutos en tanto norma definidora de la estructura y funcionamiento de la Sociedad, el vigor de los requisitos prevenidos para su modificación, y la exigencia de claridad y precisión en sus determinaciones conformadoras de la Entidad, ha de concluirse en la necesidad de que en ellos se determine de modo inequívoco la modalidad que efectivamente adopta el órgano de administración, sin limitarse a una mera enumeración de las varias posibilidades configurativas, pues, sobre ser ésta innecesaria, no haría sino ocultar el vacío estatutario sobre aspecto definidor tan esencial para la Sociedad, los socios y los terceros como es el concreto modo de organización de la gestión y representación social. En este sentido se pronuncia el nuevo artículo 9.*h)* del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989, al exigir la consignación en los Estatutos de la estructura del órgano gestor, y lo confirma, igualmente, el artículo 124 del Reglamento del Registro Mercantil de 29 de diciembre de 1989 al precisar que dicha estructura se hará constar determinando a cuál de las hipótesis que el precepto enumera se confía la administración social; sin olvidar en cuanto al valor de este precepto reglamentario la delegación contenida en el mismo artículo 9.*h)* del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar el acuerdo y la nota del Registrador

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. S. para su conocimiento y demás efectos.—Madrid, 27 de febrero de 1991.—El Director general, *Antonio Pau Pedrón* —Sr. Registrador Mercantil de Valencia.

(*BOE* de 24 de abril.)

RESOLUCION DE 28 DE FEBRERO DE 1991, DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO EN EL RECURSO GUBERNATIVO INTERPUESTO, A EFECTOS DOCTRINALES, POR EL NOTARIO DE BILBAO DON JOSE ANTONIO ISUSI EZCURDIA CONTRA LA NEGATIVA DEL REGISTRADOR MERCANTIL DE MADRID A INSCRIBIR UNA ESCRITURA DE CONSTITUCION DE UNA SOCIEDAD LIMITADA.

En el recurso gubernativo interpuesto a efectos doctrinales por el Notario de Bilbao don José Antonio Isusi Ezcurdia contra la negativa del Registrador Mercantil de Madrid a inscribir una escritura de constitución de una Sociedad Limitada.

Hechos.—I. El día 21 de febrero de 1990, ante el Notario de Bilbao don José Antonio Isusi Ezcurdia, se otorgó escritura de constitución de la Sociedad

«Erhardt & Farrás, Sociedad Limitada». En sus Estatutos sociales se establece: «Art. 14. La Administración de la Sociedad se encomienda al órgano de Administración que, a elección de la Junta General, se integrará por una cualquiera de las modalidades siguientes: 1. El Consejo de Administración. Se integrará por un mínimo de tres miembros y un máximo de diez designados por la Junta General. 2. El Administrador único o los Administradores Generales solidarios, hasta un máximo de cinco 3. Los Administradores Generales mancomunados, que, en todo caso, habrán de ser dos. El nombramiento y fijación del número concreto de miembros del Consejo de Administración y de Administradores generales son competencia de la Junta general. En relación con tal nombramiento, los titulares de participaciones sociales que voluntariamente se agrupen hasta constituir una cifra de capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de Consejeros o Administradores tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción. En el caso de que se haga uso de esta facultad las participaciones sociales así agrupadas no intervendrán en la votación relativa al nombramiento de los demás Consejeros o Administradores. Los dos Administradores generales mancomunados serán designados por la Junta General. Podrán proceder al nombramiento de uno de ellos los socios que, individualmente o agrupados, representen el 50 por 100 del capital social. Las participaciones sociales que hubieren hecho uso de este derecho no intervendrán en la votación relativa al nombramiento de otro Administrador general. Las participaciones sociales que se hubieren agrupado para la designación de un Consejero o Administrador, mientras tal nombramiento se halle vigente, no intervendrán en la designación de los demás. Se observarán, en orden a las participaciones agrupadas a tal fin, las normas previstas en el Reglamento del Registro Mercantil y demás leyes vigentes, en relación con la agrupación de acciones a idénticos efectos.» «Artículo 21. La Junta general podrá, en cualquier tiempo, acordar que el órgano de Administración de la Sociedad lo sea un Administrador general único o varios Administradores generales, hasta un máximo de cinco, que actuarán de forma solidaria o individual o, por último, dos Administradores generales mancomunados. Los Administradores generales ejercitarán, en la forma que se indique en su nombramiento y conforme a las modalidades citadas, todas las facultades que estos Estatutos confieren al órgano de Administración, en especial las que se enuncian en el artículo 22 de estos Estatutos.»

II. Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Madrid, fue calificada con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento por comprender los siguientes defectos que impiden practicarla: 1) No se establece la estructura del órgano de Administración en los términos fijados en el artículo 124 del Reglamento del Registro Mercantil al que se remite el artículo 174.8 del mismo y que impiden fijar cláusulas optativas entre diversas formas de Administración, tal y como hacen los artículos 14, 21 y concordantes de los Estatutos, en especial todos los relativos al Consejo, dado que se nombran dos Administradores mancomunados. 2) Respecto a la denominación social, habrá de cumplirse con el artículo 364 del Reglamento del Registro Mercantil y, por tanto, utilizar sólo letras del alfabeto español. Y en cumplimiento del artículo 62.3 del vigente Reglamento del Registro Mercantil, extiendo la presente en Madrid a 26 de marzo de 1990.—El Registrador.—Firma ilegible »

Posteriormente, el día 4 de mayo de 1990, ante el mismo Notario, se otorgó

escritura de subsanación de la de constitución, y ambas fueron inscritas en el citado Registro Mercantil.

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso de reforma contra la anterior calificación, y alegó: A) En cuanto al punto primero de la nota de calificación: 1) Que todas las normas que se refieren al órgano de Administración imponen que en los Estatutos se consigne la estructura de aquél; así en los artículos 9.*h)* de la Ley de Sociedades Anónimas y 124 y 174.8 del Reglamento del Registro Mercantil. 2) Que de la propia Ley la configuración jurídica del derecho de Sociedades se desprende que son cosas diferentes la estructura del órgano de Administración y la determinación del concreto sistema de administración de una sociedad anónima. Que en la 5.ª Directiva de la Comunidad Económica Europea se prevé la constitución de Sociedades incluso con pluralidad de órganos de la Administración y, a mayor abundamiento, se impone la necesidad de acogerse a uno u otros sistemas, según circunstancias variables y en continua mutación, como son, entre otras, el número de trabajadores, el volumen económico de la Sociedad, etc. 3) Que, ciertamente, el artículo 124 del Reglamento del Registro Mercantil fija taxativamente los sistemas de administración, pero no establece expresamente la necesidad de acogerse estatutariamente en la estructura del órgano de Administración a uno solo de los sistemas previstos, lo que se desprende es que no pueden coexistir diversos sistemas de administración en una Sociedad Anónima, pero no impide que, con previsiones de futuras necesidades, se regulen diversas modalizaciones del órgano de Administración para que la Junta general pueda acogerse, según las circunstancias, a cualquiera de ellos. 4) Que, incluso, la previsión estatutaria de diversos regímenes de administración es más respetuosa con los derechos individuales del accionista que la modificación estatutaria posterior por acuerdo de la mayoría, sobre todo respecto al derecho de nombramiento proporcional previsto en el artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas; y 5) Que la Dirección General de los Registros y del Notariado admitió expresamente tal posibilidad B) En cuanto al punto segundo de la nota de calificación: 1) Que la calificación del nombre de las Sociedades es competencia de los titulares del Registro Mercantil Central y, por tanto, contando con la certificación expedida por tal Registro, este extremo no puede ser calificado de nuevo por el Registrador Mercantil del domicilio de la Sociedad; y 2) Que ni siquiera se trata de una letra, sino de un signo comúnmente admitido en el mundo occidental, precisamente en la denominación de Sociedades

IV El Registrador dictó acuerdo manteniendo la calificación en todos sus extremos e informó: Que en cuanto al primero de los defectos se considera que por estructura del órgano de Administración hay que entender fijar con exclusividad la forma que ha de adoptar dicho órgano, y esto en base a los artículos 9.*h)*, de la Ley de Sociedades Anónimas, y 124 y 353.7.º del Reglamento del Registro Mercantil. Que el Notario recurrente, en la escritura calificada, no equipara estructura a enumeración, sino a determinación o concreción en una forma de administración con exclusión de todas las demás, lo que demuestra que acepta el criterio expuesto anteriormente Que la 5.ª Directiva de la Comunidad Económica Europea no está aprobada y no se sabe cómo quedará redactada en forma definitiva Que la Resolución de 26 de noviembre de 1981 se apoya en la legislación anterior ya derogada Que en lo referente al segundo de los defectos de la nota de calificación hay que decir que es materia de calificación del Registrador Mercantil el contenido de la certificación del

Registro Central, con independencia de si es positiva o negativa en virtud de lo establecido en los artículos 6.° y 372 2 del Reglamento del Registro Mercantil Que el artículo 364 del citado Reglamento impone una obligación taxativa y que en el alfabeto de las lenguas españolas no se encuentra una letra que sea el signo referido.

V El Notario recurrente interpuso, a efectos doctrinales, recurso de alzada contra el anterior acuerdo, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió. Que en cuanto al primer punto de la nota de calificación, la interpretación rigorista del Registrador conduce a que no se pueda establecer en Estatutos la posibilidad de la existencia alternativa, a criterio de la Junta General, de un Administrador único o varios que actúen individualmente, ya que sólo podrá optarse por una de las formas que enumera el artículo 124 del Reglamento del Registro Mercantil. Que en lo que se refiere al segundo punto de la nota referida que la interpretación del señor Registrador que reduce la función del Registro Central a la puramente administrativa, vacía de sentido la reforma producida por la nueva legislación mercantil que pone al frente del mismo a Registradores Mercantiles; que el signo debatido es un signo tipográfico acuñado por el uso, cuyo rechazo no se comprende dado el número de sociedades extranjeras que lo usan y el establecimiento cada vez más frecuente en nuestro país de estas sociedades.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 9.*h)* del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989, 124 del Reglamento del Registro Mercantil de 29 de diciembre de 1989.

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 del Reglamento del Registro Mercantil, el presente recurso, interpuesto a efectos exclusivamente doctrinales, se admite únicamente en cuanto a la primera de las cuestiones planteadas y que hace referencia a la inscripción de determinada Sociedad cuyos Estatutos prevén que la gestión social se encomendará a un órgano de Administración que, a elección de la Junta general, se integrará por una cualquiera de las siguientes modalidades: Consejo de Administración, Administrador único, varios Administradores generales solidarios y/o dos Administradores generales mancomunados.

2. La cuestión a decidir es, pues, si cabe que los Estatutos al regular el órgano de gestión social se limiten a recoger las varias modalidades que éste puede adoptar, correspondiendo a la Junta determinar cuál de ellas va a ser la efectivamente utilizada o si, por el contrario, la norma estatutaria ha de recoger de modo preciso, único y puntual la concreta modalidad que revista en cada momento el órgano encargado de la gestión y representación social

3. Si se tiene en cuenta la naturaleza de los Estatutos en tanto norma definidora de la estructura y funcionamiento de la Sociedad, el vigor de los requisitos prevenidos para su modificación, y la exigencia de claridad y precisión en sus determinaciones conformadoras de la entidad, ha de concluirse en la necesidad de que en ellos se determine de modo inequívoco la modalidad que efectivamente adopta el órgano de Administración, sin limitarse a una mera enumeración de las varias posibilidades configurativas, pues, sobre ser ésta innecesaria, no haría sino ocultar el vacío estatutario sobre aspecto definidor tan esencial para la Sociedad, los socios y los terceros como es el concreto modo de organización de la gestión y representación social En este sentido se pronuncia el nuevo artículo 9.*h)* del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989 al exigir la consignación en

los Estatutos de la estructura del órgano gestor, y lo confirma, igualmente, el artículo 124 del Reglamento del Registro Mercantil de 29 de diciembre de 1989 al precisar que dicha estructura se hará constar determinando a cuál de las hipótesis que el precepto enumera se confía la administración social; sin olvidar en cuanto al valor de este precepto reglamentario la delegación contenida en el mismo artículo 9.*h)* del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar el acuerdo y la nota del Registrador.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V S. para su conocimiento y demás efectos.—Madrid, 28 de febrero de 1991.—El Director general, *Antonio Pau Pedrón*

Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

(*BOE* de 25 de abril.)

RESOLUCION DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1991, DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, EN EL RECURSO GUBERNATIVO INTERPUESTO POR DON FRANCISCO FERNANDEZ MARIN, EN NOMBRE DE «INSTALACIONES Y PROYECTOS DE TELECOMUNICACION, SOCIEDAD ANONIMA», CONTRA LA NEGATIVA DEL REGISTRADOR MERCANTIL DE MADRID A INSCRIBIR UNA ESCRITURA DE ELEVACION A PUBLICOS DE ACUERDOS SOCIALES.

En el recurso gubernativo interpuesto por don Francisco Fernández Marín, en nombre de «Instalaciones y Proyectos de Telecomunicación, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registro Mercantil de Madrid a inscribir una escritura de elevación a públicos de acuerdos sociales

Hechos.—I. El día 8 de marzo de 1990, ante el Notario de Madrid, don José Aristónico García Sánchez, se otorgó escritura de elevación a público de los acuerdos sociales de cese del Administrador único y nombramiento de Consejo de Administración de «Instalaciones y Proyectos de Telecomunicación, Sociedad Anónima», adoptados en la reunión que la Junta General Universal de dicha Sociedad celebró el día 7 de marzo del mismo mes y año.

II Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Madrid, fue calificada con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento por el defecto subsanable siguiente: Deben modificarse los Estatutos sociales para optar entre uno de los posibles órganos de administración con exclusión de los demás (art. 124 del Reglamento del Registro Mercantil) —Madrid, 17 de abril de 1990.—El Registrador.—Fdo.: José A. Calvo y González de Lara.»

III. Don Francisco Fernández Marín, en representación de «Instalaciones y Proyectos de Telecomunicación, Sociedad Anónima» interpuso recurso de reforma contra la anterior calificación, y alegó: Que la nota de calificación no se ajusta a la legislación vigente en materia de adaptación de Estatutos que recoge la disposición transitoria tercera del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre

IV El Registrador acordó mantener la calificación, en todos sus extremos, e informó: 1) Que en el artículo 9.*h)* de la Ley de Sociedades Anónimas se establece la concreción de la estructura del órgano al que se confiere la administración de la Sociedad y el artículo 124 del Reglamento desarrolla dicho precepto, 2) Que se considera que lo que pretende la nueva Ley es que algo tan esencial y trascendente para la vida social, como es el órgano de Administración, conste de forma clara e indubitada en los Estatutos. 3) Que en el artículo 8.*f)* de la Ley de Sociedades Anónimas se ratifica la importancia anteriormente señalada, de que, junto al artículo 141 del Reglamento del Registro Mercantil, se deduce la imposibilidad de acceso a los Libros Registrales de documentos que dejan sin órgano de Administración a la Sociedad, o el mismo no conste de forma indubitada; 4) Que, como consecuencia de lo expuesto, se puede afirmar: *a)* Que es necesario que existan personas encargadas de la administración de la Sociedad, *b)* Que conste expresamente determinada cuál es la estructura del órgano de Administración, y *c)* Que la alteración del sistema adoptado sólo cabe mediante la consiguiente modificación estatutaria; 5) Que en virtud de lo establecido en las disposiciones transitorias segunda de la Ley de Sociedades Anónimas y primera, 3, del Reglamento del Registro Mercantil la posibilidad de optar entre diferentes formas de administración previstas en Estatutos, ya inscritos en el Registro Mercantil, ha quedado ineficaz a partir de la entrada en vigor de la nueva legislación el órgano de administración que la Sociedad tuviera a la entrada en vigor de la Ley es el que ésta considera concretado y atribuido para regir la Sociedad, por lo que la alteración del mismo debe llevar consigo la aplicación de la nueva Ley y consecuentemente la modificación del correspondiente artículo estatutario; y 6) Que la nueva legislación ha regulado un sistema de derecho transitorio, en el que dando un plazo general de adaptación a la ley, también exige que cuando la Sociedad realiza algún acto que deba tener acceso al Registro Mercantil, antes de la fecha límite de 30 de junio de 1992, no conculque los nuevos requisitos legales (disposiciones transitorias primera, segunda del Reglamento del Registro Mercantil y primera de la Ley de Sociedades Anónimas)

V. El recurrente interpuso recurso de alzada contra el anterior acuerdo, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que lo que se cuestiona es el valor o alcance del plazo de adaptación de los Estatutos sociales que concede la nueva Ley (disposición transitoria tercera) La Ley solamente se ha limitado a declarar la ineficacia de aquellas reglas estatutarias que resulten «contrarias a las normas imperativas» de la nueva Ley (disposiciones transitorias primera de la Ley de Sociedades Anónimas y primera, 3, del Reglamento del Registro Mercantil), lo que no se da en el presente caso porque no se trata de inscribir una cláusula estatutaria o regla de funcionamiento, sino de ejercitar un derecho derivado de una opción inscrita. Pues, en caso contrario, equivaldría a hacer una interpretación correctiva de la Ley, anularía prácticamente todo el contenido del Registro, convertiría en irrisoria la concreción del plazo de adaptación y privaría de sentido a la fase final de la disposición transitoria cuarta de la Ley. Que si se radicalizara la disposición transitoria primera, 3, del Reglamento del Registro Mercantil, llevaría a no poder aceptar una escritura social de cualquier compañía que no estuviera adaptada a la nueva Ley sin que previamente adaptara los Estatutos sociales. Pero la Ley no ha querido imponer una adaptación escalonada o progresiva, pues de ser así, lo hubiera dicho expresamente. La Ley ha establecido una norma formal y una excepción,

que debe ser interpretada restrictivamente. Pues bien, en el supuesto que se contempla no se trata de inscribir normas estatutarias o reglas de funcionamiento, sino el mero acto de nombramiento de un nuevo órgano de administración. La Ley admite el cambio de estructura del órgano de administración y tan sólo varía la forma de hacerlo, que la modificación de los Estatutos requerirá mayorías cualificadas y publicidad (exigida por el art. 144 de la Ley). En este caso, se han cumplido ambos requisitos, pues asistieron todos los socios a la Junta General y todos votaron a favor del acuerdo Que a idéntica conclusión nos llevarían las disposiciones transitorias del Código Civil que suplirían o informarían el derecho transitorio de la nueva legislación. Que entre la disposición transitoria prohibitiva y el acto cuya inscripción se solicita no existe la contradicción efectiva que exige la doctrina y la jurisprudencia para que aquélla pueda tener aplicación.

Fundamentos de Derecho.—Vistas las disposiciones transitorias segunda y décima del Código Civil, los artículos 34, 115, 116 de la Ley de Sociedades Anónimas y sus disposiciones transitorias y el 124 del Reglamento del Registro Mercantil.

1. En los Estatutos inscritos se deja a opción de la Junta el confiar la administración de la Sociedad, bien a un Consejo de Administración, bien a un administrador único. Se cuestiona ahora si es inscribible el acuerdo de la Junta General, adoptado cuando ya está en vigor la nueva Ley de Sociedades Anónimas, por el que la Junta General —sin haber procedido todavía a adaptar los Estatutos a las disposiciones de la nueva Ley— hace uso de las facultades estatutarias (y, al cesar el que había sido nombrado, administrador único, atribuye la administración al Consejo de Administración que se designa).

2. El principio de respeto a las situaciones jurídicas creadas por acuerdo colectivo celebrado bajo la legislación anterior, el del *favor negotii*, el carácter restrictivo con que es regulada la nulidad tanto respecto de la constitución de Sociedades como en la impugnación de los acuerdos sociales son criterios, todos ellos, que inducen a una interpretación estricta de la disposición transitoria segunda de la Ley de Sociedades Anónimas y a no llevar la declaración de ineficacia a aquellas cláusulas relativas a la estructura social, respecto de las cuales haya mero desajuste pero no oposición a las disposiciones de la Ley Es el mismo legislador el que, atendiendo a la necesidad práctica de que el nuevo régimen respete situaciones anteriores, ha establecido prudentes plazos de adaptación para estos desajustes de estructura (capital mínimo, administradores que vienen ejerciendo el cargo por más de cinco años, censores de cuentas) o para ciertas obligaciones o prohibiciones (tenencia de acciones propias, auditoría). De acuerdo con estos criterios, si al entrar en vigor la nueva Ley, de los Estatutos inscritos resulta que la Administración puede ser unipersonal o colectiva, según determine la Junta, ni puede entenderse que la Sociedad no puede funcionar —porque la estructuración del órgano no cumple con las determinaciones estatutarias que hoy impone el Reglamento— ni hay razón alguna para dar preferencia —en la alternativa dejada a la Junta— al sistema (unipersonal o colectivo) que, de los dos previstos en la estructuración estatutaria, se hubiera aceptado, en función de las circunstancias, en un acuerdo de Junta anterior a la nueva Ley.

Esta Dirección General ha acordado revocar la Nota y Acuerdo del Registrador.

Lo que, con devolución del expediente original comunico a V. E. para su conocimiento y demás efectos.—Madrid, 13 de noviembre de 1991 —El Director general, *Antonio Pau Pedrón.*

Sr. Registrador Mercantil número 1 de Madrid.

(*BOE* de 9 de enero.)

RESOLUCION DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1991, DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, EN EL RECURSO GUBERNATIVO INTERPUESTO POR DON EMILIO CANO PEREDA, EN NOMBRE DE «RECREATIVOS DRAE, SOCIEDAD ANONIMA», CONTRA LA NEGATIVA DEL REGISTRADOR MERCANTIL DE MADRID A INSCRIBIR UNA ESCRITURA DE ELEVACION A PUBLICO DE ACUERDOS SOCIALES.

En el recurso interpuesto por don Emilio Cano Pereda, en nombre de «Recreativos Drae, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador Mercantil de Madrid, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales

Hechos.—I. El día 23 de octubre de 1990, ante el Notario de Madrid don Manuel Clavero Blanc, La Sociedad «Recreativos Drae, Sociedad Anónima», otorgó escritura de formalización y elevación a público de los acuerdos adoptados por la Junta universal de accionistas de fecha 17 de octubre de 1990. En la certificación de la citada Junta se dice que, hallándose presente la totalidad del capital social, se adoptaron los siguientes acuerdos: «Segundo —Aceptar la dimisión del Secretario, don Avelino Salazar Cámara, y de las Vocales doña María Rosa Salinas Sáez y doña Dina Cevasco Aste Tercero.—Como consecuencia de las anteriores renuncias designar, de conformidad con el artículo 12, párrafo cuarto de los Estatutos sociales, a don Emilio Cano Pereda, nacido el 30 de mayo de 1934, casado, industrial, con DNI número 824.275, con domicilio en Madrid, calle Castrillo de Aza número 7, de nacionalidad española, como Administrador único, con las mismas facultades, plazo de duración, derechos y obligaciones, en lo aplicable, que la Ley o los Estatutos conceden al Consejo, y relevándole de prestar garantía. Dicho Administrador acepta el cargo, al mismo tiempo que manifiesta no hallarse incurso en las incapacidades o incompatibilidades y prohibiciones a que hacen referencia la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, y la Ley 7/1984, de la Comunidad Autónoma de Madrid, y el artículo 124 de la Ley de Sociedades Anónimas.»

II. Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Madrid fue objeto de la siguiente calificación: «Examinado el documento adjunto, se formulan las observaciones que a continuación se indican, y cuya existencia se ha comunicado verbalmente al presentante a los efectos del artículo 54 del vigente Reglamento del Registro Mercantil: Observaciones: Como consecuencia del cambio de órgano de administración, deben adaptarse a la nueva Ley los artículos correspondientes al órgano de administración (art. 124 RRM). Téngase en cuenta lo establecido en el artículo 111 del RRM, en cuanto al Secretario dimisionario.—El Registrador.—Firma ilegible.»

III. Don Emilio Cano Pereda, en representación de «Recreativos Drae, Sociedad Anónima», interpuso recurso de reforma contra el punto primero de la anterior calificación, puesto que el segundo ha sido subsanado.

IV El Registrador acordó mantener la primera parte de la nota e informó: Que el objeto del recurso queda circunscrito a la necesidad de modificar los artículos estatutarios relativos a la estructura del órgano de administración, y en concreto, suprimir la facultad que en ellos se atribuye a la Junta de poder obstar entre un Consejo de Administración, órgano existente con anterioridad, y un Administrador único, órgano que ahora pretende acceder al Registro Que teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 9, *h)*, de la Ley de Sociedades Anónimas y 124 del Reglamento del Registro Mercantil, es necesaria la correspondiente modificación estatutaria si se quiere cambiar la estructura del órgano de administración, cumpliendo los requisitos previstos en los artículos 144 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas y 158 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. Que la doctrina anterior no puede ser invalidada por el hecho de no haberse adaptado todavía la Sociedad a la nueva Ley, en virtud de lo señalado en la disposición adicional 2.ª de la Ley 19/1989, de 25 de julio, y en la misma línea, lo declarado en la disposición transitoria tercera del Reglamento del Registro Mercantil

V. El recurrente interpuso recurso de alzada contra el anterior acuerdo y alegó: Que el acuerdo social se adoptó de conformidad con lo establecido en el artículo 12 de los Estatutos sociales debidamente inscritos en el Registro Mercantil y se ajusta a lo dispuesto en el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Que según la disposición 3.ª de la Ley de Sociedades Anónimas como la efectividad de la norma está sujeta a un plazo hasta su vencimiento no tendrá tal efectividad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.1 del Código Civil. Que no se puede impedir mientras no transcurra el plazo que la referida sociedad inscriba acuerdos sociales, en tanto no adapte sus Estatutos a la nueva Ley. Ello es consecuencia del artículo 1.090 del Código Civil.

Fundamentos de Derecho.—Vistas las disposiciones transitorias 2.ª y 10 del Código Civil; los artículos 34, 115, 116 de la Ley de Sociedades Anónimas y sus disposiciones transitorias y el 124 del Reglamento del Registro Mercantil.

1. En los Estatutos inscritos se deja a opción de la Junta el confiar la administración de la Sociedad, bien a un Consejo de Administración, bien a un Administrador único. Se cuestiona ahora si es inscribible el acuerdo de la Junta general, adoptado cuando ya está en vigor la nueva Ley de Sociedades Anónimas, por el que la Junta general —sin haber procedido todavía a adaptar los Estatutos a las disposiciones de la nueva Ley— hace uso de las facultades estatutarias (y, al cesar los nombrados para el Consejo de Administración, atribuye la administración al Administrador único que se designa).

2 El principio de respeto a las situaciones jurídicas creadas por acuerdo colectivo celebrado bajo la legislación anterior, el del *favor negotii*, el carácter restrictivo con que es regulada la nulidad tanto respecto de la constitución de sociedades como en la impugnación de los acuerdos sociales son criterios, todos ellos, que inducen a una interpretación estricta de la disposición transitoria 2.ª de la Ley de Sociedades Anónimas y a no llevar la declaración de ineficacia a aquellas cláusulas relativas a la estructura social, respecto de las cuales haya mero desajuste pero no oposición a las disposiciones de la Ley Es el mismo legislador el que, atendiendo a la necesidad práctica de que el nuevo régimen respete situaciones anteriores, ha establecido prudentes plazos de adaptación para estos desajustes de estructura (capital mínimo, Administradores que vienen ejerciendo el cargo por más de cinco años, Censores de cuentas) o para ciertas obligaciones o prohibiciones (tenencia de acciones propias,

auditoría). De acuerdo con estos criterios, si al entrar en vigor al nueva Ley, de los Estatutos inscritos resulta que la administración puede ser unipersonal o colectiva, según determine la Junta, ni puede entenderse que la Sociedad no puede funcionar —porque la estructuración del órgano no cumple con las determinaciones estatutarias que hoy impone el Reglamento— ni hay razón alguna para dar preferencia —en la alternativa dejada a la Junta— al sistema (unipersonal o colectivo) que, de los dos previstos en la estructuración estatutaria, se hubiera aceptado, en función de las circunstancias, en un acuerdo de Junta anterior a la nueva Ley

Esta Dirección General ha acordado revocar la Nota y Acuerdo del Registrador.

Lo que con devolución del expediente original comunico a V. E. para su conocimiento y demás efectos

Madrid, 14 de noviembre de 1991.—El Director general, *Antonio Pau Pedrón.*

Sr. Registrador Mercantil número 1 de Madrid.

(*BOE* de 16 de enero.)

RESOLUCION DE 12 DE JUNIO DE 1992, DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, EN EL RECURSO GUBERNATIVO INTERPUESTO POR DON MODESTO SALA SEBASTIA, EN NOMBRE DE «SAPRORE, SOCIEDAD ANONIMA», CONTRA LA NEGATIVA DEL REGISTRADOR MERCANTIL DE BARCELONA A INSCRIBIR UNA ESCRITURA DE MODIFICACION Y REFUNDICION DE ESTATUTOS SOCIALES.

En el recurso gubernativo interpuesto por don Modesto Sala Sebastiá, en nombre de «Saprore, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador Mercantil de Barcelona a inscribir una escritura de modificación y refundición de estatutos sociales.

Hechos.—I. El día 11 de febrero de 1991, ante el Notario de Barcelona don Joaquín Borruel Otín, la compañía denominada «Saprore, Sociedad Anónima», otorgó escritura de elevación a público de los acuerdos adoptados en la Junta general extraordinaria y universal de accionistas de la citada sociedad, celebrada el día 8 de febrero de 1991. El acuerdo cuarto de los adoptados en dicha Junta se refiere a la modificación del artículo 10 de los estatutos sociales, que regula las facultades del órgano de administración y representación de la sociedad, integrado por dos Administradores solidarios, y en uno de sus párrafos se establece: «No obstante, las facultades de prestación de avales, fianzas o garantías que afecten al patrimonio de la sociedad, o comprar o vender inmuebles, podrán realizarlas con la firma de los dos Administradores conjuntamente.»

II. Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Barcelona, fue calificada con la siguiente nota: «Registro Mercantil de Barcelona.—Inscrito el precedente documento en cuanto a la ratificación de los acuerdos adoptados por la Junta celebrada el día 26 de octubre de 1989, en unión de una copia expedida el día 22 de octubre de 1990 de la escritura otorgada el día 26 de octubre de 1989 ante el Notario de Barcelona don Joaquín Borruel Otín,

número 3.853 de Protocolo al folio 64, tomo 10.769, libro 9.728, hoja número 124.395, Sección 2.ª, inscripción 2.ª—Denegada la inscripción de la nueva redacción del artículo 10 de los estatutos sociales por apreciarse los siguientes defectos: 1.° Por estar vigente el asiento de presentación 566 del libro Diario 510 correspondiente a otro título incompatible con éste cuyos plazos de vigencia quedaron en suspenso por la interposición de recurso gubernativo (art. 66.3 en relación con el artículo 10 RRM).—2.° De conformidad con el artículo 9 de la Ley de Sociedades Anónimas y artículo 124 del Reglamento del Registro Mercantil, no cabe combinar los sistemas de administración solidaria y mancomunada.—Barcelona, a 8 de abril de 1991.—El Registrador (firma ilegible).»

III. Don Modesto Sala Sebastiá interpuso recurso de reforma contra la anterior calificación y alegó: 1.° En cuanto al primer punto de la nota de calificación: Que se considera que el hecho de estar vigente el asiento de representación en el Diario no implica que se tengan que denegar inscripciones posteriores. El título presentado no es contradictorio ni conexo y, en el caso de su inscripción, el asiento denegado no entraría en contradicción con el que ahora se solicita, ya que un acto posterior de la Junta de accionistas dejaría sin efecto ni validez el acuerdo inicial Que el hecho de presentar un recurso gubernativo no puede cercenar el derecho de los accionistas a tomar los acuerdos que crean convenientes y que sean inscritos. Que, no obstante, debido a que el recurso gubernativo está ya resuelto de forma desestimatoria, caducado el asiento de presentación, procede por este motivo la inscripción. 2.° En lo referente al segundo punto de la nota de calificación. Que dos Administradores puedan usar determinadas facultades de forma solidaria y conjunta, según se determine en el pacto social, pues no está prohibida la combinación de ambos sistemas ni por la Ley de Sociedades Anónimas ni por el Reglamento del Registro Mercantil, y este último permite la distribución de facultades entre los Administradores solidarios con excepción del poder de representación que corresponde a cada Administrador, y dentro de esa distribución está la posibilidad de que para actos concretos se requiera la concurrencia de los dos Administradores solidarios de forma mancomunada Que la Ley de Sociedades Anónimas, al regular la competencia del órgano de administración y sus facultades, está refiriendo a las facultades mínimas e ilimitables de los Administradores para los actos que estén comprendidos dentro del giro y tráfico de la forma que estime más conveniente, y en este caso la Junta ha querido que sean usados de forma mancomunada, lo que no supone una combinación de sistemas, ya que las facultades propias del órgano de administración se siguen usando de forma solidaria. Que la Ley de Sociedades Anónimas solamente indica que el órgano de administración, si se compone de más de dos personas, deberá formarse Consejo de Administración (arts. 9.° y 135 de la citada Ley) Que, por otro lado, el artículo 128 de la misma Ley no tipifica la figura de los Administradores solidarios y conjuntos, pero tampoco prohíbe su combinación, al contrario, permite que los estatutos regulen sus facultades y competencia Que el artículo 124 del Reglamento del Registro Mercantil debe ser interpretado en correlación con la Ley que desarrolla, pero en ningún caso debe ir más allá de la Ley, cercenando derechos o imponiendo obligaciones no establecidas por ella. El Reglamento lo que pretende es que quede definido el órgano de administración sin que prohíba la distribución de facultades y la forma de ejercerlas, especialmente las ampliadas y que no son las propias por imperativo legal de los Administradores.

IV. El Registrador Mercantil resolvió mantener la calificación en cuanto al segundo de los defectos consignados en la nota, puesto que el primer defecto de los señalados ha desaparecido al haber sido resuelto el recurso gubernativo a que se hacía referencia, e informó: Que hay que hacer referencia a los preceptos que en la nueva regulación de las sociedades mercantiles permiten una disolución de las facultades de administración; como los artículos 9.ª*h)* y 128 de la Ley de Sociedades Anónimas y 124 del Reglamento del Registro Mercantil, de los que resulta con claridad que no es este el sentido de la cláusula estatutaria calificada Que, según el artículo 124.2 *b)* del Reglamento, en caso de Administradores inviduales, la representación de la sociedad corresponde a cada uno de ellos y la distribución de facultades tiene un carácter meramente interno. Que la finalidad de la cláusula debatida parece justamente la contraria, no tratándose de la separación de las facultades de administración y representación, sino del diseño de un sistema de representación distinto a cualquiera de los regulados por la Ley. Que tampoco parece relevante la distinción entre facultades de los Administradores que derivan del objeto social y aquellos otros que resultan de una expresa atribución estatutaria. De una interpretación lógica de los artículos 9.ª*h)* de la Ley y 124 del Reglamento se ha de deducir que el sistema de administración de las sociedades anónimas es, en cada momento, único y no sufre alteración en función de las facultades ejercidas. Que la nueva regulación ha realizado una tipificación excluyente de los sistemas de administración y representación en virtud de los siguientes motivos: 1) En el régimen de la Ley de 1951 no se resolvía la cuestión Pero se podía encontrar un cierto fundamento en el artículo 102.*h)* del Reglamento de 1956 de que era posible en nuestro Derecho combinar los sistemas de administración previstos en la Ley. La doctrina anterior a la Ley 19/1989, de 25 de julio, se mostró contraria a tal posibilidad, teniendo en cuenta el artículo 73 de la Ley de 1951 2) Que después de la reforma, el texto refundido de 22 de diciembre de 1989 y el Reglamento del Registro Mercantil de 29 de diciembre de 1989, el tenor literal de las nuevas normas reguladoras, y en especial el artículo 124 del Reglamento, lleva a considerar que la autonomía privada se limita en este punto a la posibilidad de escoger una de las formas de administración contempladas en la Ley, y esta es la línea que aparentemente se desprende de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 y 28 de febrero de 1991; y 3) Que, desde el punto de vista práctico, se puede llegar a soluciones similares a las buscadas en el documento cuya calificación motiva el presente recurso por vía de apoderamiento.

V. El recurrente se alzó contra la anterior resolución, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que de la nueva redacción del artículo estatutario no puede deducirse que se hayan combinado dos sistemas de administración solidaria y conjunta. Que hay que distinguir entre las facultades de administración y ampliación de dichas facultades que se pueden conceder a los Administradores, las cuales exceden del «giro y tráfico». Esta ampliación se halla avalada por la Resolución de 13 de enero de 1986 y Sentencia de 16 de diciembre de 1985. Habría combinación de sistemas cuando distinguiéramos dentro de todas las facultades de administración implícitas para llevar a cabo el objeto social y se seleccionaran unas de uso solidario y otros de uso conjunto Que, por otro lado, la Ley no prohíbe dicha combinación dentro de ciertos límites. La Ley de Sociedades Anónimas sólo tipifica expre-

samente la figura del Consejo de Administración, pero ni tipifica la figura de Administradores solidarios y conjuntos ni prohíbe su combinación, permitiendo expresamente que se regulen sus facultades y competencias a través de los estatutos. Que el artículo 124 del Reglamento del Registro Mercantil debe ser interpretado en correlación con la Ley que desarrolla y lo que pretende es definir y denominar el órgano de administración y que quede bien claro en quién reside la representación de la sociedad, sin que prohíba ciertas limitaciones, ampliaciones o fórmulas que obliguen a actuar conjuntamente para algunas facultades, sobre todo, que no estén implícitas en el normal giro o tráfico de la empresa.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 9.°*h)*, 128 y 129 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1984, de 22 de diciembre; 124 del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto 1598/1989, de 29 de diciembre, y 9.2 de la Directiva 68/151/CEE de 9 de marzo de 1968.

1.° La cuestión objeto del presente recurso versa sobre la posibilidad de acceso al Registro de determinada cláusula estatutaria que, respecto del órgano de administración y representación de una sociedad anónima integrado por dos Administradores solidarios, exige para el ejercicio de determinadas facultades —«prestación de avales, fianzas o garantías que afecten al patrimonio de la sociedad, o comprar o vender inmuebles»— la firma de los dos Administradores conjuntamente.

2.° Si se tiene en cuenta que en las hipótesis de pluralidad de Administradores solidarios el poder de representación corresponde, por ministerio de la Ley, a cada uno de aquellos individualmente, quedando excluida de la autonomía de la voluntad la alteración de este esquema legal, salvo en la esfera meramente interna en la que son posibles —y así se prevé expresamente— disposiciones estatutarias modalizadoras o excepcionadoras de ese ejercicio individual del poder de representación *[vid.* art. 124.2.*b)* RRM, en relación con la delegación contenida en el art. 9.°*h)* LSA], deberá rechazarse el acceso registral de la cláusula debatida en tanto en ella no se precise debidamente el alcance meramente interno de esta necesidad de actuación conjunta para ciertos actos, y ello a pesar de que tal concreción de efectos se impondrá en definitiva en función de la indudable subordinación de las previsiones estatutarias a las normas legales imperativas y de la necesaria interpretación de dichas cláusulas en el sentido más favorable para su eficacia *(vid* art 1 284 CC). La trascendencia de la norma estatutaria en cuanto rectora de la estructura y funcionamiento de la sociedad (cuya eficacia alcanzará a terceros que no intervinieron en su redacción) y la exigencia de precisión y claridad en los pronunciamientos registrales exigen la eliminación de toda ambigüedad o incertidumbre en aquella regulación estatutaria como requisito previo a su inscripción; labor esta que de modo inequívoco corresponde realizar a los propios contribuyentes

Por todo ello, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, confirmando el acuerdo y la nota del Registrador.—Madrid, 12 de junio de 1992.—El Director general, *Antonio Pau Pedrón*

Sr. Registrador Mercantil de Barcelona

(BOE de 10 de julio.)

RESOLUCION DE 24 DE JULIO DE 1992, DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, EN EL RECURSO GUBERNATIVO INTERPUESTO POR DON ANTONIO MUÑOZ BACHILLER, ADMINISTRADOR UNICO DE LA SOCIEDAD «TRANSPORTES BUYTRAGO ANDALUCIA, SOCIEDAD ANONIMA», CONTRA LA NEGATIVA DEL REGISTRADOR MERCANTIL DE MADRID A INSCRIBIR UNA ESCRITURA DE CESE Y NOMBRAMIENTO DE CARGOS.

En el recurso gubernativo interpuesto por don Antonio Muñoz Bachiller, Administrador único de la Sociedad «Transportes Buytrago Andalucía, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador Mercantil de Madrid a inscribir una escritura de cese y nombramiento de cargos.

Hechos.—I. El día 1 de julio de 1991, ante el Notario de Madrid don José González de Rivera Rodríguez, la Compañía «Transportes Buytrago Andalucía, Sociedad Anónima», otorgó escritura de elevación a públicos de los acuerdos adoptados por la junta general ordinaria de accionistas, en su reunión celebrada el día 27 de junio de 1991, en los términos que constan en la certificación unida a la citada escritura, y en consecuencia *a)* Queda cesado el Administrador único de la Sociedad, don Ignacio Muñoz Blas, quedando revocadas todas las facultades que ostenta en la Sociedad hasta la formalización del acuerdo. *b)* De conformidad con lo previsto en los Estatutos sociales, se encomienda la gestión y representación de la Sociedad a dos administradores únicos solidarios, para cuyos cargos quedan designados don Andrés Muñoz Bachiller y don Antonio Muñoz Bachiller. Dichos señores aceptaron los cargos para los que han sido designados, asegurando no estar incursos en incompatibilidad o prohibición legal alguna para ejercerlo, especialmente en las de la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, y en la Ley de la Comunidad Autónoma de Madrid 7/1984, de 14 de marzo

Pues bien, el artículo 12 de los Estatutos sociales, establece como Organos de la Sociedad los siguientes· «La sociedad será regida y administrada por la Junta general de accionistas y por un Consejo de Administración, que será nombrado y removido por la Junta General. El Consejo de Administración, podrá ser sustituido por uno o dos administradores únicos Caso se optara por esta segunda fórmula todos los mencionados poderes concedidos en estos Estatutos al Consejo de Administración, se entenderán igualmente concedidos para los administradores únicos »

II. Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Madrid, fue calificada con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento por observarse el siguiente defecto que impide practicarla. No va acompañado el cese de administrador único y correlativo nombramiento de administradores solidarios de la correspondiente modificación estatutaria del cambio de la estructura del Organo de Administración, como exige el artículo 124 RRM, sin que por otra parte sea posible la inscripción parcial por no concurrir las circunstancias previstas en los artículos 62.2 y 63.1 RRM.—Consta presentado en este Registro bajo el asiento 302, diario 176, escritura de cese de otro administrador único.—Siendo el defecto subsanable no se toma anotación preventiva de suspensión por no haber sido solicitada.—Madrid, 29 de julio de 1991.—El Registrador.—Firma ilegible —Firmado: José A. Calvo y González de Lara.»

III. Don Antonio Muñoz Bachiller, administrador único de la Sociedad

«Transportes Buytrago Andalucía, Sociedad Anónima» interpuso recurso de reforma contra la anterior calificación y alegó: «Que la calificación registral viola por no aplicación, la disposición transitoria segunda del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Que ni de la lectura del artículo 124 del Reglamento del Registro Mercantil, ni de todo el contexto de éste ni de la Ley de Sociedades Anónimas vigente, se deduce en ningún momento que el cese de un administrador tenga que llevar aparejado el correlativo nombramiento de otro Administrador. Que en virtud de la escritura de constitución social que figura inscrita en el Registro Mercantil y de la escritura de ampliación de capital de la Sociedad en cuestión, en el momento de entrar en vigor la Ley de Sociedades Anónimas, de 25 de julio de 1989, y su Real Decreto de aprobación del texto refundido de la misma el órgano de Administración social de «Transportes Buytrago Andalucía, Sociedad Anónima», según el artículo 12 de sus Estatutos, y su aplicación registral, por acuerdos de la Junta general adoptados en diferentes momentos anteriores a la fecha de entrada en vigor de la nueva normativa era el de «dos administradores únicos», sin que esta situación se hubiera modificado al celebrarse la Junta general ordinaria de la Sociedad, de 27 de junio de 1991 Por tanto, no es necesaria la modificación al celebrarse la Junta general ordinaria de la Sociedad, de 27 de junio de 1991. Por tanto, no es necesaria la modificación estatutaria para que la Junta acuerde el nombramiento de «dos administradores únicos», como miembros que den vida a los órganos así establecidos en los Estatutos sociales vigentes, siempre que se haya producido la vacante de los miembros que deban sustituirse, como sucede en el caso que contemplamos. Que, registralmente, hasta el 27 de junio de 1991, la Sociedad tenía estructurado su órgano de Administración con dos administradores únicos, regulado el artículo 26 de los Estatutos sociales, y disposiciones de la Ley de Sociedades Anónimas Que por aplicación del punto tercero de la disposición transitoria segunda del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas vigente, deberá llegarse a la conclusión de que los Estatutos sociales de «Transportes Buytrago Andalucía, Sociedad Anónima», en 1 de enero de 1990, quedaron modificados, por quedar sin efecto la alternativa de órganos de Administración contenida en el artículo 12 de sus Estatutos, ya que la eficacia de la renuncia de uno de sus administradores, contenida en el acta de 5 de enero de 1989 y presentada en el Registro el día 29 de julio de 1991, para que se produzca efectos desde su renuncia, debió ser presentada en el Registro Mercantil antes de la entrada en vigor de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, por aplicación de la disposición transitoria número 3 del Reglamento del Registro Mercantil. Por tanto, desde la publicación de la Ley de Sociedades Anónimas, no hay otro órgano de administración que el bicéfalo, puesto que la modificación de éste en el sentido de sustituir los dos administradores únicos por un solo administrador único no alcanzó carácter constitutivo por lo antes señalado. Que hay que significar lo establecido en los artículos 4 y 6, punto 2 del Reglamento del Registro Mercantil. Que es lícita la inscripción parcial del acta de la Junta general ordinaria, de fecha 27 de junio de 1991. Que en virtud de lo establecido en el artículo 62 del Reglamento del Registro Mercantil, los defectos consignados por el Registrador hacen referencia a la necesidad de modificar los Estatutos sociales a efectos de poder inscribir la designación de dos administradores únicos, pero la imposibilidad reglamentaria y legal de dicha inscripción, no puede impedir a los accionistas el ejercicio de un derecho que es esencial al socio, cual es el de pedir responsabilidades a los administradores,

ejercitándolo la propia Sociedad (art. 134 de la Ley de Sociedades Anónimas). Que el ejercicio de la acción de responsabilidad no depende nada más que de la voluntad social. Que si bien el acuerdo de exigir responsabilidades a un administrador no es necesariamente inscribible, sí lo es el acuerdo de cese por el ejercicio de la acción contra el administrador en exigencia de responsabilidades, y este cese lo impone el artículo 134, punto 2, de la Ley de Sociedades Anónimas, las Resoluciones de 16 de junio de 1934 y 11 de febrero de 1970 y las Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1957, 23 de febrero, 20 de noviembre de 1967 y 22 de diciembre de 1970. Que la posibilidad de encontrarse la Sociedad Anónima provisionalmente sin administradores se deduce no sólo de situaciones de derecho contempladas por la Ley de Sociedades Anónimas, sino de hechos acaecidos por imperativos vitales de la existencia de la Sociedad: *a)* Ejercicio por el socio de los derechos que la propia Ley de Sociedades Anónimas le concede en el artículo 134; *b)* Circunstancias imperativas de hecho (art. 147 del Reglamento del Registro Mercantil); *c)* Mandato legal imperativo (art. 145 del mismo Reglamento). Que los acuerdos de ejercitar acciones de responsabilidad contra el administrador y el subsiguiente e imperativo cese de su condición de administrador de la Sociedad, son perfectamente independientes del nombramiento o no de nuevos administradores sociales que los sustituyan de forma correlativa a su cese y, por tanto, aquéllos deberán inscribirse independientemente de que estos últimos se inscriban o queden en suspenso, hasta contemplar su virtualidad jurídica.

IV. El Registrador Mercantil acordó mantener la calificación en todos sus extremos, e informó. Que a través del recurso de reforma se pretende ejercitar derechos y acciones que solamente corresponde dilucidar ante los Tribunales de Justicia. Que en este recurso se pretende dilucidar dos puntos esenciales: *a)* Cuales son los efectos de las normas transitorias contenidas en el Real Decreto 1564/1989, de 22 de diciembre, y por Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, en relación con las escrituras otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley y presentadas en el Registro con posterioridad a aquélla; y *b)* La posibilidad de que las Sociedades Anónimas por causas no originadas en fuerza mayor queden sin órganos de Administración. Que al entrar en vigor la Ley 19/1989 y el Reglamento del Registro Mercantil y de acuerdo con la disposición segunda de la Ley, y las exigencias del artículo 8.*f)* y 9.*h)* y 124 del Reglamento del Registro Mercantil, han quedado sin efecto aquellos artículos estatuarios que contemplan la posibilidad de alternativas en la estructura del órgano de Administración La situación real de la citada Sociedad al 1 de enero de 1990, es la de un solo administrador único, por lo que el resto del artículo estatutario relativo a la estructura del órgano de Administración hay que entenderlo derogado e ineficaz, como señalan las Resoluciones de 27 y 28 de febrero de 1991 Que es innegable que en el momento de entrada en vigor de la nueva legislación las Sociedades tenían una forma elegida entre las posibles hipótesis de estructurar el órgano de Administración y no podía ser otra que la que realmente existía a la entrada en vigor de la Ley Que el cese de los administradores por renuncia o dimisión o por cualquier otra causa, sólo produce efectos respecto de terceros desde el momento de su inscripción que retrotraerá sus efectos a la fecha del asiento de presentación. Que la dimisión del Administrador aceptada por la Sociedad, es un hecho jurídico que vive de espaldas a la realidad oficial, que es la que proclaman los asientos registrales, cuyos pronunciamientos se encuentran bajo la salvaguardia de los Tribunales. En este punto hay que tener en cuenta la

Resolución de 17 de marzo de 1976 Que es inadmisible considerar terceros a los propios accionistas respecto al hecho jurídico de la dimisión del administrador por lo siguiente.

Primero.—Por lo que dice el artículo 20 del Código de Comercio.

Segundo.—Que a la vista de los documentos presentados no se puede confirmar que los accionistas y el recurrente se encuentren protegidos por el párrafo 4.° del artículo 21 del Código de Comercio

En conclusión, no se pueden considerar terceros a aquellos que adoptaron el acuerdo en una Junta universal. Que, por tanto, hay a efectos registrales, un órgano bicéfalo en el momento de publicarse la Ley, pero para la propia Sociedad y sus accionistas el órgano de Administración era impersonal. Que en lo referente a la Junta de 29 de septiembre de 1988, hay que señalar que los acuerdos gozan de una presunción de validez mientras no se declare su nulidad por los Tribunales de Justicia, y obligan a los socios, aunque se encuentren inscritos en el Registro Mercantil, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1984, y por tanto, éstos no se pueden considerar terceros que hay que citar en cuanto a la posibilidad de la Sociedad Anónima sin órgano de Administración, las Resoluciones de 31 de octubre de 1989 y 26 de febrero de 1991. Que el acuerdo de promover la acción de responsabilidad del artículo 134 de la Ley debe ser adoptado formalmente por la Junta de forma tal que no quepa duda de que lo que se está acordando es el iniciar judicialmente el ejercicio de tal acción, y en el acuerdo de la Junta de la Sociedad de 27 de junio de 1991, sólo consta que se le pidan responsabilidades al administrador único. Que no era procedente la inscripción parcial, ya que no se han admitido que parte de los acuerdos adoptados fueran inscribibles.

V. El recurrente se alzó contra la anterior resolución, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que el acuerdo del Registrador Mercantil viola el artículo 6 del Reglamento del Registro Mercantil cuando exige para la calificación registral la validez del contenido del documento a inscribir, circunstancia que no ha tenido en cuenta el Registrador recurrido. Que los reunidos en la Junta General ordinaria de 27 de junio de 1991 eran terceros de buena fe respecto a los acuerdos que se dicen adoptados por la supuesta Junta universal de 29 de septiembre de 1988, de la que no tuvieron noticias hasta la Junta general extraordinaria de 12 de marzo de 1990 Que el acta de fecha 5 de enero de 1989 queda desvirtuada y manifiesta su nulidad radical con la simple contemplación de las actas de 9 de marzo de 1990 y 6 de septiembre de 1991 Que al considerar el Registrador que para la propia Sociedad y sus accionistas el órgano de Administración era unipersonal, se viola por aplicación indebida al artículo 1.218 del Código Civil, los artículos 62 y 79 de la Ley de Sociedades Anónimas y 113 y 133 de la Ley vigente y la Jurisprudencia registral sentada en las Resoluciones de 23 de julio de 1958, 11 de marzo de 1980, 17 de marzo de 1986. Que la carencia de miembros en los órganos sociales puede venir impuesta por el ejercicio por el socio de los derechos que la Ley le concede (párrafo 2.° del art. 134 de la Ley de Sociedades Anónimas); por circunstancias imperativas de hecho (art. 147, párrafo 2 °, del Reglamento del Registro Mercantil), y por mandato legal imperativo (art. 145 del Reglamento citado).

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 34, 115 y 116 de la Ley de Sociedades Anónimas y sus disposiciones transitorias; los artículos 68 y 124

del Reglamento del Registro Mercantil; y las Resoluciones de 13 y 14 de noviembre de 1991.

1 En el supuesto de hecho del presente recurso el Registrador suspende la inscripción del cese del Administrador único y correlativo nombramiento de administradores solidarios de determinada Sociedad Anónima, por no ir acompañado dicho acuerdo «de la correspondiente modificación estatutaria del cambio de la estructura del Organo de Administración como exige el artículo 124 del Reglamento del Registro Mercantil»

2. Este defecto no puede ser mantenido, pues la Junta hace uso de una facultad atribuida por los estatutos inscritos todavía no adaptados a las nuevas disposiciones legales y reglamentarias por las que se han de regir las Sociedades anónimas, por la que se deja a opción de aquel órgano social el confiar la administración de la Sociedad, bien a un Consejo de Administración, bien a uno o dos administradores únicos *(sic)*

Según la doctrina de este Centro Directivo, el principio de respeto a las situaciones jurídicas creadas por acuerdo colectivo celebrado bajo la legislación anterior, el de *favor negotii*, el carácter restrictivo con que es regulada la nulidad tanto respecto de la constitución de Sociedades como en la impugnación de los acuerdos sociales son criterios, todos ellos, que inducen a una interpretación estricta de la disposición transitoria segunda del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y a no llevar la declaración de ineficacia a aquellas cláusulas relativas a la estructura social respecto de las cuales haya mero desajuste pero no oposición a las disposiciones de la Ley. Es el mismo legislador el que, atendiendo a la necesidad práctica de que el nuevo régimen respete situaciones anteriores, ha establecido prudentes plazos de adaptación para estos desajustes de estructura (capital mínimo, administradores que vienen ejerciendo el cargo por más de cinco años, censores de cuentas) o para ciertas obligaciones o prohibiciones (tendencia a acciones propias, auditoría). De acuerdo con estos criterios, si al entrar en vigor la nueva Ley, resulta de los estatutos inscritos que la administración puede ser unipersonal o colectiva, según determine la Junta, ni puede entenderse que la Sociedad no puede funcionar. porque la estructuración del órgano no cumple con las determinaciones estatutarias que hoy impone el Reglamento, ni hay razón alguna para dar preferencia, en las alternativas dejadas a la Junta, al sistema que de los tres previstos en la estructuración estatutaria se hubiera aceptado, en función de las circunstancias, en un acuerdo de Junta anterior a la nueva Ley (cfr. las Resoluciones de 13 y 14 de noviembre de 1991).

3. Cuestión distinta es la relativa a la incidencia que sobre la pretendida inscripción pudiera tener la oposición a los acuerdos de la Junta formulada por determinados socios en documentos presentados después de la calificación y que no han sido objeto de ésta (cual es, entre otros, la contestación expresada por don Ignacio Muñoz Blas, a la notificación efectuada conforme a lo establecido en el art. 111 del Reglamento del Registro Mercantil), pues, aparte de dicha oposición ha tenido posteriormente el reflejo oportuno mediante la correspondiente anotación preventiva de demanda de impugnación de tales acuerdos y de la providencia judicial que ordena la suspensión de los mismos, es lo cierto que conforme al artículo 68 del Reglamento del Registro Mercantil, el recurso ha de circunscribirse a las cuestiones que se relacionan directamente con la calificación del Registrador, sin que puedan estimarse las peticiones basadas en otros motivos presentados después de dicha calificación.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar el acuerdo y la nota del Registrador en el único extremo impugnado.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. S. para su conocimiento y demás efectos.—Madrid, 24 de julio de 1992.—El Director general, *Antonio Pau Pedrón.*

Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

(*BOE* de 9 de septiembre)

RESOLUCION DE 2 DE DICIEMBRE DE 1992, DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, EN EL RECURSO GUBERNATIVO INTERPUESTO POR EL NOTARIO DE TORREJON DE ARDOZ DON JOSE MARIA PIÑAR GUTIERREZ CONTRA LA NEGATIVA DEL REGISTRADOR MERCANTIL DE MADRID A INSCRIBIR UNA ESCRITURA DE CONSTITUCION DE UNA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.

El Registrador Mercantil de Madrid remite el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Torrejón de Ardoz don José María Piñar Gutiérrez contra la negativa de aquél a inscribir una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada.

Hechos —I. El día 19 de diciembre de 1991, ante el Notario de Torrejón de Ardoz don José María Piñar Gutiérrez, se otorgó escritura de constitución de la sociedad mercantil de responsabilidad limitada denominada «Rey Automoción». En dicha escritura se contienen las siguientes estipulaciones. «Séptima —La administración de la sociedad encomienda a dos administradores solidarios, que actuarán conjuntamente cuando las operaciones que realicen superen la cuantía de 4.000 000 de pesetas.—La duración del cargo de administrador será de diez años, sin perjuicio del derecho de los socios a acordar su cese en cualquier momento, conforme a las normas legales —Octava —Con carácter de Junta universal, los señores comparecientes acuerdan: Nombrar administradores solidarios a don José Joaquín Segura Bernal y a don Luis Manuel Alves Lanca, cuyas circunstancias personales constan en la comparecencia de esta escritura y quienes ejercitarán en nombre y representación de la sociedad todas y cada una de las facultades que más adelante se atribuyen a tal cargo —Para las operaciones cuya cuantía sea superior a 4 000 000 de pesetas se necesitará necesariamente la firma mancomunada de ambos administradores.—Las facultades que les han sido atribuidas podrán ser ejercitadas por los administradores desde este mismo momento y aunque no esté inscrita la sociedad en el Registro Mercantil.—Los nombrados, presentes en este acto, aceptan sus cargos.»

II. Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Madrid fue calificada con la siguiente nota: «SUSPENDIDA LA INSCRIPCION del documento precedente por adolecer de los siguientes defectos de carácter subsanable: 1.° La limitación del ejercicio de las facultades de los administradores contenidas en las estipulaciones séptima y octava (actuación conjunta para operaciones superiores a 4 000.000 de pesetas) es contraria al artículo 129 LSA en relación con el artículo 11 LSRL.—2.° La certificación del Registro Mercantil Central —sección Denominaciones— no está expedida a

nombre de ningún fundador de la sociedad (art. 378 RRM) —Y en cumplimiento del artículo 62.3 del vigente Reglamento del Registro Mercantil extiendo la presente en Madrid a 9 de marzo de 1992.—El Registrador (firma ilegible).»

III. El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso de reforma contra la anterior calificación y alegó: Que en cuanto al primer defecto de la nota, no tiene en cuenta la posible coexistencia de diversos niveles de órganos de administración-representación de las sociedades y confunde el ámbito cualitativo (la administración y representación de la sociedad corresponde al órgano administrativo) con el cuantitativo (cabe señalar en Estatutos a qué sector del órgano administrativo corresponde la representación de la sociedad); más aún: se podrá cuantificar la representación por su nivel de valor. Que, además, se ha omitido en la calificación la consideración de lo dispuesto en el apartado 2, letra *b)*, del artículo 124 del Reglamento del Registro Mercantil, que impide que el defecto señalado suspenda la inscripción de la sociedad. Que en cuanto al segundo defecto de la nota, no se puede negar que no se ha cumplido el artículo 378 del Reglamento del Registro Mercantil si en la escritura fundacional comparecen el titular de la certificación junto con los socios fundadores, manifestando que al solicitar el nombre de la sociedad actuó en representación de unos de los que suscriben las participaciones sociales, cediéndole la titularidad de la certificación, pues esta intervención en la escritura del titular de la certificación cumple como promotor, ya que en dicho precepto no se distingue entre las constituidas simultánea y sucesivamente.

IV. El Registrador Mercantil acordó mantener la nota en todos sus extremos, e informó 1.° Que el primer defecto que se señala en la nota de calificación se centra en el problema de la representación orgánica de la sociedad, y más concretamente la función de los administradores en el campo societario. Que si bien en el orden interno tendrán eficacia las limitaciones «voluntarias» impuestas por los Estatutos o por cualquier otro órgano que limite las facultades de los Administradores e, incluso, la distribución de facultades, en el orden estructuralmente externo rige la regla de «ilimitabilidad» de las competencias y poderes de representación En apoyo de esta tesis se pueden citar los siguientes preceptos: Artículos 11 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (tanto en su antigua y nueva redacción), 129 de la Ley de Sociedades Anónimas y 9 de la Primera Directiva Comunitaria sobre el derecho de Sociedades Que, en virtud de los preceptos antes citados, se puede afirmar que en nuestro Ordenamiento jurídico ha penetrado la concepción germánica de los «poderes legales» y son irrelevantes todas las limitaciones, y la fuerza de tal régimen de inderogabilidad se muestra en que constituye una excepción el propio artículo 7.° del Reglamento del Registro Mercantil, en el sentido de que el artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas se expresa: «Aunque se halle inscrito en el Registro Mercantil» (la limitación). Que dado que la finalidad del Registro es la publicidad a terceros, debe evitarse que accedan a él cláusulas que provoquen oscuridad y que sean ineficaces frente a terceros. 2.° Que en cuanto al segundo defecto de la nota, el artículo 378 del Reglamento del Registro Mercantil es claro. Que en el caso que se estudia no se puede considerar al titular de la certificación como «promotor», ya que es una figura típica de la fundación sucesiva (arts. 19 y ss. LSA), ni tampoco «fundador», pues no asume ninguna participación social. Que conforme está redactado el citado artículo 378, la certificación del Registro Mercantil Central debe reunir una

serie de requisitos y, por ello, cualquier manifestación (renuncia) debe realizarse ante dicho Registro para sí, a juicio del Registrador Mercantil Central, la solicitud de modificación de la certificación reúne los requisitos exigidos por el Reglamento del Registro Mercantil y la Orden de 30 de diciembre de 1991 se proceda a expedir una nueva certificación, y entonces, cuando reúna los requisitos del artículo 378, se procederá a autorizar la escritura de constitución.

V. El Notario recurrente se alzó contra el anterior acuerdo, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió. Que en lo referente al primer defecto de la nota basta con resaltar que toda la argumentación del señor Registrador demuestra que el pacto por el que se limitan las facultades representativas de los administradores es inscribible, aunque sea limitada su efectividad frente a terceros. Que en cuanto al segundo defecto, hay que señalar que en la práctica se expiden las certificaciones a nombre del que se dice por el solicitante. En la escritura se identifica al titular de la certificación bajo fe de conocimiento, y la persona que responde de aquel nombre, tras comparecer en la propia escritura, funda en sentido lato la sociedad con los que son sus reales socios y otorga la escritura de constitución, aunque como mero cedente de la titularidad de la certificación Que, además, si se intenta sustituir el nombre del solicitante las soluciones de que debe esperarse al transcurso del lapso de tiempo de la reserva para pedir una nueva certificación por el mismo nombre para la sociedad o nombre de uno de los reales socios o bien que debe suscribir el titular de la certificación alguna participación por mínima que sea se considera exorbitada en comparación de la sencilla solución de la comparecencia de titular en la escritura.

Fundamentos de Derecho —Vistos los artículos 7.º y 11 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; 9.º *h)*, 128 y 129 de la Ley de Sociedades Anónimas; 124, 174 y 378 del Reglamento del Registro Mercantil, y la Resolución de 12 de junio de 1992·

1. La cuestión que plantea el primero de los defectos versa sobre la posibilidad de acceso al Registro de determinadas estipulaciones de la escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada que exigen la actuación conjunta y firma mancomunada de los dos administradores solidarios cuando se trate de operaciones sociales cuya cuantía sea superior a 4.000.000 de pesetas.

2. En caso de pluralidad de administradores solidarios, el poder de representación corresponde, según la configuración legal, a cada administrador individualmente [cfr. el art 11 LSRL, en relación con los arts. 128 LSA y 124 2.*b)* RRM] Aunque queda excluida del ámbito de la autonomía de la voluntad la alteración de este sistema de administración y representación tipificado legalmente, cabe admitir, en el limitado ámbito de las relaciones entre administradores y la sociedad, disposiciones estatutarias modalizadoras o excepcionadoras de ese ejercicio individual del poder de representación —y así lo prevé el art 174.8.º, en relación con el 124.2 *b)* RRM, con base en la delegación contenida en el art 9.º *h)* LSA—; pero, según la doctrina de esta Dirección General (Resolución de 12 de junio de 1992), deberá rechazarse el acceso registral de las estipulaciones debatidas en tanto en ellas no se precise el alcance meramente interno de esta necesidad de actuación conjunta para ciertos actos, y ello a pesar de que tal concreción de efectos se impondría en

definitiva si se tiene en cuenta la indudable subordinación de las previsiones de la escritura social a las normas legales imperativas y la necesaria interpretación de dichas cláusulas en el sentido más favorable para su eficacia *(vid* art. 1.284 CC). La trascendencia de las normas estatutarias o de la escritura social en cuanto rectoras de la estructura y funcionamiento de la sociedad (cuya eficacia alcanzará a terceros que no intervinieron en su redacción), y la exigencia de precisión y claridad en los pronunciamientos registrales imponen la eliminación de toda ambiguedad o incertidumbre en aquella regulación estatutaria como requisito previo a su inscripción, labor esta que inequívocamente corresponde realizar a los propios constituyentes.

3. El segundo de los defectos se centra en la inobservancia de lo dispuesto en el artículo 378 del Reglamento del Registro Mercantil por no estar expedida a nombre de ningún fundador la certificación de la sección de Denominaciones del Registro Mercantil Central.

4. Si se tiene en cuenta que esta norma tiene la finalidad de individualizar tal certificación para evitar la cesión de la misma (y así ha venido a confirmarlo posteriormente el art. 14 de la Orden de 30 de diciembre de 1991, hoy vigente, que admite modificaciones en la certificación relativas al beneficiario sólo si no suponen propiamente sustitución del mismo), cabe concluir que los términos «fundador o promotor», que se emplean en el artículo 378.2 del Reglamento, deben interpretarse en sentido jurídico propio y, por ende, si se trata de una sociedad de responsabilidad limitada, la certificación deberá haber sido expedida a nombre de cualquiera de quienes, como socios, otorgan la escritura fundacional que expresa su correspondiente aportación, así como las participaciones sociales que se les asignan; exigencia que no se cumple en el presente caso, toda vez que la certificación aparece expedida a nombre de quien se limita a otorgar la escritura social, no como socio fundador, sino únicamente para manifestar que solicitó la certificación en representación de uno de los actuales fundadores y que le cede la misma mediante tal otorgamiento.

Esta Dirección General ha acordado que procede desestimar al recurso y confirmar la nota de calificación.—Madrid, 2 de diciembre de 1992.—El Director general, *Antonio Pau Pedrón.*

Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

(BOE de 4 de febrero)

ESTRUCTURA DEL ORGANO DE ADMINISTRACION

Encargada inicialmente de analizar sendas Resoluciones de la DGRN de 27 y 28 de febrero de 1991 en torno al tan debatido, por desgracia todavía, tema de la estructura del órgano de administración a raíz de la reciente reforma mercantil, mi natural «primero lo urgente» (y no olvidemos que cuando nos encargan un trabajo cualquier otra cosa deviene urgente, si no urgentísima) le ha permitido a la DG sacar otra serie de Resoluciones sobre esta materia cuyo estudio global nos permite analizar de una forma más completa el tema objeto de encargo.

En efecto, al margen de que, como señalaré más tarde, a pesar de la rotundidad de las manifestaciones en aquellas primeras Resoluciones contenidas, el

problema no está definitivamente resuelto, han surgido otros, especialmente en materia de Derecho Transitorio (aunque en mi opinión, como también veremos después, no tan transitorio) que han dado lugar a otras cuatro Resoluciones posteriores hasta la fecha de elaboración de este trabajo. En concreto, por tanto, vamos a estudiar las siguientes:

— Resolución de 27 de febrero de 1991
— Resolución de 28 de febrero de 1991.
— Resolución de 13 de noviembre de 1991.
— Resolución de 14 de noviembre de 1991.
— Resolución de 12 de junio de 1992
— Resolución de 24 de julio de 1992.
— Resolución de 2 de diciembre de 1992.

No obstante, a efectos de abordar mejor el tema, podríamos sistematizarlo, deteniéndonos en los siguientes puntos:

1. Sistema previsto por la anterior legislación.
2 Sistema previsto por la nueva legislación. Admisibilidad o no de ciertas fórmulas.
3. Problemática de las Sociedades constituidas antes de la entrada en vigor de la reforma pero inscritas con posterioridad.
4. Posible juego de la cláusula alternativa a partir de 1990 en relación con Sociedades inscritas con anterioridad.

1. Sistema previsto por la anterior legislación

Con este primer punto no trato de centrar la materia al modo tradicional en cualquier estudio de Derecho como forma de evidenciar las novedades de cualquier reforma legislativa por su estudio contrastado con la anterior; muy por el contrario, lo que intento es precisamente acabar de descentrar la materia.

Me explicaré: el artículo 11.3) de la LSA de 1951 contenía entre las previsiones estatutarias «la designación del *órgano u órganos* que habrán de ejercer la administración, y el modo de proveer las vacantes que en ellos se produzcan, indicando quién ostenta la representación de la Sociedad», añadiendo el art. 73 de la misma que «cuando la administración se confíe conjuntamente a varias personas, éstas constituirán el Consejo de Administración».

Completaba la regulación el artículo 102.*h)* del RRM que exigía la «designación del órgano u órganos que habrán de ejercer la administración, determinando al efecto si ésta se confiere a uno o varios administradores solidarios o a un Consejo de Administración, e indicando en ambos casos el número concreto de administradores o el máximo y el mínimo de éstos, la forma de su retribución, si la tuvieren, el modo de proveer las vacantes y la expresión de quién o quiénes ostenten la representación de la Sociedad, si no existiera Consejo de Administración En el caso de que la administración se confiera a un Consejo y a uno o más administradores singulares, se determinarán sus respectivas facultades».

Esa expresión «ORGANO U ORGANOS» de la anterior legislación, o más bien, su supresión en la nueva, ha sido utilizada, en la mayoría de los casos,

para argumentar que antes de 1990 cabía establecer en los Estatutos una fórmula múltiple, como la que recogen las RR de 27 y 28 de febrero de 1991, que permitía a la Junta General de la Sociedad ir cambiando alternativamente de órgano de administración dentro de las opciones contempladas en los Estatutos, frente a la imposibilidad actual

En las propias Resoluciones vemos cómo las distintas partes dan por sentado que la legislación de 1951 permitía tal posibilidad: así en la R. de 13-11-91, el Registrador dice que «.. la posibilidad de optar entre diferentes formas de administración previstas en Estatutos... ha quedado ineficaz a partir de la entrada en vigor de la nueva legislación...», y en esa misma Resolución, la DGRN habla del «principio de respeto a las situaciones jurídicas creadas por acuerdo colectivo celebrado bajo la legislación anterior...». En el mismo sentido, la DG en su R. de 14-11-91 y de 24-7-92.

Del mismo modo, el Registrador en esta última Resolución señala que «al entrar en vigor la Ley 19/89 y el RRM, y de acuerdo con la Disposición 2.ª de la Ley y las exigencias del art. 8.*f)* y 9.*h)* y 124 RRM, han quedado sin efecto aquellos artículos estatutarios que contemplan la posibilidad de alternativas en la estructura del órgano de administración».

Abunda en lo mismo la doctrina: así Antonio ESTURILLO LÓPEZ, en su libro *Estudio de la legislación sobre el Registro Mercantil. Práctica de legislación mercantil societaria* coincide «con Olivares James, que la cláusula estatutaria muy usada, e incluso amparada por la R de noviembre de 1981, de que la Junta puede elegir entre diversas modalidades de administración admitidas, la que estimase oportuno, no sería admisible hoy, porque, como dice el mismo autor, el art 9.*h)* de la LSA ya no habla de "órgano u órganos" como lo hacía el art 11.*h)* de la anterior, sino de "estructura del órgano", y porque esto es lo que ha de constar en los Estatutos, conforme exige el art 124 del RRM...»

Del mismo modo, el Profesor Angel ROJO, en una conferencia pronunciada en Madrid el 21 de febrero de 1990 en el Colegio Nacional de Registradores afirmaba que la nueva Ley ha optado por un sistema monista, frente a la legislación anterior, ya que en ella se hablaba de «órgano u órganos».

De igual forma se manifiesta Laura CANO ZAMORANO en las conferencias que en Madrid y Barcelona se impartieron en la primavera de 1991 con motivo del transcurso del primer año de vigencia de la reforma mercantil.

Sin embargo, si examinamos la doctrina vigente durante la anterior legislación, veremos que las cosas no estaban tan claras para todos·

Así, Manuel DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, en sus *Estudios de Derecho Mercantil,* tras recoger las variantes admisibles con la legislación anterior afirmaba: «Cabe que las variantes permitidas se combinen. Es decir, pueden establecer los Estatutos que la administración de la Sociedad sea ejercida disyuntivamente por un administrador único (o varios administradores solidarios) o por un Consejo de administración, delegando en la Junta la facultad de determinar cuál de los dos sistemas se aplicará en cada momento.»

Sin embargo, GARRIGUES-URÍA, en su *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas,* ya entonces se oponían a esta posibilidad, recogiendo expresamente la postura de Cámara: «Opinamos, sin embargo, que a esta estructura alternativa del régimen de administración, con facultad de la Junta general para decidir, en cada caso, el sistema concreto a aplicar, se oponen tanto el artículo 11.3.*h)* de la LSA, como el artículo 102.*h)* del RRM Uno y otro obligan a que los Estatutos designen el órgano u órganos que habrán de ejercer

la administración de la Sociedad; y el último precisa que cuando junto al Consejo existan uno o más administradores singulares, los Estatutos deberán determinar sus respectivas facultades La estructura de la Administración ha de quedar, pues, precisada en los Estatutos, sin que quepa establecer un repertorio de posibilidades dentro del cual la Junta pueda elegir en cada caso el sistema a aplicar. El artículo 71 confiere a la Junta en esta materia la facultad de determinar el número de administradores, cuando los Estatutos establezcan solamente el máximo y el mínimo, pero no la facultad de elegir el sistema de administración cuando los Estatutos establezcan una pluralidad de órganos. Esta última hipótesis, totalmente diversa de la primera, no resulta admisible, a nuestro juicio, en el Derecho español.»

Las soluciones, por tanto, no pueden ser más claras y más dispares para unos y otros, y ambas se reflejaron en el recurso que dio lugar a la Resolución de 26 de noviembre de 1981, en la que la DGRN se decantó por la primera de ellas al afirmar que «tal posibilidad no aparece prohibida en la Ley, ya que el art 11.*h)*, de la misma autoriza la posibilidad de órgano y órganos de administración, y el art. 102 del RRM, al desarrollar la materia, lo presupone igualmente, si bien con la lógica limitación de que en los casos en que haya concurrencia de Consejo y de Administradores singulares, se determinen las facultades concretas que habrán de corresponder a unos u otros».

Sin entrar en un estudio más amplio sobre las fórmulas que entonces se admitían, en base al Derecho positivo y la interpretación que del mismo dio la DGRN, la propia disparidad existente entonces nos lleva a hacernos la consabida pregunta: ¿Cuál es la situación actual?

2. Sistema previsto por la nueva legislación. Admisibilidad o no de ciertas fórmulas

Parte de la respuesta ya la hemos apuntado anteriormente. En efecto, el tenor literal de la regulación legal ha cambiado en este punto:

El nuevo artículo 9 *h)* de la LSA exige que en los Estatutos se haga constar «la estructura del órgano al que se confía el poder de representación, así como su régimen de actuación, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley y en el RRM. Se expresará, además, el número de administradores, que en el caso del Consejo no será inferior a tres, o, al menos, el número máximo y el mínimo, así como el plazo de duración del cargo y el sistema de su retribución, si la tuvieren», añadiendo el art. 136 de la misma que «cuando la administración se confíe conjuntamente a más de dos personas, éstas constituirán el Consejo de administración».

La materia la completa el artículo 124.1 del RRM, según el cual «en los Estatutos se hará constar la estructura del órgano al que se confía la administración, determinando si se atribuye:

a) A un administrador único.
b) A varios administradores que actúen individualmente.
c) A dos administradores que actúen conjuntamente
d) A un Consejo de Administración, integrado por un mínimo de tres miembros, sin perjuicio de la facultad de delegación prevista en el artículo 141 de la LSA.

e) A un Consejo de Administración y a una Comisión Ejecutiva o a uno o más Consejeros Delegados, con indicación de sus respectivas competencias».

La interpretación que de estos preceptos se ha dado por la doctrina no ha sido pacífica. Vaya por delante, y no podré por tanto dejar de ser tendenciosa, que, en mi opinión, el sistema adoptado es, como señalaba el Profesor ROJO, «monista», y así lo ha recogido la propia DGRN en las RR de 27 y 28 de febrero de 1991

Se le podría achacar, sin embargo, la falta de apoyo legal de su argumentación, o, dicho de otra manera, el que los argumentos utilizados son igualmente válidos para el TR de 1989 y la Ley de 1951. qué duda cabe, que los Estatutos son norma definidora de la estructura y funcionamiento de la Sociedad, antes y ahora; que para su modificación, ambas legislaciones exigen especial rigor, y que hace falta siempre claridad y precisión en las determinaciones conformadoras de una entidad. Y aunque luego añade que la legislación exige que se consigne en los Estatutos la estructura del órgano gestor, también la Ley y Reglamento anteriores exigían que se hiciera constar en los Estatutos el órgano u órganos que habían de ejercer la administración.

Mayor fuerza tiene el apoyo en el artículo 124 del RRM en cuanto que establece una enumeración entre la cual hay que optar y sin que contra ello quepa alegar que es una extralimitación reglamentaria no prevista por la Ley, pues, como también señalan ambas Resoluciones, la delegación aparece contenida en el mismo artículo 9.*h)* del TR de la LSA

Es interesante reseñar en la segunda de las Resoluciones mencionadas la puntualización hecha por el Registrador en su informe en el sentido de hacer constar que estructura no se equipara a enumeración, «sino a determinación o concreción en una forma de administración con exclusión de todas las demás».

En realidad, el cambio cualitativo más importante, y en el que se apoya en su mayor parte la doctrina, como ya se recoge en el apartado anterior, es la supresión de la expresión «órgano u órganos» y su sustitución por la de «estructura del órgano», que junto con la enumeración recogida en el artículo 124 RRM llevan a considerar que en la actualidad ya no caben las fórmulas múltiples sino que desde el principio hay que optar por una posibilidad u otra de las recogidas por el Reglamento.

¿Qué margen de maniobra hay de seguir esta postura? Prácticamente ninguno: el Profesor ROJO aludía en su Conferencia a la posibilidad de una determinación estatutaria plural pero que rija en forma sucesiva en el tiempo previamente señalado En otro caso, entiendo que los Estatutos deberán recoger expresamente la necesidad de que para cambiar de forma de administración se deberán cumplir los requisitos previos en la Ley para la modificación de Estatutos

Los detractores de esta postura mantienen que la argumentación sostenida se basa en una «interpretación literal» a ultranza· que la sustitución de «órgano u órganos» por «estructura del órgano» no supone ninguna modificación sustancial y que el art. 124 recoge una enumeración taxativa, eso sí, pero enumeración. Así se manifiesta, en cuanto a esta última observación, el Notario en la R. de 28 de febrero de 1991 Sin embargo, podría objetarse que, y aun considerando que el cambio de expresión utilizado no significa alteración sustantiva, la propia doctrina anterior no interpretaba unánimemente la dicción legal como símbolo de pluralidad, como ya vimos en la opinión de GARRIGUES y URÍA

Por otra parte, y en la línea de lo expuesto por la DGRN, cabría resaltar la importancia que tiene antes y ahora el órgano de administración para dejarlo a la decisión de mayorías no cualificadas: basta con que tengamos en cuenta el *quorum* que la LH exige en segunda convocatoria para que nos demos cuenta de la trascendencia del problema: pensemos lo diferente que es el que la administración se encomiende a un órgano colegiado, que requiere una convocatoria, deliberaciones, mayorías específicas .. frente al omnipotente administrador único o el encorsetamiento de la administración mancomunada. Bastante reducido es de por sí el *quorum* exigido por el artículo 103.2 de la LSA para que lo rebajemos al del artículo 102.2.

La postura que adoptemos no es indiferente. la postura, digámosle «flexible» o «aperturista» (más bien continuista) aligera el proceso. tengamos en cuenta no sólo el caso normal de que la Junta quiera optar por otro sistema, sino los casos de cese, renuncia, etc..., que nos permitirían pasar de los administradores solidarios o mancomunados al único y del Consejo a la administración mancomunada sin necesidad de modificar Estatutos

Sin embargo, la postura «rigorista» y en este caso, qué ironía, «moderna», facilitaría algo nada despreciable en la práctica diaria de los Registros, Notarías y Despachos: la uniformidad de criterios en un punto de tanta trascendencia como es éste.

¿Y por qué no la uniformidad en la otra dirección? Me temo que, como siempre ocurre, es más fácil unificar criterios en esta línea que en la otra: es más sencillo y claro un consenso de aplicación estricta del artículo 124 del RRM que una línea abierta o flexible de éste, ya que la misma, a su vez, se diversifica en dos frentes:

a) El que admite combinar varias de las opciones a través de una fórmula plural.

b) El que admite «cruzar» varias de las opciones, creando fórmulas mixtas.

Y no olvidemos un problema, no teórico, sino práctico: no hay un acuerdo sobre qué fórmulas son admisibles y cuáles no: así, mientras algunos contraponen órgano colegiado con administradores y sólo admiten opciones entre estos últimos (la fórmula sería: «Uno o varios administradores solidarios o dos mancomunados» o incluso excluyendo a estos últimos), otros admiten la fórmula clásica que prevé todas las posibilidades.

Partiendo de mi total rechazo a estas cláusulas, sí querría, sin embargo, detenerme en dos concretas fórmulas utilizadas en la práctica y que obedecen a los dos frentes que he señalado de diversificación:

a) La clásica previsión de que la Sociedad sea administrada por «uno o varios administradores solidarios».

b) La fórmula que prevé la existencia de varios administradores solidarios pero debiendo actuar mancomunadamente siempre dos de ellos o sólo para algunos actos.

A) Esta primera fórmula plantea un problema teórico; es decir, ¿hay que contraponer al administrador único con el solidario o podemos entender que estamos ante una variante de la solidaridad?

Es un problema teórico pero con derivaciones eminentemente prácticas, ya que en muchos Registros se admite su inscripción por entender que no hay

diferencias entre el administrador único y el solidario, mientras que en otros se rechaza tal fórmula.

El primer argumento en contra es claro y evidente: si aplicamos el artículo 124 del RRM, en su párrafo primero, lo aplicamos en toda su extensión y si no, nos lo saltamos; es decir, si entendemos que es un listado meramente enumerativo, tendremos que admitir todo tipo de combinaciones en los Estatutos, y si no, ninguna: ¿por qué restringir la apertura a los apartados *a)* y *b)* cuando el Reglamento los separa como a todos los demás?

El propio Notario, en la R de 28 de febrero de 1991, con independencia de que discrepa de la «interpretación rigorista», como él la llama, del Registrador, reconoce que de aplicar ésta no cabrá acudir a la fórmula que estamos analizando: así, en el recurso afirma «que ciertamente el art. 124 del RRM fija taxativamente los sistemas de administración, pero no establece la necesidad de acogerse estatutariamente en la estructura del órgano de administración a uno solo de los sistemas previstos»; pero es que en el informe dice expresamente que «la interpretación rigorista del Registrador conduce a que no se pueda establecer en estatutos la posibilidad de la existencia alternativa, a criterio de la Junta General, de un administrador único o varios que actúen individualmente, ya que sólo podrá optarse por una de las formas que enumera el artículo 124 del RRM».

La solución deviene totalmente teórica, como ya he anunciado antes: ¿qué entendemos, o cuál es la naturaleza del administrador único? Si acudimos a los diferentes Manuales de Derecho Mercantil, observaremos que ninguno entra en esa distinción; se diferencia entre solidaridad y mancomunidad, entre esta última y la situación de órgano colegiado, etc., pero no entre el administrador único y los solidarios, pero no caigamos en la fácil solución de afirmar que es porque no existen tales diferencias, sino que si lo analizamos con detenimiento, en todos los manuales se estudia separadamente. Nadie engloba al primero en los segundos, sino que aparece en epígrafe específico, de lo que se desprende que los autores dan por supuesto que estamos ante situaciones distintas

Y es que no podemos olvidar que no es lo mismo administrar solo que estar varios administrando, aunque sea solidariamente, una cosa es el aspecto externo, en el que indistintamente cada administrador solidario representará a la Sociedad, según previene el mismo artículo 124 del RRM en su párrafo segundo, y otras son las relaciones internas, no ya con la Sociedad, sino entre los propios administradores. Qué duda cabe que los administradores solidarios tendrán que rendirse recíprocas cuentas de sus actuaciones para evitar la realización de actos contradictorios *(versus* pedir un mismo préstamo en dos entidades bancarias diferentes, incurrir en una posible doble venta, convocar la Junta para dos días diferentes...), cuestión que, naturalmente, no se plantea en el caso del administrador único.

Pero es que, además, y a la inversa, ¿debemos entender que cada administrador solidario es como un administrador único? Entonces, ¿tendríamos tantos órganos de administración como administradores solidarios? La pregunta, a primera vista capciosa, no lo es tanto si tenemos en cuenta que en muchos Estatutos se llega a hablar de que «la Sociedad será regida o administrada por uno, dos o tres administradores únicos», procediéndose a continuación a nombrar «dos administradores únicos».

B) Esta otra fórmula, sin embargo, obedece a unos motivos totalmente prácticos y comprensibles por lo demás, aunque, me temo, no se ajustan a la

legalidad. hasta los más abiertos defensores de las cláusulas múltiples la rechazan aun cuando las razones no puedan ser más lógicas desde el punto de vista del funcionamiento de la Sociedad: la Junta, en el fondo quiere contar con varios administradores, sin tener que caer en la necesidad del órgano colegiado (de formación y funcionamiento mucho más complejo) pero no se «fía» de lo que pueda actuar cada uno por separado y como fórmula «preventiva» o «protectora» exige en todo caso (o sólo para aquellos asuntos que considera más trascendentes) la firma o presencia de dos de ellos

A raíz de la nueva legislación, esta fórmula comenzó a ser muy usada, y fue objeto de discusión en las reuniones que con cierta periodicidad tenemos los Registradores Mercantiles de Aragón con el Colegio notarial de dicha Comunidad Autónoma, en las cuales se rechazó abiertamente dicha fórmula, pero se abrió la puerta a otra que, aunque en principio más compleja, permitía obtener el mismo resultado práctico· optar por nombrar un Consejo de administración con varios Consejeros-Delegados, los cuales sí que podrán actuar dos mancomunadamente.

¿Por qué esto segundo sí y aquello no? El mismo Reglamento da la respuesta; para los Consejeros-Delegados el artículo 124.2 *d)* se limita a decir que «cuando el Consejo, mediante el acuerdo de delegación, nombre a uno o varios Consejeros-Delegados, SE INDICARA EL REGIMEN DE SU ACTUACION», sin especificar cuál sea éste, lo que deja un amplio margen de libertad; sin embargo, en el apartado *b)* señala que «en caso de varios administradores solidarios, el poder de representación corresponde a cada administrador, sin perjuicio de las disposiciones estatutarias o de los acuerdos de la Junta sobre distribución de facultades, QUE TENDRAN UN ALCANCE MERAMENTE INTERNO». Luego, según lo que dispone el Reglamento, a efectos externos rige la plena solidaridad y cualquier limitación, ya sea estatutaria o de la Junta, tendrá un alcance meramente interno. Y así lo ha interpretado la DGRN en sendas Resoluciones de 12 de junio y de 2 de diciembre de 1992.

En la primera de ellas se opta por un sistema de dos administradores solidarios, pero exigiéndose que ciertas facultades se realicen con la firma conjunta de ambos. Alegándose por el Registrador que ello supondría la combinación de los sistemas de solidaridad y mancomunidad, el Notario entiende que esa prohibición está limitada a las facultades *stricto sensu*, es decir, las que hacen referencia a lo que sería el giro o tráfico de la empresa, pero no aquellas otras facultades otorgadas por la Junta; argumento que no acepta el Registrador, por entender que el órgano de administración es único. cabe distinguir, dirá, entre facultades de representación y de administración, pero no entre facultades que derivan del objeto social y las que se extralimitan.

La DGRN tampoco admite esta distinción y centra su Resolución en las dos esferas externa o de representación, la cual, entiende, que por ministerio de la Ley corresponde a cada administrador solidario individualmente, y la esfera meramente interna en la que sí admite modalizaciones.

En la segunda de las Resoluciones, también se optó por dos administradores solidarios, con actuación conjunta para las operaciones que superen cierta cuantía. El Registrador entiende que «dado que la finalidad del Registro es la publicidad a terceros, debe evitarse que accedan a él cláusulas que provoquen obscuridad y que sean ineficaces frente a terceros», mientras que el Notario entiende que el artículo 124 2.*b)* no impide la inscripción «aunque sea limitada su efectividad frente a terceros».

En ambas Resoluciones la DGRN entiende que debe rechazarse el acceso

registral de las estipulaciones debatidas «en tanto en ellas no se precise el alcance meramente interno de esta necesidad de actuación conjunta para ciertos actos y ello a pesar de que tal concreción de efectos se impondría en definitiva si se tiene en cuenta la indudable subordinación de las previsiones de la escritura social a las normas legales imperativas y la necesaria interpretación de dichas cláusulas en el sentido más favorable para su eficacia» Añade, además, que «la trascendencia de las normas estatutarias o de la escritura social en cuanto rectoras de la estructura y funcionamiento de la sociedad y la exigencia de precisión y claridad en los pronunciamientos registrales imponen la eliminación de toda ambigüedad o incertidumbre en aquella regulación estatutaria como requisito previo a su inscripción, labor ésta que inequívocamente corresponde realizar a los propios constituyentes».

Coincido con la DGRN en que no cabe distinguir más esferas que la externa y la interna, es decir, poder de representación y de administración· acudir al mecanismo aludido por el Notario de facultades dentro del giro o tráfico o externas a él provocaría graves problemas interpretativos, al margen de su conexión con los siempre presentes «actos neutros», por lo que tal y como señala el Reglamento, y así interpretan tanto el Registrador como la DG, el poder de representación corresponde a cada administrador solidario teniendo las limitaciones estatutarias o acordadas por la Junta, mero carácter interno.

Pero en lo que sí discrepo de la DGRN es en la imposibilidad de inscribir dicha cláusula en tanto no se haga constar su carácter meramente interno aun cuando, como ella misma reconoce, tal concreción se impondría en definitiva por imperativo legal. ¿En qué medida puede afectar a terceros si el artículo 129 de la LSA dice claramente que «cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros?

Esté o no inscrita la cláusula, si el tercero contrata con uno sólo de los administradores en uno de los supuestos en que según los Estatutos o el acuerdo de la Junta hace falta la firma de los dos, éste no se verá afectado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 129.1 de la Ley Otra cosa será la responsabilidad del administrador frente a la Sociedad por incumplir las limitaciones establecidas.

Esté o no inscrita la cláusula, si el tercero contrata con los dos, el acto será igualmente eficaz y además los administradores salvarán su responsabilidad.

Inscrita la cláusula, el tercero, por desconocimiento de su carácter interno, lo más que podría hacer sería exigir la firma de los dos administradores, lo cual siempre sería ventajoso para éstos y para la propia Sociedad, pues así se cumpliría lo previsto en los Estatutos o en el acuerdo de la Junta.

Entiendo que, en este caso, exigir esa constancia del carácter meramente interno, que no exige el Reglamento (el cual se limita a pronunciar ese carácter) resulta excesivo e inoperante Cuando la Ley quiere que alguna restricción o situación especial se haga constar expresamente así lo exige: véase, por ejemplo, el artículo 53 cuando exige que en los títulos representativos de acciones se hagan constar las restricciones a su transmisibilidad cuando se hayan establecido, o las prestaciones accesorias, en el caso de que las lleven aparejadas; o la frase «en liquidación» en la denominación social cuando la Sociedad se haya disuelto y mientras la liquidación se realiza (art. 264), etc.

Opinión diferente en este punto mantiene Laura Cano Zamorano en el trabajo anteriormente mencionado, la cual, considerando que no se pueden ins-

cribir estas limitaciones en base a una argumentación similar a la de la DG, entiende, sin embargo, que el carácter interno afecta solamente a las acordadas por la Junta y no a las impuestas en los Estatutos, por entender que los artículos 9 y 128 de la Ley permiten determinar en Estatutos a quién corresponde el poder de representación (con lo cual entiende podría atribuirse a uno sólo de los administradores y el otro no podría actuar frente a terceros) entendiendo desafortunada la redacción del Reglamento. Sin embargo, discrepo de esta opinión: no olvidemos que ambos artículos de la Ley están hablando de los administradores en general (sin distinguir entre administrador único, solidarios o mancomunados, cuya determinación corresponde a los Estatutos) y que el propio artículo 9 remite a lo dispuesto en el RRM, como norma a la que se ha de sujetar la previsión estatutaria.

Sí quiero recoger, sin embargo, una serie de cláusulas que estudia, y que, como ella bien señala, no se podrían inscribir porque con ello sí que violentaríamos o infringiríamos los imperativos legales En efecto, en los supuestos objeto de discusión en las Resoluciones referidas estábamos ante dos administradores solidarios con ciertas actuaciones mancomunadas. El problema aparece cuando estamos no ante dos administradores solidarios, sino más de dos con actuación conjunta para determinados actos: como señala Laura CANO «nos encontraríamos en régimen de administradores solidarios perfectamente permitida por la norma, mientras que en la práctica para el mayor número de facultades podría exigirse la actuación conjunta de tres o más de los administradores solidarios, ya que admitida la excepción para determinadas facultades nada impide extenderla al mayor número posible de ellas». Cabría añadir que, aun cuando no se extendiera a un gran número, en todo caso se infringiría la prohibición legal de que existan más de dos administradores mancomunados (arts. 136 de la LSA y 124.1.*c)* del RRM).

Lo mismo sucede cuando se nombran varios administradores solidarios pero con actuación de dos cualesquiera de ellos en forma mancomunada. Ya he señalado anteriormente su rechazo en las reuniones de Aragón y resulta tajante Laura CANO cuando afirma que «el precepto reglamentario claramente dispone que la administración ha de atribuirse a dos administradores conjuntamente, y resulta más que evidente que, con la fórmula expresada, la administración se atribuye a más de dos, es decir, a todos los nombrados, con lo cual falla ya el primer requisito. En segundo lugar, el que hayan de actuar dos cualesquiera de ellos indistintamente no excluye la actuación de los restantes nombrados, con lo que, de hecho, tendríamos tantos órganos de actuación mancomunada como parejas de administradores se puedan formar, contra el criterio legal... de la existencia de un sólo órgano social de administración, y los consiguientes problemas de discrepancia posible en las actuaciones de cada par de administradores. Y en tercer lugar la voluntad social de unificación de criterios que supone la actuación mancomunada de sólo dos personas en la actividad social, se rompe por cuanto dentro del más amplio número de administradores nombrados, siempre se puede buscar al más complaciente para realizar determinado acto».

Entiendo que todas estas fórmulas son rechazables y en todo caso cabría acudir a la fórmula de los Consejeros-Delegados ya señalada o a otra más sencilla: nombrar apoderados, para los cuales tampoco hay ninguna limitación legal en cuanto a su forma de actuar.

3. Problemática de las sociedades constituidas antes de la entrada en vigor de la reforma pero inscritas con posterioridad

Con ello pasaríamos al tercer problema objeto de nuestra consideración: ¿qué ocurre con aquellas Sociedades constituidas antes de la entrada en vigor de la reforma pero inscritas con posterioridad?

Pensemos que, aunque parezca un tema ya superado, todavía puede plantearse la inscripción de alguna escritura en tales circunstancias.

La solución de este problema exige acudir a lo dispuesto en las Disposiciones Transitorias: ya la DT 2.ª de la Ley 19/89 estableció que «las disposiciones de las escrituras y Estatutos de SA, SRL y SC por acciones que se opongan a lo prevenido en esta Ley quedarán sin efecto a partir de su entrada en vigor»; norma semejante, pero limitada a las SA contiene la DT 2.ª del TR de la LSA.

Estas normas han sido desarrolladas por el RRM, que en su DT 1.ª establece en el número 1 ° que «serán inscribibles en el Registro Mercantil con arreglo a la legislación anterior, las escrituras de constitución de SA, de RL o C por acciones, otorgadas con anterioridad al 1 de enero de 1990»; pero el número 3.° añade que «no obstante, no serán inscribibles las cláusulas estatutarias o reglas de funcionamiento contenidas en la escritura que resulten contrarias a las normas imperativas de la Ley 19/89, de 25 de julio, y de la LSA».

El problema se planteó en la R. de 27 de febrero de 1991 en relación con una escritura de constitución de SA otorgada el 28 de diciembre de 1989 y presentada ya en 1990 en el Registro Mercantil. En la misma, la DGRN da por sentado la aplicabilidad de dichas Disposiciones Transitorias al caso concreto (que motivaron la denegación de la inscripción al alegar el Registrador que infringía lo dispuesto en el artículo 9.*h)* de la LSA y 124.1 del RRM, aplicables en virtud de la DT 2.ª de la LSA y DT 1.ª3.ª del RRM) entendiendo que la cláusula múltiple prevista era contraria a la normativa vigente en el momento de la inscripción con los argumentos ya estudiados al tratar esta misma Resolución en otros puntos del trabajo.

Solución que nos parece correcta, ya que, dentro de los aspectos que se consideraron fundamentales a la hora de admitir la inscripción o no, al entrar en vigor la reforma, de las escrituras anteriores a ella, se encontraba junto con temas tan trascendentes como el carácter nominativo o al portador de las acciones cuando hubiera restricción a la libre transmisión de las mismas, el porcentaje exigido para convocar las Juntas, etc., el de la estructura del órgano de administración, especialmente si tenemos en cuenta que se trata de cláusulas estatutarias (en contraposición a otras como el *quorum* de constitución de Juntas, para lo que la Ley de libertad respetando unos mínimos) para cuyo defecto no cabe acudir al artículo 63 del RRM en materia de inscripción parcial, puesto que su inscripción no queda suplida por ninguna norma legal, ya que ninguna contiene un régimen de administración supletorio y qué duda cabe que estamos ante un órgano necesario de la Sociedad, a la vista de lo dispuesto en el artículo 260.3 de la LSA, al que se remite el artículo 30 de la LSRL, como causa de disolución de la Sociedad: si lo es la paralización, con mayor razón la inexistencia

4 POSIBLE JUEGO DE LA CLÁUSULA ALTERNATIVA A PARTIR DE 1990 EN RELACIÓN CON SOCIEDADES INSCRITAS CON ANTERIORIDAD

Por lo dicho anteriormente, no se entiende la solución que adopta la DGRN para un problema similar: el de las Sociedades ya inscritas con Estatutos en los que se prevé la alternancia a decisión de la Junta, de varios sistemas de administración cuando hacen operar esta cláusula tras la entrada en vigor de la nueva Ley.

Ciertamente la solución a adoptar no es la vista anteriormente, pues si se aplicara la DT 2.° de la ley literalmente, quedaría sin efecto la cláusula que regula la estructura del órgano de administración y ello conllevaría la disolución de la Sociedad.

¿Qué opciones hay en estos casos? Tengamos en cuenta que un gran número de Sociedades ya inscritas en 1990 contenían esta cláusula y, como reconoce la DGRN en sus RR de 13 y 14 de noviembre de 1991 y de 24 de julio de 1992 —ante la exigencia por parte del Registrador de que se modificaran los Estatutos— «es el mismo legislador el que, atendiendo a la necesidad práctica de que el nuevo régimen respete situaciones anteriores, ha establecido prudentes plazos de adaptación para estos desajustes de estructura o para ciertas obligaciones o prohibiciones». En vista de esto cabría:

a) Permitir que la cláusula jugase hasta que se adaptara la Sociedad a la nueva Ley, que es la solución por la que opta la DG, pero con unos argumentos completamente contradictorios con lo sostenido en la Resolución de 27 de febrero de 1991, en efecto, en esta última no se admitía la inscripción por considerar la cláusula estatutaria contraria a lo dispuesto en la legislación anterior (DT de la Ley y del Reglamento) y, sin embargo, en estas Resoluciones se afirma que hay que hacer una «interpretación estricta de la DT 2.ª de la LSA» y «no llevar la declaración de ineficacia a aquellas cláusulas relativas a la estructura social, respecto de las cuales haya *mero desajuste pero no oposición* a las disposiciones de la Ley».

¿Qué significa la expresión «mero desajuste» en un tema tan trascendental como lo es la estructura del órgano de administración de la Sociedad? Entiendo que es un término «poco jurídico» Otra cosa es que, como ya he afirmado, haya que hacer una interpretación estricta de la DT 2.ª por los peligros que ello encierra.

Tampoco son argumentos «el principio de respeto a las situaciones jurídicas creadas *por acuerdo colectivo celebrado bajo la legislación anterior*» ni el del *favor negotii,* pues tampoco se tuvieron en cuenta en la Resolución de 27 de febrero de 1991 para inscribir una escritura otorgada bajo la legislación anterior.

Ni tampoco cabe acudir a los «prudentes plazos de adaptación para estos desajustes»: no sé si la DG ha tenido en cuenta en su integridad el juego de las Disposiciones Transitorias ¿hay realmente plazos para la adaptación? O lo que es lo mismo: ¿qué ocurre con las Sociedades que, transcurrido el plazo no se han adaptado? Recordemos que, y al margen de la interpretación que la DG dio en su momento sobre la fecha del «30 de junio de 1992», la DT 4.ª4.ª de la Ley 19/89 sanciona el incumplimiento de la adaptación de los Estatutos con una multa por cuantía de cinco millones de pesetas, sin perjuicio de la responsabilidad de administradores y, en su caso, liquidadores, prevista en la DT 3.ª4.ª de la misma, pero en ningún caso impone o conlleva cierre registral

si esas Sociedades tuvieran adecuada la cifra de su capital, por interpretación *a sensu contrario* de la DT 6.ª1 de dicha Ley, ni mucho menos su disolución de pleno derecho y cancelación de oficio prevista en la DT 6.ª2

Luego ese «prudente plazo de adaptación», salvo que una norma posterior disponga lo contrario, se convierte en algunos casos en una «situación permanente de inadaptación» de la Sociedad Y en tal caso, ¿seguirá jugando la interpretación del *favor negotii* por el que se inclina la DG? Es decir, ¿siempre tendremos que admitir el juego de la cláusula alternativa o hay alguna fecha —no sé cuál, puesto que la Ley no la prevé— en que dejará de jugar?

b) Por ello soy más partidaria de optar por otra solución: la propia DG ya la apunta en sus Resoluciones al decir que « .. ni puede entenderse que la Sociedad no puede funcionar —porque la estructura del órgano no cumple con las determinaciones estatutarias que hoy impone el Reglamento— ni hay razón alguna para dar preferencia —en la alternativa dejada a la Junta— al sistema (unipersonal o colectivo) que, de los dos previstos en la estructuración estatutaria, se hubiera aceptado, en función de las circunstancias, en un acuerdo de Junta anterior a la nueva Ley».

Apunta la idea la DG pero de forma, entiendo, un tanto incorrecta: no es que se dé preferencia a una estructura; simplemente se produce lo que el Profesor Angel Rojo denominó «*la petrificación del órgano social*» en la forma que tuviera al entrar en vigor la Ley, hasta tanto no se produzca la modificación de los Estatutos

Y con ello no se hace de peor condición a las Sociedades inscritas con anterioridad a la nueva Ley respecto a las que lo hacen con posterioridad, sino de la misma condición Dicho de otra forma: si una Sociedad posterior a 1990 cuando quiere cambiar su sistema de administración tiene que modificar el correspondiente artículo de los Estatutos, ¿por qué no va a tener que hacerlo una Sociedad ya inscrita? Entiéndase que no estamos obligándole a adaptar sus Estatutos a la nueva ley, para lo cual sí que tiene unos «prudentes plazos de adaptación» sino simplemente como es norma de Derecho, se trata de que los actos nuevos se rijan por las leyes nuevas.

Considero que es la solución más justa y más acorde con el espíritu de la reforma, sin que ello suponga una posición más ventajosa ni más desfavorable para las Sociedades inscritas con anterioridad a la Ley. En caso contrario, y siguiendo en esa línea argumental, podríamos llegar a la inaplicación de todas aquellas normas más gravosas en la nueva Ley (como, por ejemplo, la necesidad de auditorías en ciertos aumentos de capital, formulación de cuentas, etc) para las Sociedades anteriores a la misma hasta tanto no hayan realizado la adaptación.

P P. V.

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

A) DERECHOS REALES

Por Francisco Castro Lucini

DISOLUCION DE COMUNIDAD. ARTICULOS 400 Y 405 DEL CODIGO CIVIL (Sentencias de 20 de abril de 1988)

El usufructuario de parte de la cosa común no precisa ser citado ni intervenir en la disolución por división de la misma, pues ésta no le afecta, siguiendo subsistente su derecho, conforme a los artículos 405 y 490 del Código Civil y Sentencia de 13 de diciembre de 1983

DISOLUCION DE COMUNIDAD (Sentencia de 15 de marzo de 1993).

La acción divisoria que regula el Código Civil, artículos 400 y siguientes, sólo requiere el concurso y existencia de los copropietarios.

DISOLUCION DE COMUNIDAD. INDIVISIBILIDAD (Sentencia de 16 de marzo de 1993).

Aprecia indivisibilidad cuando de la prueba pericial practicada y de la propia naturaleza y destino de la parcela objeto del litigio, se llega a la conclusión de que la misma no puede dividirse, sin que al hacerlo —tanto en forma longitudinal como transversal— se haga inservible para jugar al tenis.

PROPIEDAD HORIZONTAL. GASTOS NO INDIVIDUALIZABLES (Sentencia de 10 de marzo de 1993).

La contribución a los gastos no individualizables ha de hacerse por partes iguales y no conforme a las cuotas de propiedad de cada propietario, si resulta probado que tal régimen se adoptó hace años y es el actualmente vigente, pues nos hallamos ante actos propios de los integrantes de la comunidad de propie-

tarios, con base en la permisión del artículo 9-5.° de la Ley de Propiedad Horizontal, para cuya reforma se precisaría utilizar el camino que trazan sus artículos 15-1 y 2 y 16-1.° (Sentencias de 6 de febrero y 6 de julio de 1991), todo ello en aras de la elemental seguridad jurídica, sancionada constitucionalmente (art 9 de la Constitución española).

PROPIEDAD. FACULTADES DEL PROPIETARIO (SENTENCIA DE 19 DE ABRIL DE 1993).

No se puede resolver sobre el destino o disfrute de la cosa sin previa aquiescencia del propietario de ella, facultad ínsita en el dominio no atribuible al poseedor no dominical

AGUAS. APROVECHAMIENTO GANADO POR PRESCRIPCION (SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 1993).

La cuestión relativa a si el demandado había ganado por prescripción adquisitiva los aprovechamientos de las aguas del río ... es de índole privada, por lo que no es competente la jurisdicción contencioso-administrativa.

PROPIEDAD HORIZONTAL. OBRAS QUE AFECTAN A LOS ELEMENTOS COMUNES (SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 1993).

Las alteraciones en los elementos comunes del inmueble, tales como pared maestra, escalera y cubierta, requiere el consentimiento de los propietarios adquirentes de los pisos, incluso aunque tales obras se hayan realizado antes de la adquisición de las viviendas, si están en contradicción con la descripción que consta en el Registro.

ACCION REIVINDICATORIA. ACCESION INVERTIDA. REQUISITOS (SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 1993).

La decisión del Tribunal sentenciador en orden a la identificación de la finca reivindicada es una cuestión de hecho, que sólo puede ser combatida en casación al amparo del artículo 1.692,4.° de la LEC.

La accesión invertida requiere: *a)* que quien la pretenda sea titular dominical de lo edificado; *b)* que el edificio se haya construido en suelo que en parte pertenece al edificante y en parte es propiedad ajena; *c)* que las dos partes del suelo formen con el edificio un todo indivisible, *d)* que el edificio unido al suelo del edificante tenga una importancia y valor superior a los del suelo invadido, y *e)* que el edificante haya procedido de buena fe

PROPIEDAD HORIZONTAL ACCION NEGATORIA DE SERVIDUMBRE (SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 1993)

La legitimación para el ejercicio de la acción negatoria de servidumbre sobre un elemento común corresponde tanto a la comunidad de propietarios como a cada uno de éstos individualmente

PROPIEDAD HORIZONTAL. VICIOS RUINOGENOS (SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1993)

Las obras a realizar son sólo las necesarias para la corrección de las deficiencias, sin que las mismas puedan entrañar un enriquecimiento injusto para la comunidad de propietarios.

F. C. L.

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA

NO ES VALIDA LA ESTIPULACION QUE LIMITA LA RESPONSABILIDAD DEL CONSTRUCTOR (SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 1992).

Doctrina de la sentencia.—El motivo sexto plantea la cuestión de la validez de las cláusulas contractuales limitadoras de la responsabilidad del constructor exclusivamente a los defectos ocultos de las viviendas El motivo decae porque un enorme cuerpo de doctrina jurisprudencial tiene reiteradamente resuelto que los propietarios de viviendas y sucesivos adquirentes puedan defender sus derechos por la vía de la acción «ex stipulatu», por el cauce del artículo 1.101, pidiendo la reparación del objeto mal hecho para que se ponga en estado de servir al fin para el que se adquirió, que es la causa económico-jurídica del contrato, y pueden también denunciar sus deficiencias, ruina real o funcional, por el cauce del artículo 1.591, que amplía generosamente los estrictos límites de los vicios ocultos contemplados por el artículo 1 484 del Código Civil.

Pretender la validez de la estipulación que limita la cobertura de los derechos de los compradores es hacer posible la renuncia a la acción por dolo (art 1 102), impedir que la negligencia sea exigible en toda clase de obligaciones (1.103) y dejarles absolutamente indefensos, lo que impide incluso la ley de los consumidores.

LA EXISTENCIA DE ARRAS PENITENCIALES HA DE CONSTAR DE MANERA CLARA (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1992)

Doctrina de la sentencia.—El artículo 1.454 no es una norma de derecho necesario, y en consecuencia un pacto de distinto alcance que el determinado en este precepto es perfectamente normal, lícito, conforme al orden público y a la costumbre frecuentemente observada, por virtud de lo cual en último extremo el problema queda confiado a la interpretación del contrato en que medien arras para buscar la intención de los contratantes en orden a determinar lo que se propusieron hacer, para lo que, desde luego, el artículo 1.454 determina una calificación supletoria de esa voluntad; la existencia de las arras y consiguientemente la pretensión resolutoria de una compraventa que pueda deducirse de la mediación de arras o señal tiene que constar de una manera clara y evidente, pues en otro caso lo entregado ha de reputarse como mero anticipo del precio.

DIFERENCIA ENTRE ADJUDICACION EN PAGO Y PARA PAGO DE DEUDAS (SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1992)

Doctrina de la sentencia.—La *datio pro soluto* es significativa de adjudicación en pago de deudas, que si bien carece de específica definición en el derecho sustantivo civil, se trata de un acto por virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor a fin de que éste aplique el bien recibido a la extinción de su crédito con igual función que el precio en el contrato de compraventa; en cambio, la *datio pro solvendo*, reveladora de adjudicación para pago de deudas, que tiene una específica regulación en el artículo 1.175 del Código Civil, se configura como un negocio jurídico por el cual el deudor propietario transmite la posesión de sus bienes y la facultad de proceder a su realización, pero con la obligación de aplicar el importe obtenido en la enajenación al pago de las deudas contraídas, sin extinción del crédito en su totalidad, pues el deudor sigue siéndolo respecto al adjudicatario en la parte del crédito a que no hubiese alcanzado el importe líquido de los bienes cedidos

ES COMPRAVENTA CUANDO EN EL RECIBO DEL DINERO ENTREGADO A CUENTA SE IDENTIFICA EL OBJETO QUE SERA CONTRAPRESTACION (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1992).

Doctrina de la sentencia.—La imaginación fértil dentro del campo jurídico ofrece márgenes atractivos para desviar la atención de la íntima naturaleza del negocio, apoyándose en medios documentales con cuya anfibológica literalidad pretenden disuadir para eventuales circunstancias posteriores de la convicción de que lo concertado no es el contrato que en principio sirvió de oferta para el cliente que se vio rodeado de intensos y multicolores datos que excitaban el ánimo contractual. Y eso es fraude. Y es fraude, porque si en los propios recibos del dinero anticipado se identifica con absoluta nitidez el objeto que ha de servir de contraprestación a lo que se recibe y que ha de ser la garantía de la reserva de ese objeto cuando se construya, a cuyo fin se entregan datos, que además se hacen públicos, relacionando superficie y características, ello viene a configurar un contrato de compraventa conforme a los artículos 1.445 y 1.450 del Código Civil, sin que pueda venir a frustrarse el interés del comprador, so pretexto de que no existe un contrato unívoco formalista al uso cotidiano.

LAS DEMANDAS INFUNDADAS Y LOS RECURSOS PARA RETRASAR EL PROCEDIMIENTO ESTAN INCURSOS EN EL ARTICULO 1 902 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1992)

Doctrina de la sentencia.—Toda persona natural y jurídica debe tener abierta la vía judicial para lograr la defensa de sus derechos, pero ha de ser cuidadosa en su ejercicio para no lesionar los derechos de otras Las demandas infundadas (que no es lo mismo que sostener una interpretación errada de preceptos legales) y las impugnaciones y recursos dentro del procedimiento con el objetivo de retrasarlo, son conductas que caen de lleno en el artículo 1.902 del Código Civil, y autorizan al que sufra daños por actuaciones judiciales para pedir su resarcimiento. Pero hay que investigar con cuidado la

actividad procesal desarrollada para tacharlas de abusivas, maliciosas o negligentes, pues de lo contrario se produciría una indefensión de hecho si todo pleito perdido lo supusiese automáticamente.

A LA ADJUDICACION EN PAGO DE DEUDAS LE SON APLICABLES LAS NORMAS DE LA COMPRAVENTA NO ASI A LAS ADJUDICACIONES PARA PAGO DE DEUDAS (SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 1992).

Doctrina de la sentencia.—En la adjudicación en pago de deudas, el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor a fin de que éste aplique el bien recibido a la extinción del crédito, y bien se califique el negocio jurídico como venta, ya se configure como novación o como acto complejo, su regulación ha de acomodarse analógicamente por las normas de la compraventa, al carecer de reglas específicas. La *datio pro solvendo,* reveladora de la adjudicación para pago de deudas, se configura como un negocio jurídico por virtud del cual el deudor transmite la posesión de los bienes y la facultad de realización, con la obligación de aplicar el importe obtenido al pago de las deudas, sin extinción del crédito en su totalidad, pues el deudor sigue siéndolo en la parte del crédito a que no alcance el importe líquido, no generando en consecuencia el alcance de efectiva compraventa.

NO ES APLICABLE LA NORMATIVA DEL REGIMEN ECONOMICO-MATRIMONIAL A LAS UNIONES LIBRES (SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1992).

Doctrina de la sentencia.—Con referencia al concreto y vidrioso tema de los efectos patrimoniales «inter partes» de la llamada unión libre «more uxorio», han de hacerse las siguientes consideraciones: Sin dejar de reconocer la plena legalidad de toda estable unión de hecho entre un hombre y una mujer, y la susceptibilidad de constituir con ella una familia tan protegible como la creada a través de unión matrimonial, no es menos cierto que dicha unión libre o de hecho no es una situación equivalente al matrimonio, y al no serlo no puede ser aplicada a aquélla (en cuanto a las relaciones personales y patrimoniales entre los convivientes) la normativa reguladora de éste, pues los que en tal forma se unieron, pudiendo haberse casado, lo hicieron precisamente para quedar excluidos de la disciplina matrimonial y no sometidos a la misma. Por ello entendemos que la normativa reguladora del régimen económico-matrimonial no puede considerarse automáticamente aplicable a toda unión libre, por el mero hecho del surgimiento de la misma, ni puede llevar aparejado el surgimiento automático del régimen de comunidad de bienes, sino que habrán de ser los convivientes interesados los que por su pacto expreso o por sus «facta concludentia» evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos.

LA OBJETIVACION DE LA RESPONSABILIDAD NO ES APLICABLE A LAS COMPETICIONES DEPORTIVAS (SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1992).

Hechos.—Durante un partido de pelota a pala, uno de los jugadores recibió un fuerte pelotazo en un ojo, lo que le ocasionó su pérdida. El jugador que golpeó la pelota es absuelto

Doctrina de la sentencia.—No existe doctrina jurisprudencial en el marco del Derecho civil sobre la materia, ni tampoco una específica regulación, no ya normativa, sino reglamentaria, a salvo la Ley del Deporte de 1990, que no toca temas de este tipo, circunstancia esta que da lugar a que estas cuestiones hayan de reconducirse al artículo 1.902 del Código Civil, precepto que aún cuando considerablemente objetivizado por esta Sala, ha conducido a una llamada socialización de responsabilidades, lo que no es, en principio al menos, de aplicación a las competiciones deportivas, dado que el riesgo particular que del ejercicio de una actividad de ese género pueda derivarse, no puede equipararse a la idea del riesgo que como objetivación de la responsabilidad ha dado lugar a la aparición de una especial figura responsalicia

Debe también señalarse que en materia de juegos y deportes, la idea del riesgo que cada uno de ellos pueda implicar —roturas de ligamentos, fracturas óseas, etc — va ínsita en los mismos, y consiguientemente quienes a su ejercicio se dedican lo asumen, siempre, claro es, que las conductas de los participantes no se salgan de los límites normales.

Lo que ha de imperar por tanto en este tipo de actividades son las reglas de prudencia que los jugadores deben seguir, debiendo a su vez tenerse en cuenta que los actos de los deportistas en cada manifestación deportiva, aun cuando dirigidos a lograr las más adecuadas jugadas no siempre producen el resultado perseguido, cual aquí ha acontecido, ya que no puede extraerse la consecuencia de que en un juego como el de pelota a pala quien maneja ésta quiera lesionar a su compañero de competición, de la misma forma que tampoco se le puede exigir que la pelota vaya siempre al lugar deseado.

SIMULACION RELATIVA: LOS CONTRATANTES NO PUEDEN DEMANDAR LA NULIDAD DEL NEGOCIO DISIMULADO (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1992).

Doctrina de la sentencia.—La distinción entre simulación absoluta, que crea una simple apariencia de negocio jurídico, pero sin querer crearlo y sin pretender negocio alguno bajo tal apariencia, de la simulación relativa, que no quiere el negocio aparente, pero sí otro que subyace y se oculta por las razones que fueren («causa simulationis»); como el Derecho no puede temer a la verdad, sino favorecer el que ésta prevalezca, es llano que los intervinientes en el negocio con simulación absoluta están legitimados para pedir la declaración de su inexistencia; en el supuesto de simulación relativa, los contratantes están legitimados para pedir que se declare la inexistencia del negocio aparente (el simulado), pues se pretende que prevalezca la voluntad real y no la declarada, careciendo en cambio de legitimación para demandarse entre sí para pedir la nulidad del negocio disimulado, pues fue realmente querido, e implicaría ir contra sus propios actos.

LA INSTITUCION DE LAS LEGITIMAS PUEDE CONSIDERARSE DE ORDEN PUBLICO, LO QUE IMPEDIRIA LA APLICACION DEL DERECHO EXTRANJERO (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1992).

Doctrina de la sentencia.—No puede en España aplicarse de oficio la ley extranjera cuando no se alega de forma suficiente, ni nadie se acoge a ella, al menos respecto de bienes radicados en España.

La norma aplicada por la sentencia recurrida se refiere a una institución sucesoria como las legítimas, y a una consecuencia de su fijación que bien puede ser considerada de orden público en nuestro derecho, lo que impediría la aplicación del derecho extranjero, como podría suceder si se acuerda una sucesión hereditaria sin ordenar que antes de ser asumida se deduzcan las deudas que pesaban sobre el causante por haberlas contraído él mismo, todo ello como reflejo del principio de territorialidad y de la «lex fori»

EN EL AVAL A PRIMER REQUERIMIENTO, LA OBLIGACION DEL GARANTE NO ES ACCESORIA (SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1992).

Doctrina de la sentencia.—Entre las nuevas modalidades de garantías personales nacidas para satisfacer las necesidades del tráfico mercantil al resultar insuficiente o inadecuada la regulación legal de la fianza, se encuentra el aval a primer requerimiento, también denominado por la doctrina como garantía a primera demanda o a simple demanda, o garantía independiente, contrato atípico, producto de la autonomía de la voluntad, en el cual el fiador viene obligado a realizar el pago al beneficiario cuando éste se lo reclame, ya que la obligación de pago asumida por el garante se constituye como una obligación distinta, autónoma e independiente, de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza; es nota característica de esta forma de garantía personal que la diferencia de la fianza regulada en el Código Civil, su no accesoriedad. El garante no puede oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que deriven de la garantía misma, siendo suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado principal no ha cumplido, si bien en aras del principio de la buena fe contractual se permite al garante probar que el deudor principal ha pagado o cumplido su obligación, produciéndose así una inversión en la carga de la prueba

NO ES EQUIPARABLE EL ERROR EN LA CABIDA DEL INMUEBLE VENDIDO CON EL ERROR EN EL VOLUMEN DE EDIFICABILIDAD (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1992).

Doctrina de la sentencia.—Los artículos 1.469 y 1 470 del Código Civil contienen una específica regulación del error en el contrato de compraventa, cuando este error recae sobre la cabida de la cosa vendida de tal forma que las partes atribuyen una mayor o menor cabida a la finca objeto del contrato, regulación especial que afecta únicamente a aquellos contratos en que el precio se haya fijado por unidad de medida y no en un tanto alzado. El comprador ahora recurrente funda su pretensión en un aumento o disminución del volumen de edificabilidad en relación con el previsto contractualmente, en tanto que los preceptos legales se están refiriendo a un error sobre la cabida, concepto este distinto al del volumen de edificabilidad, y que se identifica con la extensión superficial de la finca, atendida su superficie horizontal planimétrica, por lo que es clara la inaplicabilidad al presente caso de los artículos 1.469 y 1.470 del Código Civil; el hecho de que por la aplicación de las ordenanzas municipales el volumen de edificabilidad de la finca sea distinto al previsto por las partes, podrá tener la eficacia que las partes, en uso de la libertad de pacto, le atribuyan o aquellas otras que se deriven de las reglas generales reguladoras

del error como vicio del contrato o de la causa, pero no las establecidas para los supuestos previstos en los artículos 1.469 y 1.470 del Código Civil

NO HACE FALTA QUE CONSTE EN EL CONTRATO DE DONACION QUE EL DONANTE SE RESERVA LO NECESARIO (SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 1992)

Doctrina de la sentencia.—El artículo 634 del Código Civil que obliga a fin de la validez plena de la donación, a que el donante se reserve lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias, no impone la necesidad de manifestar que la reserva se hizo, de manera que no es indispensable la constancia de la reserva en el contrato de donación, y en este sentido, la inexistencia de la reserva de los bienes, o su insuficiencia, habrá de ser acreditada por quien alega la infracción, según los principios generales sobre la carga de la prueba.

RESPONSABILIDAD DE LOS CENTROS DE LA SEGURIDAD SOCIAL POR DAÑOS CAUSADOS A LOS ASISTIDOS (SENTENCIA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1992)

Hechos.—Durante una operación que presuntamente no ofrecía peligro, falleció el paciente como consecuencia de anomalías en el sistema de anestesia. El Insalud y el Principado de Asturias son condenados a indemnizar.

Doctrina de la sentencia —En unos organismos sanitarios como los actuales, montados en la generalidad de los casos sobre los esquemas de la Seguridad Social, son dichos entes los responsables en supuestos como los contemplados en este recurso, de esos defectos del sistema, de la instrumentación y del funcionamiento en fin, cuando de ello puedan resultar daños o perjuicios para los asistidos en los referidos Centros, dado que además, los mismos son, según la doctrina más generalizada de los autores, así como de esta Sala, personas jurídicas de derecho público (para-estatales o para-comunitarias), en cuanto dependientes o conectadas íntimamente con el Estado o las Comunidades, razón por la cual son también de tener en cuenta, en orden a la atribución de esta responsabilidad, los artículos 41, 43 y 106.2 de la Constitución, así como lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

BASTA QUE LA MOTIVACION DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES SEA CONCISA. EL TESTAMENTO POR SI SOLO NO DA DERECHO A RECLAMAR BIENES CONCRETOS (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1992).

Doctrina de la sentencia.—Si bien es cierto que las resoluciones judiciales deben ser motivadas, también lo es que esta exigencia no comporta que el Juez o Tribunal deba efectuar una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le lleva a resolver en un determinado sentido, ni le impone un concreto alcance o intensidad en el razonamiento, bastando que la motivación cumpla la doble finalidad de exteriorizar, de un lado, el fundamento de la decisión adoptada, y de permitir, por otro, su eventual control jurisprudencial mediante

el efectivo ejercicio de los recursos previstos por el ordenamiento jurídico, entendiéndose que una motivación escueta y concisa no deja por ello de ser tal motivación, así como una fundamentación por remisión no deja tampoco de serlo.

Es doctrina de esta Sala la de que el testamento por sí solo no es suficiente para justificar la adquisición de bienes determinados de la herencia, mientras no se haga la liquidación de la misma y por consecuencia, la partición y adjudicación a cada interesado de su parte correspondiente, toda vez que el patrimonio del causante viene a constituir una especie de comunidad de bienes mientras permanece indiviso, la cual cesa al efectuarse la partición, que confiere a los herederos la propiedad exclusiva de los bienes que se les haya adjudicado. Si bien ni el testamento ni la declaración de herederos *ab intestato* son por sí solos tales títulos suficientes para reivindicar bienes concretos y determinados, porque tales títulos sólo confieren un derecho abstracto sobre el patrimonio relicto que permanece en indivisión, no es menos cierto que una vez practicada la partición, aquel derecho abstracto se transforma en un derecho concreto sobre los bienes que a cada heredero se hayan adjudicado.

SERVIDUMBRE IMPUESTA POR EL DUEÑO DE DOS FINCAS (SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1992).

Doctrina de la sentencia.—El motivo se endereza a resaltar si efectivamente se ha producido o constituido por vía de disposición del precedente común, propietario de ambos predios, una servidumbre de paso Pues bien, el alegato, que está profundamente enraizado en la clásica y natural filosofía del derecho de propiedad, es tan valedero como que a tenor del espíritu informante del Derecho positivo español (arts. 565, 566, 567 y sobre todo 568 del Código Civil), la servidumbre aludida, que en sí misma parte de una presunción de la voluntad del común propietario, solamente es contrastable su existencia, validez y eficacia si en efecto no puede accederse a la caseta desde el mismo predio «dominante», abriendo desde éste una nueva puerta, que exima de ese gravamen al fondo «sirviente», y en caso de no ser viable tal apertura y acceso, entonces sí queda definitivamente establecida la servidumbre.

CLAUSULA «REBUS SIC STANTIBUS»: REQUISITOS (SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1992).

Hechos.—Dos socios eran arrendatarios de un negocio de discoteca. Uno de ellos transmitió su 50 por 100 al otro por seis millones de pesetas, de los que pagó dos, y el resto quedó aplazado. Pocos meses después, y por causas imprevisibles, se extinguió el contrato de arrendamiento. Se reclama el resto del precio aplazado, pero el demandado es absuelto.

Doctrina de la sentencia.—Tanto por la aplicación de la implícita cláusula «rebus sic stantibus», como por la de la teoría de la quiebra o desaparición de la base del negocio o la de la equivalencia de las prestaciones, cabe la posibilidad de que, aunque en casos excepcionales y con gran cautela, por la alteración que ello puede suponer del principio «pacta sunt servanda», y del de seguridad jurídica, pueda el órgano jurisdiccional, atendidas las circunstancias particulares de cada caso concreto, llevar a efecto una modificación (no

la extinción o resolución) del vínculo obligacional, por defecto o alteración de la base negocial y haber sido roto el equilibrio de las prestaciones, siempre que concurran los requisitos siguientes: *a)* alteración completamente extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato con las concurrentes al tiempo de su celebración; *b)* una desproporción inusitada o exhorbitante entre las prestaciones de las partes contratantes, que rompan el equilibrio entre dichas prestaciones; *c)* que todo ello acontezca por la sobreveniencia de circunstancias realmente imprevisibles.

LA ACCION QUE CONCEDE EL ARTICULO 1.560 AL ARRENDATARIO FRENTE A TERCERO NO COMPRENDE LAS INMISIONES QUE NO ENTRAÑAN DESPOSESION (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1992).

Doctrina de la sentencia.—Es de esencia del contrato de arrendamiento de cosas la transmisión por el arrendador del goce o uso de una cosa, constituyéndose el arrendatario en poseedor de la misma y debiendo aquél mantener a éste en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato, si bien tal deber de garantía cesa frente a «la perturbación de mero hecho que un tercero causare en el uso de la finca arrendada» (art. 1 560 del Código), en este caso se legitima al arrendatario frente al tercero para hacer cesar la perturbación .que impide el ejercicio normal de su posesión arrendaticia, de ahí que la acción que dicho artículo 1.560 concede al arrendatario, lo sea frente al tercero ajeno al contrato que desconoce, por la simple vía de los hechos, la posesión arrendaticia, atentando contra el goce pacífico de la posesión que ostenta el arrendatario; no pueden entenderse comprendidas en dicho precepto aquellas otras inmisiones o molestias que no entrañan desposesión de la cosa arrendada, como son las provinientes de ruidos, humos, malos olores, que alega la recurrente, al no producir una privación de la posesión arrendaticia, siquiera sea parcial.

ACTOS PROPIOS: REQUISITOS (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1992).

Doctrina de la sentencia.—La construcción jurisprudencial respecto a los requisitos para que los actos propios vengan a ser vinculantes exige que los mismos, como expresión del consentimiento, han de realizarse con el fin de crear, modificar, obrar o extinguir algún derecho, causando estado y definiendo unilateralmente la situación jurídica del mismo, y para que tengan naturaleza de sujeción han de ser concluyentes y definitivos (Sentencias, entre otras, de 16-2-1988, 6-11-1990 y 14-5-1991). Viene a ser del todo necesario que el acto se presente como solemne, preciso, claro, determinante y perfectamente delimitado, no ambiguo ni inconcreto (Sentencias de 10-10-1988 y 4-6-1992).

EL JUZGADOR HA DE APRECIAR LA VOLUNTAD BILATERAL NEGOCIAL (SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1992).

Hechos.—En este litigio se plantea la cuestión de a quién pertenece la cabeza del toro de lidia «Burlero» (conocido por ser el causante de la muerte del matador de toros «Yiyo»), si a la empresa de la Plaza de Toros o a los industriales compradores de la carne. El Supremo da la razón a estos últimos.

Doctrina de la sentencia.—El juzgador se incardina en la sociedad, en su esfera vive y se enriquece captando la realidad a que se refiere el legislador en los artículos 3 1 y 1.287 del Código Civil, que le han de servir para apreciar, de forma complementaria pero trascendental, la voluntad bilateral negocial, influida y sujeta al cotidiano acontecer en el tráfico en que se desarrolla el concreto consenso de voluntades, en atención al objeto sobre el que recae, factores que debe pulsar en la discriminacion de los hechos, las voluntades y las intenciones (Sentencia de 22 de octubre de 1991), todo lo cual impedía a la Sala de instancia prescindir de aquello que es, según quedó probado, costumbre habitual en el mundo del toro la compraventa de la carne de los toros a lidiar incluye el todo del animal, vísceras, cabeza y despojos, y no se diga que de ser así habían de reivindicar todas las cabezas de los toros lidiados en la feria, porque lo que no consta es que se privase a los compradores del resto de ellas y flaco favor se haría a los empresarios de la plaza si se les obligase a partir de hoy a retirar para sí, y por sus propios medios, las repetidas vísceras, cabezas y despojos, contrariando lo que es costumbre habitual

LA CERTIFICACION DE DESCUBIERTO ES EQUIPARABLE A LA SENTENCIA QUE DA CONSTANCIA DE LA DEUDA (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1992).

Hechos.—El expresidente de un —otrora glorioso— equipo de fútbol anotó preventivamente en el Registro (en la inscripción del Estadio) su crédito contra el Club. Hacienda, por diversos impuestos, también anotó su crédito. El expresidente logra que se reconozca su preferencia.

Doctrina de la sentencia.—La certificación de descubierto es el documento que «strictu sensu» da fehaciencia y realidad al crédito del Estado y a lo que hay que añadir que constata la falta de satisfacción del referido crédito, lo que inicia la vía de apremio, con la inmediata expedición del mandamiento de embargo, lo que en paralelismo con las actuaciones judiciales se equipara a la sentencia que da constancia de la deuda y condena a su pago; las certificaciones de descubierto son posteriores a la sentencia recaída en el juicio ejecutivo del que dimana la tercería de mejor derecho a que se contrae este motivo y sin que sea dable relegar a la fecha de su notificación en el *Boletín Oficial del Estado* la antiguedad de dicha resolución. Pues bien, en estas circunstancias queda claro que el mandamiento administrativo del ejecutor no tiene más alcance que el señalado en el artículo 44 de la Ley Hipotecaria, o lo que es lo mismo, que la preferencia para el cobro del crédito que incorpora el despacho fiscal será el establecido en el artículo 1.923 del Código Civil.

Comoquiera que los créditos de la Hacienda Pública, cuya preferencia es objeto de la litis, no son derivados de la tributación específica a que esté afecto el bien inmueble objeto de las anotaciones de embargo en colisión con la del tercerista, no es menos evidente que la hipoteca legal tácita que el artículo 73 de la Ley General Tributaria establece, no tiene la virtualidad que en el motivo pretende dársele.

La «preferencia simple» entre los créditos enfrentados que, como se ha visto, están ayunos de privilegio o preferencia singular, ha de ser computada a tenor de la antiguedad de los títulos, o sea, la de la sentencia judicial y la de las certificaciones de descubierto.

PARA QUE SE DE EL SUPUESTO DE DOBLE VENTA, LA PRIMERA NO DEBE HABERSE CONSUMADO (SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1992).

Doctrina de la sentencia —La tipificación de la doble venta, contemplada en el artículo 1.473 del Código Civil, requiere para su existencia que cuando se perfeccione la segunda venta, la primera no haya sido consumada todavía, pues de haberlo sido, ya no se da el supuesto del artículo 1.473, sino una venta de cosa ajena, con las consecuencias jurídicas propias de la misma (Sentencias de 30 de junio de 1986 y 11 de abril de 1992, entre otras).

J. Q. S.

C) ARRENDAMIENTOS

C.1) Arrendamientos urbanos

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO.—PARA QUE EXISTA LA CAUSA DE RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO POR OBRAS INCONSENTIDAS SE NECESITA QUE ESTAS SEAN DE FABRICA, EMPOTRADAS AL SUELO Y TECHO Y PRACTICADAS CON MATERIALES DE CONSTRUCCION, SIN QUE SE HAYA MODIFICADO EN ESTE CASO LA ESTRUCTURA DEL LOCAL (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1991).

El Juzgado número 6 de Madrid desestimó la demanda, lo que confirmó la Audiencia.

No prospera la casación. El demandado ha dividido el local en dos espacios, sin que ninguna de las obras afecte a los muros ni a la configuración general del edificio, por no tratarse de obras de fábrica. Para que proceda la causa 7.ª del artículo 114 LAU es necesario que las obras sean de fábrica, empotradas al suelo y techo y practicadas con materiales de construcción, sin que quepa aplicarla cuando se trate de obras móviles, no adheridas a las paredes, suelo y techos, mediante obras de albañilería. Se incluyen entre las obras que no afectan a la configuración, la colocación de mamparas no empotradas, las obras de madera desmontables o los tabiques de madera y cristal no adheridas a la obra y, por tanto, consistiendo la obra en la construcción de tabiques de madera, divisorios del local arrendado, efectuados con tablero de madera, sin obra de albañilería, debe concluirse que no se ha modificado la estructura del local. La mutación del destino dado al local no figura en la LAU como causa de resolución, limitándose a las que aparecen en el artículo 114 LAU, tanto más cuanto que el contrato en cuestión autoriza este cambio de destino y solamente se da la resolución cuando se introduce a un tercero en la relación arrendaticia

RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—LAS OBRAS QUE CONSISTEN EN LA SUPRESION DE TABIQUES Y CLAUSURA DE PUERTA Y

VENTANA AFECTAN A LA CONFIGURACION Y ESTRUCTURA DEL LOCAL. ADEMAS SE REALIZAN, PASADOS DOS AÑOS Y MEDIO DESDE EL CONTRATO, Y NO ESTAN COMPRENDIDAS EN LA AUTORIZACION DEL MISMO (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1991).

El Juzgado número 2 de Granada declaró resuelto el contrato, pero revocó la Audiencia.

Prospera la casación La cláusula 4.ª del contrato de 1 de agosto de 1983 facultó al arrendatario para realizar obras necesarias para la mejor acomodación de su negocio sin que puedan afectar a la estructura del local. Adquirido otro local por el arrendatario, contiguo al arrendado, aquél realizó obras, consistentes en la supresión de tabiques y clausura de una puerta y de una ventana, cuyas obras no se han hecho con el consentimiento de la arrendadora Las obras afectan a la configuración y estructura del local y no han sido notificadas a la propietaria, lo que es suficiente para la resolución, aunque las obras no afectasen a la configuración o estructura Por otra parte, las obras se habían realizado dos años y medio después de la celebración del contrato y la frase «realizadas en todo momento» del contrato no significa una autorización indefinida, ya que esto supondría dejar el contrato al arbitrio del arrendatario, lo que prohíbe el artículo 1.256 del Código Civil y confirma la jurisprudencia al decir que el permiso para realizar obras de adaptación se refiere al tiempo de celebración del contrato, aparte de que las obras no fueron de adaptación sino de ampliación del local con otro no perteneciente al arrendador, con lo que se excedió de las facultades de uso que adquirió mediante el arrendamiento. La interpretación de la cláusula 4.ª que hace la sentencia recurrida cercena los derechos dominicales sobre la finca arrendada.

RETRACTO.—NO CABE APLICARLO A SUPUESTOS NO PREVISTOS EN LA NORMA, COMO ES EL DE DISOLUCION DE SOCIEDAD Y ADJUDICACION DEL PISO A UNO DE LOS SOCIOS (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1991).

El Juzgado número 13 de Madrid y la Audiencia estimaron la demanda.

Triunfa la casación. No realizadas las notificaciones prevenidas en el artículo 47 LAU en la disolución de sociedad y adjudicación del piso a uno de los socios, la arrendataria se enteró de la transmisión con motivo de un litigio sobre revisión de rentas, ejercitando la acción de retracto que estimaron las dos instancias, porque la disolución de sociedad entraña una traslación de dominio mediante precio. El recurso se funda en que, según los artículos 47 y 48 LAU y jurisprudencia que los interpreta, sólo procede el retracto en los casos de venta, cesión solutoria o división de cosa común. Es reiterada la jurisprudencia sobre retractos legales, según la cual la limitación del dominio debe aplicarse a los supuestos estrictamente contemplados por la Ley, citándose como única en sentido contrario la de 27 de noviembre de 1947 que, en el caso de sucesivas ventas de partes indivisas propugna la aplicación extensiva de las normas que protegen a los inquilinos, pero esta doctrina se fundó en que la Sala entendía que se trataba en realidad de un supuesto de venta del piso y no por otra razón, es decir, por creer que se trataba de una simulación para evitar que los propietarios quebranten el derecho de los inquilinos a la prórroga forzosa.

En este caso no hay asomo de simulación ni atisbo de negocios fiduciarios o indirectos con propósito de aparentar realidades distintas de las realmente perseguidas. Por otra parte, el tránsito de titular de acciones de una sociedad a propietario de bienes, consecuencia de la disolución, ni es compraventa ni dación en pago, tanto desde el campo de los derechos civil y mercantil como incluso desde el del derecho fiscal, sin que quepa ampliar el derecho de retracto a supuestos no contemplados en la norma

NULIDAD DE ARRENDAMIENTO—NO ES NULO EL ARRENDAMIENTO, POSTERIOR A LA HIPOTECA, SI NO MEDIA FRAUDE, PORQUE LA REGLA 17ª DEL ARTICULO 131 LH SE REFIERE A LA CANCELACION DE DERECHOS REALES INSCRITOS, PERO NO A LOS DERECHOS PERSONALES.

El Juzgado número 2 de Oviedo desestimó la demanda, pero la Audiencia Territorial revocó la anterior.

Prospera la casación. La demandante en el juicio del artículo 131 LH se adjudicó la finca hipotecada que había sido arrendada después de la hipoteca. La sentencia recurrida entiende extinguido el arrendamiento en virtud de la regla 17.ª del artículo 131, ya que en este procedimiento se había dictado auto de cancelación de la hipoteca y de todas las inscripciones posteriores. Pero la coexistencia del arrendamiento con el dominio es compatible en cuanto el arrendador es poseedor civil, aunque en concepto distinto al de dueño sin menoscabo del derecho dominical No se ha probado la existencia de fraude, dolo o confabulación entre arrendador y arrendatario Partiendo de la compatibilidad del arrendamiento y del derecho dominical no puede declararse la inexistencia de aquél porque: 1) El artículo 131, regla 17.ª LH afecta solamente a las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de hipoteca, pero de ahí no puede derivarse que haya de afectar a derechos personales que no han tenido acceso al Registro de la Propiedad, como es el derecho de arrendamiento litigioso 2) De admitirse esto se daría una causa de resolución no incluida en el artículo 114 LAU. 3) Se daría una causa de excepción a la prórroga forzosa no incluida en el artículo 57 de la misma Ley En cuanto a la cláusula de la hipoteca que determina el vencimiento de la misma para arrendar la finca por renta que, capitalizada al porcentaje legal anual, no cubriese la responsabilidad total asegurada o la gravase con carga real que disminuya el valor de garantía o de subasta, hechas las operaciones matemáticas se observa que la capitalización de la renta cubre la responsabilidad total asegurada en lo que se refiere al gravamen De todo ello resulta la licitud de un arrendamiento que no es perjudicado por la hipoteca, recayente con anterioridad sobre el inmueble arrendado, y no resulta fraude o confabulación en perjuicio del acreedor hipotecario y, después del adjudicatario en la subasta. Ello no se contradice con la Sentencia de 23 de diciembre de 1988 en que fue el arrendamiento simulado y, con la de 17 de noviembre de 1989 en que se concertó el arriendo, fijándose una renta contra las prevenciones del artículo 219 RH y con ausencia de buena fe por parte de arrendador y arrendatario

REVISION DE RENTA —PARA DETERMINAR LA ADMISION DE LA CASACION DEBE ATENDERSE A LA RENTA PACTADA Y NO A LA REVISADA, SEGUN EL ARTICULO 135 LAU (SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1991).

Desestimó la demanda el Juzgado número 2 de Oviedo, pero revocó la Audiencia de la misma capital

No procede la casación Los actores son copropietarios del local por herencia, habiendo concertado su causante un arrendamiento en 1964 en el que se establecía un aumento de renta, conforme al índice del INE para fijar el coste de la vida, sin que quepa reducción en el caso de que bajase este coste. El arrendatario impugnó la revalorización de renta por tratarse de una cláusula que implica el aumento de renta, pero no la disminución. Sin embargo, la Audiencia, en apelación declaró válida dicha cláusula. La casación no debió admitirse porque la renta pactada no excedía de 500.000 pesetas, según el artículo 135 LAU, y no se puede admitir para fijar la cuantía de la casación la renta revisada, cuya determinación es el objeto de la «litis» Las razones de inadmisión son suficientes si resulta acreditada su existencia para que los recursos a que se contraen deban ser desestimados, según reiterada jurisprudencia.

REVISION DE RENTA.—LA CLAUSULA IMPUGNADA NO SUPONE UN AUMENTO PROGRESIVO, SINO UN INCREMENTO DEFINIDO QUE, MANTENIENDOSE DENTRO DE LIMITES COMEDIDOS, SE OFRECE PARA MANTENER LA EQUIVALENCIA DE LAS PRESTACIONES EN UN DETERMINADO MOMENTO (SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 1991)

El Juzgado número 1 de Palma estimó parcialmente la demanda, pero la Audiencia revocó, señalando un aumento de 60 000 pesetas anuales pasados los diez años desde el contrato.

No triunfa la casación. Se alega que la cláusula de revisión sólo se pidió, pasados trece años, olvidando que la citada cláusula sólo era invocable, pasados diez años, existiendo un requerimiento formal en 1986. El inquilino no contestó al requerimiento que, a efectos del aumento de renta, le fue hecho por el arrendador y ha de aceptar, por mandato del artículo 101 LAU, la elevación de renta, claudicando el derecho de revisión y reclamación que, respecto al propio inquilino, establece el apartado 4.° del citado artículo. Es inaplicable el plazo de tres meses que establece la regla 5.ª del indicado artículo, procediendo la prescripción de los quince años, ya que no se está en el supuesto del artículo 98 LAU. La cláusula no supone un aumento progresivo, sino un incremento definido que, mantenido dentro de límites comedidos, se ofrece con la finalidad de mantener una razonable equivalencia de prestaciones en un momento determinado, sin que, a su amparo pueda seguirse una elevación ulterior, como establece la sentencia impugnada, teniendo en cuenta el texto de la cláusula 6.ª del posterior contrato suscrito por las partes para el arriendo de otro local. No es de considerar el argumento de que la facultad de interpretación de los contratos sea privativa del juzgador inicial, ya que esa facultad es atribuible al juzgado de instancia que no tiene por qué ser el de la primera, excluyendo al de alzada, cuya sentencia le fue adversa.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—EL CONCEPTO DE «CONFIGURACION» NO ESTA DEFINIDO LEGALMENTE, PERO PUEDEN ENTENDERSE COMO ALTERACION DE LA MISMA LOS CAMBIOS DE LA COSA QUE SUPONGAN ALTERACION EN SU FORMA SEA HORIZONTAL O VERTICAL. POR OTRA PARTE, NO CONSTA LA AUTORIZACION DEL ARRENDADOR PARA LAS OBRAS (SENTENCIA DE 5 DE ABRIL DE 1991).

El Juzgado de Avila estimó la demanda y la Audiencia de Madrid confirmó

No prospera la casación. La demanda se funda en las obras hechas por el arrendatario —que era el Estado— que alteraron la configuración de los elementos comunes, rebasando y contraviniendo la autorización concedida por la parte arrendadora en la cláusula 4.ª del contrato de 12 de febrero de 1972. Las obras consisten en cambiar las puertas de acceso del local por unas ventanas, abriendo una nueva puerta de entrada desde la vía pública. La cláusula 4.ª, si bien contiene una autorización para las obras de manera permanente, en modo alguno puede considerarse absoluta y plena, pues significaría una cesión de los derechos dominicales del actor, por lo que ha de entenderse que las obras a realizar no debilitarían el inmueble o alterarían sus elementos y ello, sin excepción alguna, sino de forma rotunda y contundente, es decir, que la autorización ha de entenderse condicionada a evitar cualquier deterioro en la seguridad de la finca o variaciones efectuadas en sus elementos comunes. La prohibición de alterar, desfigurar o debilitar sustancialmente el objeto material de su posesión arrendaticia sólo pierde virtualidad cuando cuenta con la autorización del arrendador, constando de manera concluyente e inequívoca, pues las autorizaciones han de entenderse siempre en el sentido de la menor onerosidad de la transmisión por aplicación del principio de que se cede siempre lo menos. Las obras alteran los elementos comunes en cuanto modifican la configuración de sus diversas fachadas, que son elementos comunes de separación o división de la finca, y así lo determina el artículo 396 del Código Civil aunque emplee la palabra «muro». El concepto de «configuración» no está definido legalmente, pero sí pueden entenderse como alteración de la misma los cambios de la cosa arrendada que supongan alteración esencial en su forma, tanto horizontal como vertical, variando su aspecto particular y, por tanto, todo lo que altere el conjunto constructivo u ocasionen un cambio sensible y esencial que rebase el concepto de detalles, reputándose como modificación de la configuración y determinando la resolución del contrato que prevé el artículo 114 LAU. Tampoco puede alegarse una conducta de los arrendadores contraria a la buena fe ni al principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, ya que este principio exige que se produzca una palmaria y notoria oposición entre lo realizado antes y la acción que, con posterioridad se ejercita, de manera que haya una evidente incompatibilidad entre el obrar precedente y la ulterior conducta. Ni la cláusula 4.ª del contrato ni la carta de 16 de abril de 1986, dirigida al Director Provincial de Trabajo de Avila, tienen la consideración de actos propios vinculantes y contradictorios de la acción resolutoria ejercitada, ya que la cláusula tiene la interpretación vista antes, y en la carta no existe autorización para la ejecución de obras, ya que lo que expresa es la posibilidad de que se realicen si la Administración revisa la renta, a lo que ésta hizo caso omiso, ejecutando las obras mencionadas

REVISION DE RENTA.—AUNQUE SOLO SE MENCIONE EL ALZA, NO SE IMPIDE QUE SE EFECTUE UNA BAJA DE LA RENTA, AL REFERIRSE EL CONTRATO A LAS VARIACIONES DEL COSTE DE LA VIDA DETERMINADAS POR ORGANISMOS OFICIALES (SENTENCIA DE 15 DE ABRIL DE 1991)

El Juzgado número 4 de Bilbao estimó la demanda y la Audiencia revocó parcialmente la anterior

No triunfa la casación El contrato tenía una cláusula de estabilización, consistente en la elevación de la renta conforme a los índices del coste de la vida. La Audiencia dijo que la revalorización había de hacerse sobre la renta actualizada y no sobre la inicial pactada. La oposición se basa en que se han tenido en cuenta los índices del conjunto nacional y no los de Bilbao, sin que se aportara ninguna prueba respecto a los referidos índices particulares, lo que se hace, de forma extemporánea en el presente recurso. Aunque sólo se mencione el alza de los precios en la cláusula contractual, no se excluye la posibilidad de revisión a la baja, al hacer referencia a las variaciones debidas a la alteración del coste de la vida, determinadas por organismos oficiales y, aunque éstas no han operado a la baja, ello no impide ni prohíbe la posibilidad de que pueda producirse, todo lo cual es concorde con los artículos 97, 98 y 101 LAU que, conforme a doctrina reiterada, representa una interpretación prudente y adecuada al momento, de las cláusulas de estabilización.

TRASPASO ILEGAL.—SE EFECTUO LA NOTIFICACION DEL TRASPASO REALIZADO CONFORME AL ARTICULO 32, NUMERO 6 LAU, PERO NO LA DEL NUMERO 4 DEL MISMO ARTICULO, RELATIVO A LA NOTIFICACION DEL DESEO DE TRASPASAR (SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 1991).

El Juzgado número 1 de Málaga estimó la demanda, desestimando la Audiencia la apelación.

No se admite la casación. El Juzgado entendió que, aunque se notificó el traspaso ya realizado (art 32.6) no se efectuó el preceptuado por el artículo 32.4, relativo a la decisión de traspasar que es distinto, constituyendo dos notificaciones diversas. No puede admitirse la excepción de «litisconsorcio» pasivo, ya que si no se han cumplido los requisitos del artículo 32 LAU no existe tal traspaso y no es parte sino tercero en la relación arrendaticia, el adquirente. Si los contratos sólo producen efecto entre las partes y sus herederos, cuando se trata de su resolución, sólo es preciso demandar a los que los otorgaron y no a los que no han tenido personal interés en él ni se ha estipulado en su favor diciendo la Sentencia de 7 de febrero de 1963 que no es preciso demandar al cesionario en un traspaso La diferencia entre las diversas notificaciones está en sus diversos efectos, ya que en la primera se da el derecho de tanteo y en la segunda, el derecho de retracto, pero no supone que la omisión de la primera quede sin sanción por cuanto el arrendatario pueda ejercitar el derecho de retracto, procediendo confirmar la resolución al amparo del artículo 114 LAU.

C R. R.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

COLIN, THIERRY: *Le Notaire français et le Notaire suisse face a l'Europe.* Libr G. de Droit et Jurisprudencie, París, 1993.

La tradición sedentaria en ocasiones se interrumpe en las dinastías notariales: El General Prim o Bela Kun son ejemplos. Pero nuestro autor se enorgullece de sus seis antepasados Notarios, uno de ellos todavía en ejercicio, y al iniciar su actuación nos ofrece esta interesantísima tesis, en la línea de la obra de MAGNAN, ya recensionada, en la que figuran apuntes históricos procedentes de MOUREAU o IZENIC, que nos hablan del notariado en la quinta dinastía egipcia y de los carolingios *Judices cartularii* y concluye mediante sobre las consecuencias de la Unión Europea en la institución.

Aunque su campo de estudio se centra en el notariado francés y el de los cantones *romanos* de Suiza, de hecho examina las metamorfosis del notariado de tipo latino cuyas características se están exportando a los países del Este, según informaba la *Gazeta Notarial.* La napoleónica Ley de Ventoso, 16-3-1803, que reorganizó el notariado que había sido alterado, pero no barrido por la Revolución, con la condición de civil y vitalicia, destacó sus elementos vertebrales, competencia jurídica y autentificación, puede considerarse como el manantial en el que han bebido las normativas notariales del indicado tipo, pues las anglosajonas, carentes de la delegación de soberanía que supone el poder de autentificar, se mantienen en otra galaxia, aunque con ambiciones de futuro.

En Francia, y para evitar esclerosamiento o fosilización, el Notariado, sobre todo a partir de 1960, se ha ido metamorfoseando. Disposiciones que pueden constituir adaptaciones a las necesidades actuales y, a la vez, erosiones profundas a rigideces corporativas han ido dictándose: la incorporación de documentos privados a los protocolos, la habilitación de oficiales para el ejercicio de importantes funciones; el Notario asalariado; las sociedades civiles profesionales que autorizan como tales, la competencia nacional, sin perjuicio de la residencia, etc., sin perjuicio de funciones no conocidas en otros Estados, como posibilidad de administrar patrimonios, incluso exclusivamente mobiliarios y, en Suiza, la de abrir cuentas numerales, anónimas, por cuenta de clientes, son algunas de ellas, a las que hay que añadir la proliferación de Consejos jurídicos, algunos de ellos, poderosísimos, estructurados internacionalmente, que reclaman la adscripción de notarios exclusivos.

COLIN, aunque esquemáticamente, procede a un detallado examen del proceso de unificación europea que ha culminado en el Tratado de Mastricht de 1992, monumento de planificación que a última hora recogió, solo ornamentalmente, el principio de la subsidiariedad, preconizado por algunos Pontífices, para determinar en lo posible, las consecuencias del Tratado en la institución notarial Destaca que en el artículo 55 del Tratado de Roma, como delegación del poder público, la facultad autentificadora no se halla incluida

en el mismo En cambio, la función de asesoramiento jurídico, hoy muy debilitada, pues el diluvio legislativo no permite al jurista individual no especializado sino una función de generalista de escasa calidad, es una de las libertades fundamentales reconocidas en dicho Tratado· establecimiento y ejercicio profesional con recíproco reconocimiento de diplomas.

Sobre este último extremo, COLIN examina los casos concretos que se han presentado para el ejercicio de funciones jurídicas en Estados distintos del emitente del diploma, un calvario de dificultades, casi todas ellas resueltas negativamente, aunque sospecha que, en el futuro, se obviarán

La obra es interesantísima. Aparte su examen de los numerosos organismos supranacionales, con su cortejo de *lobbies* en defensa de particulares intereses, del Espacio Económico Europeo y los intentos de dotar de alma política a organismos meramente económicos creando un nuevo orden jurídico, una supranacionalidad de perfiles escasamente definidos, no deja de considerar el principio del consensualismo, estimado en sus tiempos como una meta ideal; las escasas autentificaciones *ad validitatem* impuestas normalmente, ampliadas en Francia con la venta del inmueble a construir, promoción inmobiliaria y algún otro; el notariado como instrumento de la técnica, su posible decadencia de privilegios ante las innúmeras transacciones de considerable cuantía que se efectúan por simples conexiones informáticas; las reducciones que sufre su monopolio para el acceso a los Registros de la Propiedad o Mercantiles, desde ámbitos administrativos y judiciales, principalmente; las rigideces corporativas que hicieron exclamar al Primer Ministro Mauray, *les pharmaciens, les notaires, les huissiers, les syndics, c'est fini!* y otros atractivos extremos, sobre todo para los profesionales.

La conclusión de COLIN no es pesimista, pero sí considera que el notariado, hidra de muchas cabezas, debe proceder a una adaptación a las necesidades de un mundo a las que, en su posición individualista, casi aristocrática, no le es posible mantener la utilidad extraordinaria que venía prestando a la sociedad civil desde hace siglos. La seguridad no es incompatible con la moderna tecnología.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

SHAHLA HAERI: *Law of desire Temporary marryage in Iran,* Tauris and CO. Ltd. London, 1989.

La autora, nieta de un conocido Ayatollah, reside en los Estados Unidos, en cuya Universidad de California se graduó en antropología cultural, ampliando sus estudios en Pembroke y Brown para profesar en la de Harvard. Desde la Revolución en el Irán, y sobre todo desde la guerra, con sus centenares de millares de víctimas, con Irak, el régimen de los Ayatollahs propugnó intensamente el renacimiento de una institución que había sido relegada como próxima a la prostitución durante el reinado occidentalizante de los Pahlevi y todavía merece esta consideración a los sunitas. Con este motivo se trasladó a Irán donde realizó una profunda investigación sobre el tema, cuyos aspectos legales y numerosos ejemplos a través de confesiones personales, casi íntimas, expone en esta interesante obra que se centra en una de las materias menos estudiadas.

El Corán considera antinatural el estado celibatario, reiterándolo la tradición, que constituye también fuente sagrada y legal En ello coinciden tanto las

ramas chiíta —propia del Irán—, como sunita, distanciándose con ello de las gentes del Libro, o sea, la Biblia, cristianos y judíos. Se admiten tres clases de matrimonio: el permanente, que sólo termina con el divorcio o la viudedad, principalmente, el temporal y las relaciones con esclavas, que es redundante llamar matrimonio, ya que pertenecen absolutamente a su señor

El temporal tiene remotos antecedentes preislámicos. No sólo en el período de zoroastrismo, sino aún entre los judíos de Babilonia fue ampliamente practicado. Su nombre es el de *Mut'a* y ya entre los primeros discípulos del Profeta se contaban numerosos hijos de tales matrimonios

La unión matrimonial es un contrato, *aqd*, en el que los sujetos son los contrayentes, o sea, que la mujer no es el simple objeto, y en el que la esposa recibe, o se le promete para el caso de divorcio, un precio compensación a su deber de constante obediencia y venta de su aparato sexual o vagina, como instrumento de recreo y reproducción. Cierto que pueden celebrarse matrimonios por los padres de la esposa en su nombre, cuando ésta no ha alcanzado los nueve años, pero hasta esta edad el marido debe abstenerse de relaciones sexuales. El divorcio sólo se permite declararlo al marido, quien, además de las cuatro esposas que, a título indicativo, señala el Corán, puede contraer coetáneamente varios matrimonios temporales, aparte sus relaciones con esclavas. La virginidad, aunque elemento no absolutamente esencial, es normal en los matrimonios permanentes que se celebran solemnemente ante testigos y se inscriben —o deberían inscribirse— en el Registro creado al efecto. Los contratos matrimoniales pueden contener abundantes cláusulas de índole personal o económica. Se puede incluso estipular que el esposo no contraerá otros matrimonios; su infracción da lugar al divorcio.

Los matrimonios temporales no precisan testigos ni solemnidad, y menos registración, pero sí consentimiento, precio que percibe inmediatamente la esposa y plazo determinado que puede oscilar entre una hora y noventa y nueve años. Puede mantenerse secreto o hacerse ostensible y en él no cabe el divorcio, aunque el esposo puede relevar a la esposa del cumplimiento de sus deberes, con o sin indemnización. Pueden celebrarse matrimonios blancos, con fines de mera convivencia y, a diferencia de los permanentes, en los que el marido debe pernoctar al menos cada cuatro días con su esposa, aún sin tener relaciones íntimas con ella, lo que sólo es obligatorio una vez cada cuatro meses, en tales matrimonios temporales no hay obligación alguna de tal índole por parte del esposo. Por ello, así como en los permanentes se habla de una venta, muchos ulemas estiman que el matrimonio temporal es un mero arrendamiento.

Los temporales acostumbran a concertarse con motivo de viajes o peregrinaciones, tanto a instancia de hombres como de mujeres. En los numerosos centros de peregrinación acostumbra a haber en las mezquitas determinados puntos donde se concentran las candidatas a esposas, que se advierten igualmente fuera de ellas por determinados juegos de los velos que cubren el rostro, además, en ellos acostumbra a haber intermediarios destinados a estos menesteres.

La descendencia debe considerarse como legítima, con los mismos derechos que la de los matrimonios permanentes, siendo de advertir que la participación hereditaria de las hijas es la mitad de la correspondiente a los hijos La esposa temporal, a diferencia de la permanente, no tiene derecho sucesorio alguno. Pero los matrimonios temporales excluyen, normalmente, la procreación. La anticoncepción, legalmente admitida en toda clase de matrimonios, es

únicamente el *coitus interruptus*, a instancia exclusiva del esposo. Además del divorcio, los matrimonios de toda clase pueden extinguirse por consentimiento de las partes o por causa de nulidad.

La autora detalla numerosos ejemplos de matrimonios temporales, versiones adquiridas oralmente, que dan extraordinaria amenidad a la obra. Pueden contraerse tales matrimonios incluso con no musulmanes, citando el celebrado en Estados Unidos en 1986 entre una altamente educada iraní y un profesor universitario. Pero siempre hay que tener presente las diferencias profundas de criterio sobre estos matrimonios entre los ulemas chiítas y los sunitas y la amplia propaganda que del mismo hicieron los Ayatollahs iraníes ante la enorme cantidad de viudas de guerra que, al carecer de virginidad, les resultaba casi imposible contraer matrimonio permanente.

Es un tema curioso que hace recordar el gran número de uniones permanentes en el mundo occidental; las capitulaciones antimatrimoniales que algunas parejas de Estados Unidos otorgan y autentifican ante notario, haciendo constar que no deberán considerarse jamás unidos por vínculo matrimonial a pesar de la presunción que, después de determinado plazo de estabilidad, se establece en la legislación de algunos Estados americanos; y hasta aquel tratadista francés que, acaso remedando al Arcipreste de Hita, eludiendo esquemas clásicos, dividió las dos partes de su obra en *La Femme* y *L'Argent*.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

FERNÁNDEZ-ARMESTO, JUAN y DE CARLOS BERTRÁN, LUIS: *El Derecho del Mercado Financiero*, Editorial Civitas, 599 págs.

Los autores de este libro reúnen la doble condición de estudiosos del Derecho (ambos son profesores de la Universidad Pontificia de Comillas), y de abogados en ejercicio, lo que les permite abordar un tema como el que se desarrolla en esta obra, con una doble visión práctica y teórica. La finalidad del libro resulta claramente de las primeras frases de su introducción, donde los propios autores expresan que «la causa que los animó a redactar el libro fue la ausencia de un manual que tratara ese área del ordenamiento que ellos denominan "Derecho del Mercado Financiero", y que en una concepción más tradicional incluiría las vertientes, tanto pública como privada, del Derecho Bancario y Bursátil».

No hace falta ser un especialista para conocer las profundas transformaciones que ha sufrido toda la materia relacionda con el Derecho Bancario y Bursátil. La Ley del Mercado de Valores ha supuesto una auténtica revolución jurídica en esta materia, y ha sido desarrollada por numerosas disposiciones, tanto con rango de Ley, como de Decreto, o incluso Ordenes y Circulares. Hasta tal punto que incluso para el especialista muchas veces resulta muy difícil conocer la norma aplicable en cada caso, o si la misma está o no vigente Además se trata de una normativa eminentemente coyuntural, y en gran parte dependiente de la evolución económica del país, lo que determina una auténtica avalancha de disposiciones, muchas veces contradictorias entre sí, lo que dificulta su conocimiento.

De ahí que sea de agradecer la aparición de una obra como ésta. Estamos en presencia de un auténtico Tratado del Derecho del Mercado Financiero, pues a lo largo de la obra se abordan todos los elementos que configuran dicho

Mercado. Como todo Tratado, a pesar de la extensión del mismo, no puede abarcar con profundidad todos y cada uno de los temas que aborda. Algunos capítulos de la obra se estructuran, y eso ya es encomiable por su dificultad, como una exposición sistemática y detallada de la normativa aplicable. No debe pensarse por ello, sin embargo, que los autores se limitan a resumir y sistematizar las normas, sino que, por el contrario, abordan con gran profundidad temas conflictivos, exponiendo sus interpretaciones de las normas legales, avaladas muchas de ellas por las soluciones que en la práctica se vienen aplicando, tanto por los organismos privados como por los organismos públicos, singularmente la Comisión del Mercado de Valores.

La obra se estructura en once capítulos, que por su extensión es imposible comentar con detalle. El capítulo 1.° aborda lo que genéricamente se denomina *El Derecho del Mercado Financiero*, estudiando el Mercado Financiero y su reforma (distinguiendo el Mercado de Crédito y el Mercado de Valores, la reforma del Mercado de Crédito y la reforma del Mercado de Valores), el Derecho del Mercado Financiero y las fuentes del Derecho del Mercado Financiero. Personalmente, dentro de este capítulo resaltaría el estudio que se hace de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, analizando el artículo 149 de la Constitución Española, de no fácil interpretación, y que ha dado lugar ya a diversas Sentencias del Tribunal Constitucional: Se examina el problema fundamental que se plantea, como es si dentro del concepto «crédito» puede entenderse incluido el Mercado de Valores, pues en la larga enumeración de competencias que el citado precepto reserva al Estado central no se incluye referencia alguna al Mercado de Valores. Los autores se muestran partidarios de incluir en el término «crédito» el Mercado de Valores. Igualmente destaca el estudio de las fuentes del Mercado Financiero, y en concreto el valor jurídico de las Circulares del Banco de España, objeto de fuerte polémica, hoy superada por lo dispuesto en la Disposición Adicional VIII de la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito.

El capítulo 2.° aborda *El Derecho Comunitario del Mercado Financiero* Como los propios autores ponen de relieve es imprescindible estudiar previamente el Derecho Comunitario del Mercado Financiero, pues sin ello no podría entenderse adecuadamente el derecho interno A lo largo del capítulo se estudian los principios generales, la liberalización de los movimientos de capitales, la unión monetaria, las Directivas Comunitarias relativas al Mercado de Crédito, como al Mercado de Valores, y la interconexión de las Bolsas Comunitarias y la Bolsa Europea. Los autores analizan con gran brillantez todos los textos comunitarios hoy en día vigentes (y alguno aún en fase de elaboración), así como las necesidades de adaptación del Derecho español en determinadas materias. El perfecto conocimiento de varios idiomas por parte de los autores les permite analizar y profundizar en el estudio de estos textos comunitarios En la última parte de este capítulo se muestran partidiarios de la interconexión de las Bolsas de la CEE, como medio para facilitar su desarrollo y permitir la creación de una futura Bolsa Europea, reconociendo, sin embargo, que los proyectos hasta ahora existentes han fracasado a pesar de la lógica interna de los mismos.

El capítulo 3.° estudia *El Mercado de Crédito. Sujetos.* A lo largo de dicho capítulo se analizan el Banco de España, los Fondos en Garantía de Depósitos y las Entidades de Crédito Destaca por el riguroso y extenso análisis el estudio de las Entidades de Crédito, con explicaciones muy claras de términos no

fáciles de entender (así, por ejemplo, los coeficientes en general, el coeficiente de solvencia, el coeficiente de caja o el coeficiente de inversión). La claridad de este capítulo hace perfectamente comprensible términos difíciles incluso para especialistas en esta materia

Especialmente brillante resulta a mi juicio el estudio que realizan del régimen especial de las Cajas de Ahorro, y singularmente la regulación legal y las competencias, con un detallado análisis de la Ley de Organos Rectores de las Cajas de Ahorros de 2 de agosto de 1985, y especialmente de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de marzo de 1988 que abordó la constitucionalidad de determinados preceptos. Es conocida esta Sentencia, que resuelve diversos recursos, y que causó una viva polémica. Los autores se muestran críticos con más de una conclusión de esta Sentencia.

El capítulo 4.º estudia *El Mercado de Crédito: Normas de conducta, régimen disciplinario y crisis de los sujetos,* resaltando el análisis de la protección del consumidor bancario y, especialmente, la aplicabilidad de la Ley de los Consumidores y Usuarios a la actividad del crédito, pues los autores entienden que al incluir dicha Ley en su ámbito, no sólo la adquisición de bienes, sino también la prestación de servicios, es evidente que la actividad realizada por las entidades de crédito puede quedar sujeta a sus disposiciones (de sobra es conocida en la práctica la polémica que se ha creado en diversos enfrentamientos de Asociaciones de Consumidores con Entidades de Crédito). Los autores analizan diversas aplicaciones de la citada Ley a actividades bancarias, desarrollando las más frecuentes en la práctica Igualmente destaca (no debe olvidarse recientes escándalos financieros) el estudio de la responsabilidad de los Directivos y Administradores, y en concreto del artículo 15 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, rechazando los autores la posibilidad de atribuir a los Administradores de las Entidades de Crédito una responsabilidad objetiva que chocaría, a su juicio, con el citado precepto Dentro del régimen disciplinario también debe destacarse el análisis de las competencias de las Comunidades Autónomas en esta materia, resaltando los problemas que se plantean en el supuesto de que una Caja o Cooperativa domiciliada en una Comunidad realice la infracción en otra Comunidad. La conclusión a que llegan los autores no puede ser más deprimente: «El sistema es caótico y es la negación misma de la seguridad jurídica» (pág. 225). Finalmente, en el propio capítulo se critica la normativa reguladora de la crisis de las entidades de crédito, por haber surgido sin planificación y a golpe de las necesidades que planteaba la crisis concreta de cada momento, lo que determina que en la actualidad convivan cuatro vías específicas para resolver la crisis de una Entidad de Crédito.

El capítulo 5.º aborda *El Mercado de Crédito: Objeto.* A lo largo de él se analiza el dinero (su concepto y características), las clases de dinero y las obligaciones de dinero, tanto en pesetas como en divisas Resalta el estudio de las obligaciones en divisas, examinando tanto la disciplina del control de cambios como el régimen jurídico de las obligaciones en divisas.

El capítulo 6.º analiza *El Mercado del Crédito: Actividad.* Constituye el capítulo más amplio del libro, con una gran densidad. Tras estudiar el concepto del crédito, su clasificación y características comunes, se aborda el examen del contrato de cuenta corriente. Se analizan las cuentas corrientes bancarias (tanto de depósito como de crédito), con un estudio pormenorizado de la apertura, las obligaciones del cliente y del banco, los derechos del banco sobre el saldo de la cuenta corriente, las formas de disponer de dicha cuenta corrien-

te (resaltaría en este punto el análisis que se hace de las tarjetas de crédito, su naturaleza jurídica, relación jurídica emisor-titular, y relación jurídica titular-empresa asociada), así como las clases especiales de cuentas corrientes. Se abordan a continuación las operaciones pasivas (depósito de dinero y cesión de créditos) y las operaciones activas. Entre éstas resalta el estudio del arrendamiento financiero, con un examen pormenorizado de la polémica acerca de su naturaleza jurídica (entendiendo los autores que es un verdadero contrato de arrendamiento con opción de compra, que debe separarse de la compraventa de bienes a plazos), llegando a la conclusión (pág. 310) de que la mayoría de las operaciones que se formalizan no reúnen los requisitos exigibles para ser consideradas como auténticos arrendamientos financieros, con opción, debiendo reconducirse a ventas con reserva de dominio. A juicio de los autores, la mayoría de los contratos de arrendamiento financiero constituyen *fiduciae cum creditore,* venta sin garantía, debiendo aplicarse las soluciones que nuestro derecho ha adoptado para estos supuestos Se examina, igualmente, la regulación jurídica de esta figura, tanto sus elementos personales y formales como las obligaciones de la entidad de crédito y del usuario y, finalmente, su extinción. Termina el capítulo con el análisis de una figura muchas veces no comprendida, como es la asunción abstracta de obligaciones (a través del crédito documentario y la garantía bancaria).

El capítulo 7.° se refiere al *Mercado de Valores. Sujetos,* y constituye un brillante análisis de los sujetos que intervienen en el Mercado de Valores. Se inicia con el estudio de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la legislación que regula, tanto su naturaleza jurídica como sus funciones, y por tanto no sólo el estudio de la Ley del Mercado de Valores sino diversos Decretos y Circulares que la han desarrollado. Se entra a continuación en el examen de los Organismos Rectores de los Mercados Secundarios Oficiales, como son las Sociedades Rectoras de las Bolsas de Valores, la Sociedad de Bolsas y las Sociedades Rectoras de los Mercados de Opciones y Futuros. Una gran importancia reviste el análisis del Servicio de Compensación y Liquidación de Valores, cuya constitución preveía la Ley del Mercado de Valores, y que ha sido regulado por el Real Decreto 116/1992, de 14 de febrero. Al analizar las denominadas Entidades de Valores, se estudia pormenorizadamente la legislación aplicable a las Sociedades y Agencias de Valores, con un esquema muy claro de toda la normativa (tanto el objeto, requisitos de constitución, modificaciones estatutarias, incluidos aumentos y reducciones de capital, sucursales y representantes, etc) Tras su examen se hace referencia a las otras Entidades autorizadas para actuar en los Mercados de Valores (Entidades Oficiales de Crédito, Bancos y Cajas de Ahorros), con un especial estudio de las Entidades extranjeras. Se examinan las Instituciones de Inversión Colectivas, con un análisis igualmente brillante de la legislación aplicable a todas ellas (no fácil de determinar en muchos casos), estudiando tanto las Sociedades de Inversión Mobiliaria de capital fijo o variable, como los Fondos de Inversión Mobiliaria, Fondos de Inversión en activo del Mercado Monetario, Fondtesoros y Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria (en relación a estas últimas con análisis del reciente Decreto de 7 de julio de 1992) Termina el capítulo con el estudio de las Sociedades Gestoras y Depositarios de Instituciones de Inversión Colectiva, las Sociedades Gestoras de Cartera y los recientemente creados Fondos de Titulación Hipotecaria.

El capítulo 8 ° aborda el estudio del *Mercado de Valores: Normas de conducta, régimen disciplinario y crisis de las Entidades de Valores.* El propio título

determina lo que va a ser objeto de estudio. Merece resaltarse el análisis de la prohibición de utilizar información privilegiada, examinando tanto de la Ley del Mercado de Valores como de la Ley 9/1991, de 22 de marzo, e incluso la modificación del Código Penal por Ley Orgánica de la citada Ley Al estudiar el régimen disciplinario del Mercado de Valores se vuelve a hacer referencia a los problemas derivados de las competencias de las Comunidades Autónomas, llegando los autores a la conclusión (pág. 415), de que «con el fin de clarificar esta materia, sería muy conveniente que la Comisión Nacional del Mercado de Valores y las Comunidades Autónomas (que tengan atribuida por sus Estatutos la correspondiente competencia), celebren los convenios previstos en el artículo 84 de la citada Ley del Mercado de Valores, al objeto de coordinar sus respectivas actuaciones». Finalmente, se hace una breve referencia al régimen disciplinario que deriva de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva

Los capítulos 9.°, 10 y 11 hacen referencia al *Mercado de Valores*, abordando el capítulo 9.° el *estudio del objeto del Mercado de Valores;* el capítulo 10, *los Mercados Secundarios*, y el capítulo 11, la *actividad del Mercado de Valores*. Al estudiar el objeto del Mercado de Valores se analizan los títulos valores en general, los valores negociables, la forma de representación, con un especial examen del régimen jurídico de los valores representados mediante anotaciones en cuenta, la Ley de Circulación de los valores negociables, así como los requisitos administrativos para su emisión. Igualmente se analiza la emisión de deuda pública y la emisión de valores por las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales. Se estudia la emisión de acciones (tanto el régimen derivado de la Ley de Sociedades Anónimas como de la Ley del Mercado de Valores para las Sociedades a que sea aplicable), y la emisión de obligaciones. En este último punto y en relación al controvertido tema sobre la legalidad o no en nuestro derecho de ecuaciones de conversión variable en la emisión de obligaciones convertibles, son partidarios de una interpretación de las normas que conduzca a la admisibilidad de esta figura, por lo demás práctica generalizada en las sociedades al emitir obligaciones convertibles. Al analizar esta cuestión (pag. 468), se muestran los autores partidarios de que en las obligaciones convertibles a cambio variable no deba reconocerse a los obligacionistas convertibles el derecho de suscripción preferente previsto en los artículos 158 y 239 LSA. Debe resaltarse, igualmente, dentro de este capítulo, el interesante estudio sobre la emisión de pagarés de empresa, entendiendo los autores (pág. 474) que la calificación de los pagarés de empresa como valores negociables determina la aplicabilidad de la Ley del Mercado de Valores, y del régimen jurídico previsto en la misma para estos valores. Estiman igualmente aplicable la Ley Cambiaria y del Cheque, si los pagarés son nominativos o a la orden y se ajustan a las previsiones de la citada Ley y, finalmente, y en relación a la controvertida cuestión de la aplicabilidad o no de la Ley de Sociedades Anónimas, estiman erróneo el intento de aplicar el régimen previsto en dicha Ley para la emisión de obligaciones a la emisión de pagarés de empresa (si bien, como los propios autores ponen de relieve, la no aplicación de dicho régimen se encuentra matizada en la práctica, dado que la Comisión Nacional del Mercado de Valores viene exigiendo que el acuerdo de emisión de los pagarés se adopte por la Junta General o por los Administradores con delegación de ésta, y que el importe total del programa no exceda de los límites establecidos en la LSA para la emisión de obligaciones). Igualmente interesante resulta el análisis de la emisión de «Warrants», pues dicha emisión carece de regulación jurídica adecuada, a pesar de que el Real Decreto 1197/

1991, de 26 de julio, y el Real Decreto 219/1992, de 27 de marzo, se refieren expresamente a ellos. Tras un breve análisis de la emisión de títulos hipotecarios, se examina la emisión de cuotas participativas de las Cajas de Ahorros. El capítulo 9.° termina con el análisis de la emisión por residentes de valores en el extranjero, y la emisión por no residentes de valores en España.

El capítulo 10, al estudiar los Mercados Secundarios, analiza tanto las Bolsas de Valores como el Mercado de Deuda Pública en anotaciones, los Mercados de Opciones y Futuros Financieros, el Mercado AIAF de renta fija y el Mercado Hipotecario

El capítulo 11, último del libro, aborda *la actividad del Mercado de Valores* La primera parte del capítulo estudia la compraventa en los Mercados de Valores, con análisis de la contratación bursátil, la liquidación de las operaciones bursátiles, la contratación y liquidación en el Mercado de Deuda Pública en anotaciones, en los Mercados de Opciones y Futuros y en el Mercado AIAF La segunda parte aborda las ofertas públicas de adquisición de valores, y constituye, sin duda, una de las partes más brillantes del libro. A pesar de ser un capítulo más, dentro del Tratado general que supone la obra, se hace un análisis detallado del Real Decreto 1289/1991, de 2 de agosto. Se abordan múltiples cuestiones, ofreciendo soluciones prácticas y opiniones de los autores. No es posible ahora detallar todas las cuestiones abordadas. Baste como ejemplo una de ellas, como es el tratamiento que debe darse a las acciones en autocartera, pues el Decreto no contiene normas específicas y en la práctica no se están deduciendo del capital social a efecto del cómputo de participaciones significativas (está aún reciente algún supuesto que ha saltado a la prensa sobre esta materia). Los autores, sin embargo (pág. 560), estiman que de acuerdo con el artículo 79 LSA, las acciones en autocartera carecen temporalmente del derecho de voto, por lo que deberían recibir el mismo tratamiento que las acciones sin voto, es decir, deberían deducirse de la cifra de capital para el cálculo de participaciones significativas. Baste este ejemplo como botón de muestra de la profundidad y sentido práctico con que se aborda el estudio del Decreto sobre OPAS. Igualmente se analiza (lógicamente más brevemente) las ofertas públicas de venta de valores, el préstamo y la prenda de valores, el depósito de valores, el aseguramiento y colocación de emisiones y ofertas públicas de venta de valores, la gestión de carteras, las inversiones extranjeras en los mercados de valores españoles y, finalmente, las inversiones españolas en mercados de valores extranjeros.

El simple enunciado de los temas que aborda la obra revelan su enorme interés. Estamos ante un auténtico Tratado del Derecho del Mercado Financiero. Si bien, como antes se expone, al ser tantos los temas abordados, necesariamente en muchos de ellos la obra ha de limitarse a una exposición de la legislación aplicable, en otros de ellos, los más conflictivos en la práctica, los autores expresan múltiples opiniones y ofrecen soluciones prácticas. Es una obra, no sólo de obligada lectura para aquél que pretenda iniciarse en el estudio del Mercado Financiero, sino que también en la práctica resuelve múltiples problemas a aquellos que de una forma u otra nos vemos obligados a interpretar y aplicar esta compleja normativa. Incluso en múltiples ocasiones sirve para localizar la norma aplicable en un determinado supuesto, lo que no resulta fácil, dada la enorme frecuencia con que varían. Precisamente esta permanente variación de las normas puede ser un peligro para esta obra, pues corre el riesgo de quedar desactualizada rápidamente en algunos de sus capítulos. Conociendo a los autores estoy seguro que, sin embargo, asistiremos en

un futuro próximo a sucesivas ediciones que vayan actualizando permanentemente su contenido. Quede aquí patente mi felicitación a los autores por la enorme dedicación y trabajo que han realizado para ofrecer al mundo jurídico una obra tan significativa.

MANUEL CASERO MEJÍAS
Registrador de la Propiedad y Mercantil

BAYLOS CORROZA (H.): *Tratado de Derecho Industrial (Propiedad industrial, intelectual, Derecho de la competencia económica y disciplina de la competencia desleal)*, Civitas, Madrid, 1993.

En la sorprendente aventura vivida cuando se me nombró Registrador General de la Propiedad Intelectual, conozco un día al autor de este libro, de este Tratado, mejor dicho. Con la suavidad, elegancia y prudencia que le caracterizan, me plantea uno de los temas que luego ha sido novedad en la nueva Ley de Propiedad Intelectual: la admisión o no a registración de los «programas de ordenadores». A lo largo de la vida en el ejercicio de la profesión o en conferencias o clases de formación registral, yo he pasado diversos apuros, pero la pregunta de BAYLOS me dejó como la mujer de Lot: hecho una estatua. Para mí, un programa era y es algo que mi mente no domina, y es que en materia de *impulsos* hay muchos que no comprendo. Con la debida cautela y anticipándonos a la nueva Ley, se le dio respuesta positiva y se procuraron guardar las precauciones necesarias para evitar el «acceso» a la parte técnica del programa. Luego me entraron muchas dudas de si eso más que «propiedad intelectual» es «propiedad industrial» y muchas otras cosas más.

Coincidí muchas veces más con BAYLOS, en la Comisión redactora de la Ley, en conferencias, ponencias, etc., y siempre se daba uno cuenta de lo mucho que sabía sobre la materia. Este Tratado —en segunda edición— demuestra el caudal de conocimientos que el autor lleva consigo y que le convierten en «autoridad» sobre la materia. La obra, puesta al día, es el gran producto de una constante reflexión del autor sobre esencias y naturalezas, así como de conexiones y relaciones La idea, que a mi juicio prevalece como guión de la obra, es considerar las exclusivas de la propiedad intelectual y de la propiedad industrial como posiciones económicas privilegiadas y como derechos subjetivos privados, pero al generar verdaderos monopolios es preciso conexionarlos con la teoría de la competencia y sus limitaciones y, sobre todo, con la competencia desleal.

La obra, con una sistemática muy subjetiva, contiene una amplia bibliografía (y no digo *completa*, pues mis aportaciones quedan silenciadas), un Apéndice legislativo de gran utilidad, con las principales normas sobre la materia y un índice de conceptos que ayuda singularmente a buscar en esta obra de consulta lo que se necesita. Voy a respetar los grandes puntos que se estudian y las cuatro partes que el autor dedica al comentario de la legislación vigente en estos momentos.

A. TEMAS GENERALES Y FUNDAMENTALES

Los grandes temas de los que arranca su autor son los de la protección de ideas y concepciones en el arte, la técnica y el comercio, su delimitación

objetiva, la creación y diferente problemática del derecho de los creadores y la importancia de los intereses espirituales y económicos.

Otro de los temas fundamentales es el del criterio metodológico que ha de seguirse para el desarrollo y exposición de la materia. El autor, después de exponer las tres posibles salidas, entiende que es preciso rechazar la clásica que diversifica las propiedades en intelectual e industrial, margina la unitaria de los derechos sobre bienes inmateriales y se acoge a la incorporación del estudio de dichos derechos a la disciplina del Derecho a la competencia económica.

Por último, el último de los temas fundamentales es el estudio de los precedentes históricos de la protección jurídica, y ahí se desarrollan los correspondientes al autor, al inventor y al uso exclusivo de signos comerciales.

B. PARTE PRIMERA

Bajo el título genérico de «Los derechos intelectuales como posiciones económicas privilegiadas» va desarrollando el derecho de propiedad intelectual como derecho de exclusiva, la patente como monopolio y la exclusiva del signo mercantil, y termina relacionando todo ello con el concepto de competencia económica.

Como esta parte tiene diversos capítulos en los sucesivos va esbozando temas como la competencia económica (como fenómeno económico y situación de mercado), los modelos económicos y el monopolio y, sobre todo, la competencia monopolística. Igualmente se acota el campo de la competencia examinando sus limitaciones, se exponen los medios de represión de las prácticas restrictivas de la competencia y, por último, se van comentando la nueva Ley española de defensa de la competencia, la disciplina de la competencia desleal y su nueva regulación para llegar a la Ley de publicidad y su incidencia sobre estos temas.

C. PARTE SEGUNDA

Exclusivamente se concreta el autor a la naturaleza de la propiedad intelectual y en su recorrido doctrinal agota materia, pues ofrece las doctrinas dualista (derecho moral y patrimonial), derecho absoluto sobre un «quid externus» (derecho de propiedad o sobre bienes inmateriales), derecho a ejercer en exclusiva una actividad económica y las teorías monistas de la personalidad, derecho del trabajo y otras diversas. Cierra esta parte una postura sobre el concepto y tipología general de las creaciones espirituales. Para el autor no cabe hablar más que de «complejidad» esencial en un núcleo de facultades de índole personal y patrimonial, pero ello no puede escindir el derecho en otros dos. De otra parte se trata de un «derecho privado», rechazando el carácter mixto o híbrido por la intervención administrativa.

D. PARTE TERCERA

Está destinada al examen de la normativa vigente sin perjuicio de enmarcar la legislación bajo la consideración de «propiedades especiales», los antecedentes de la Ley y los principios fundamentales de la misma entre los que se

encuentra el de la «territorialidad» que puede quebrarse reglamentariamente si no se toman medidas. Luego sigue la estructura de la Ley puntualizando los derechos de autor, los límites del mismo, la transmisión, los derechos conexos o afines y la protección.

Quiero detenerme en este último inciso, ya que ni BAYLOS ni ESPÍN CANOVAS dieron su brazo a torcer en el enjuiciamiento del valor de la inscripción en la legislación anterior. La inscripción no era constitutiva. El derecho nacía, lo que pasa es que se penalizaba si no se inscribía. Es la técnica de muchos Derechos registrales, pero lo que se olvida es que la medida —buena o mala, eso no lo discuto— ha permitido tener en el archivo del Registro General de la Propiedad Intelectual el depósito más importante de OBRAS FIRMADAS por sus autores, y ese tesoro, que si cualquier político lo descubre, acaba con él por considerar que, como dice BAYLOS, fue uno de «los mayores defectos y desaciertos» de la Ley Una legislación que «lega» un tesoro de este calibre no puede calificarse de defectuosa ni de desacertada: fue progresiva.

E. PARTE CUARTA

Está dedicada única y exclusivamente a la nueva legislación de propiedad industrial comprensiva de las patentes industriales, la invención, la internacionalización de patentes, marcas, modelos de utilidad, etc , así como su protección.

La obra merecería más comentarios, pero en los limitados espacios en los que se mueven estas recensiones «noticia» creo que lo que brindo puede tener el aliciente del lector que intente profundizar, bien para documentarse, o bien para ofrecer un criterio distinto. Felicito al autor y, aunque mi campo se centró en el Registro Inmobiliario, aún de vez en cuando surge un problema de propiedad intelectual y para contestar hay que consultar libros como el que ofrezco.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

SARMIENTO RAMOS, JUAN *En torno a la naturaleza jurídica del embargo,* Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1993. Un tomo de 259 páginas

El título de este libro nos llama a un tema de palpitante actualidad: «La naturaleza jurídica del embargo». Desde el Derecho Positivo, las últimas reformas de la LEC y del RH afectan, de manera importante, al desenvolvimiento del embargo. En nuestro Derecho Científico, la asentada doctrina mayoritaria acerca de la prelación de créditos anotados recibe nuevas aportaciones que, enlazando con la pionera discrepancia de RAMOS FOLQUES, ofrecen perspectivas diferentes a la eficacia del embargo anotado. Así, ALVAREZ CAPEROCHIPI, FRANCO ARIAS o GARCÍA GARCÍA; y este último pone de manifiesto hasta qué punto está en boga la materia, cuando se refiere a ella, por lo menos en siete ocasiones, en el primer tomo de los dos aparecidos de su «Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario».

En este marco, la obra de Juan SARMIENTO RAMOS constituye una aportación inestimable por dos razones que se evidencian ya desde las primeras páginas

En primer lugar, por cuanto contiene la valiente —y valiosa— opinión del autor, heterodoxa en ocasiones respecto de la doctrina, la práctica, la jurisprudencia y el propio legislador (así, cuando combate la posibilidad del reembargo, sin negar su consolidación normativa en el artículo 252 LPL). En segundo lugar, se nos enciende un importante foco de luz en este escenario de claroscuros, protagonizado por el embargo y regulado por tres disciplinas jurídicas. el Derecho Procesal, el Derecho Registral y el Derecho Civil (e incluso algunas más, atendiendo al ámbito de aplicación del embargo anotado, como pueden ser el Derecho Administrativo, el Derecho Fiscal o el Derecho Laboral). La anotación preventiva del embargo, «fórmula para incorporar el *proceso* al *Registro*», en frase de RAMOS MÉNDEZ, se analiza desde un fundado conocimiento de ambos: proceso y registro.

Si se nos permitiese usar términos jurídicos en un sentido poco técnico, pero ilustrativo, podría decirse que este libro constituye una «interpretación auténtica» de la «interpretación práctica o usual», dado el relevante cargo de SARMIENTO RAMOS como Letrado de la DGRN. De ahí que la lectura de la obra nos aporta una clara ilustración para comprender no pocas de las Resoluciones adoptadas por el Centro Directivo (6 de septiembre de 1988, 12 de junio, 30 de junio y 7 de julio de 1989, la importante de 5 de mayo de 1993) y puede constituir un instrumento preciosísimo para la inteligencia de futura jurisprudencia. Sin embargo, el autor nos mueve, más si cabe que por su «potestas», por su «auctoritas», que gana página a página, mediante depurada estrategia:

— El sólido e impecable *razonamiento jurídico.*

— La cuidadosa *exposición del contenido,* que parte primero de la tesis sostenida y se desarrolla a continuación con elaborados argumentos.

— El uso de *notas a pie de página,* que no impiden una ágil lectura pero tampoco permiten escapar a la precisión de nuevos supuestos, razonamientos o consecuencias; preceptos de difícil consulta, o incluso, en la página 23, una hipótesis sugerida por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, a quien va dedicado el libro.

— El minucioso estudio del *Derecho Histórico* (Leyes de Partidas, procesales e hipotecarias, antecedentes legislativos) y *Comparado* (especialmente, la hipoteca judicial del art. 2.117 del Code Napoleón).

— Se nos han evitado farragosas relaciones de autores (cuya cita se ha reducido a la explicación de nuestro antiguo Derecho y a la configuración de la *traditio)* y de jurisprudencia (con la referencia aislada en tres ocasiones).

Con estas y otras «armas», SARMIENTO RAMOS va conduciéndonos hacia una concepción del embargo como vinculación de alcance real, que nace desde el momento mismo en que se decreta judicialmente, sujeción *erga omnes* del bien trabado al proceso en que se decreta, que atribuye al Juez el *ius disponendi* sobre dicho bien y que afecta a las resultas del pleito la totalidad del precio de remate que se obtenga. Por otra parte, ni el acto procesal de la traba, ni la anotación preventiva de embargo, alteran la naturaleza personal del crédito del actor Este, en virtud de la constancia registral del embargo, adquiere una simple preferencia respecto de las deudas posteriores, la certeza de que sobre el bien trabado ningún acreedor meramente personal podrá cobrarse preferentemente a él (salvo tercería de mejor derecho o declaración de concurso o quiebra)

El libro comienza con una breve introducción que nos acerca a la institución del embargo, como figura semiestancada en un proceso de evolución

(vinculación ideal, alienabilidad del bien trabado), que exige un nuevo paso legislativo. Se expone y critica la concepción dominante del embargo como afección del bien trabado a la seguridad del *crédito* del actor Frente a ella, SARMIENTO RAMOS propone la tesis de la afección del bien tratado al *proceso* en que se decreta con el fin de garantizar y viabilizar su ejecución. Se presenta un plan de exposición de la obra, en la que en siete apartados, señalados como las mismas anotaciones —y en especial la que aquí nos ocupa—, con letras por riguroso orden alfabético, se recogen las materias que contribuyen a perfilar la naturaleza jurídica del embargo.

La parte A. INALIENABILIDAD O ALIENABILIDAD DEL BIEN TRABADO es la de mayor extensión del libro. Plantea la cuestión de si el embargo conlleva una verdadera prohibición de disponer y la inmovilización del bien o es una mera vinculación ideal. Para resolverla, se hace un elaborado estudio de la evolución legislativa las Leyes de Partida, el Derecho Posterior, la primera LH de 1861, la legislación procesal (tanto de 1855 como de 1881), el Código Civil. La Ley de Reforma Hipotecaria de 21 de abril de 1909 supuso el tránsito legislativo de la *inalienabilidad* a la *alienabilidad*, con su artículo 16 *in fine* (actual art. 38 *in fine* LH), al referirse al tercer poseedor de bienes anotados de embargo. No obstante, dice SARMIENTO RAMOS, el cambio fue debido exclusivamente a un proceso de difuminación de esquemas jurídicos y a una superficial asimilación embargo-hipoteca, difícilmente armonizable con el sistema normativo general.

El epígrafe B trata de la POSICION PROCESAL QUE CORRESPONDE A LOS ADQUIRENTES DE DERECHOS SOBRE EL BIEN EMBARGADO EN EL PLEITO EN QUE SE DECRETO LA TRABA. La tradicional interpretación del artículo 38 último LH exige el requerimiento de pago al propietario actual para poder pasar a la fase de apremio El autor sostiene que el adquirente posterior no exige ser notificado, únicamente puede comparecer a su instancia en el proceso; no ostenta legitimación pasiva en el juicio declarativo (embargo preventivo) ni en la fase de cognición del juicio ejecutivo; sólo tiene facultades en la fase de apremio y en el concepto, no de deudor, sino de propietario del bien. Sin embargo, hemos de apuntar que el nuevo artículo 1.489-1.° LEC exige ya que en la certificación registral se incluya la titularidad de dominio del bien embargado.

En la letra C. ALCANCE CUANTITATIVO DE LA RESPONSABILIDAD QUE PESA SOBRE EL BIEN EMBARGADO se combate la doctrina casi unánime que, desde el tenor de los artículos 72-2.° LH y 166-3.° RH, defiende la concreción de la responsabilidad al importe inicialmente reclamado. Frente a ello, SARMIENTO RAMOS puntualiza que en el embargo queda sujeto el *bien* trabado en sí mismo, es decir, todo el importe de su enajenación, y expone las diferencias esenciales entre el embargo y la hipoteca.

El siguiente apartado es el D. DESTINO DE LAS CARGAS Y GRAVAMENES RECAYENTES SOBRE UN BIEN EMBARGADO CUANDO SE EJECUTA ESTE EN EL PROCESO EN QUE SE ACORDO LA TRABA Aquí se compara el embargo, en tanto que vinculación real que nace desde que se decreta judicialmente, y los restantes gravámenes que recaigan sobre el bien trabado. La relación de preferencia a que aluden los artículos 131, regla 8ª, y 133, párr. 2.° LH no es la de los créditos subyacentes, sino la de los gravámenes, que se resuelve por el criterio del *prior tempore potior iure*. La ejecución por una acción personal conlleva la cancelación de toda carga o gravamen posterior, aunque proteja un crédito preferente. La ejecución de una hipoteca per-

mite la subsistencia de un embargo anterior, en garantía de un crédito de peor condición.

El problema del reembargo y simultaneidad de ejecuciones individuales sobre un mismo bien se aborda en la parte E. POSIBILIDAD DE YUXTAPOSICION O CONCURRENCIA DE EMBARGOS SOBRE UN MISMO BIEN EN GARANTIA DE DEUDAS DIVERSAS DE SU TITULAR, ACORDADOS EN PROCESOS DIFERENTES Sin negar la configuración práctica y normativa del reembargo (art. 252 LPL) se rechaza, cuando menos, la simultaneidad de ejecuciones individuales, dada la triple posibilidad que la LEC concede al acreedor ante el embargo trabado sobre los bienes del deudor a instancia de otro acreedor: interponer tercería de mejor derecho, solicitar la retención del sobrante o acudir a la ejecución universal

El siguiente apartado constituye, quizá, el de mayor relevancia desde un punto de vista registral. Bajo el título «F SIGNIFICACION JURIDICA DE LA ANOTACION RESPECTO DE LA EXISTENCIA Y EFICACIA DEL EMBARGO», se plantea el problema del carácter constitutivo de la anotación para la existencia del embargo o para su eficacia frente a terceros Tras una sistematización clara de las posturas doctrinales, SARMIENTO RAMOS combate la tesis del valor constitutivo absoluto y del valor constitutivo respecto de la eficacia real del embargo Según el autor, el embargo existe y produce todos sus efectos, sustantivos y procesales, incluida la prevalencia sobre los actos dispositivos posteriores, desde el momento mismo en que se practica la diligencia judicial contemplada en los artículos 1 442 y 1 454 LEC. Excepto el efecto de preferencia creditual, que no es inherente al embargo sino inherente a la anotación, *ex* artículo 44 LH y 1.923-4.ª del Código Civil

Finalmente —*last but not least*—, el capítulo G. ENAJENACIONES ANTERIORES A LA TRABA QUE SE INSCRIBEN CON POSTERIORIDAD A LA ANOTACION DE ESTA, nos recuerda que el anotante de embargo no está protegido por la fe pública registral y que la enajenación anterior a la traba, aunque se inscriba después de la anotación de embargo, goza de preferencia sustantiva. ¿Cómo hacer efectiva esta prevalencia? Según la que venía siendo reiterada doctrina del TS y de la DG, la sola inscripción de esa enajenación determina la imposibilidad de inscribir en su día la adquisición del rematante (art. 20 LH). Por el contrario, SARMIENTO RAMOS argumenta cómo esa enajenación anterior al embargo debe hacer valer su preferencia mediante la oportuna tercería de dominio. En otro caso, la inscripción a favor del rematante determinará la cancelación del asiento que constató la enajenación.

El libro termina con las CONCLUSIONES FINALES y unas páginas comentando la Ley 10/1992, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, y en especial los nuevos artículos 1.453-2.º, 1.490 y 1.518. Lástima que la edición no haya podido recoger también un análisis sobre la modificación del RH (llevada a cabo por el Real Decreto 1368/1992, de 13 de noviembre) y el criterio de ciega prioridad formal del artículo 175, regla 2.ª reformada. Asimismo, la Resolución de la DGRN de 5 de mayo de 1993 hace aplicación de este precepto, para la cancelación de la inscripción, posterior a la anotación preventiva de embargo, de una enajenación otorgada con anterioridad a la constancia registral de la traba, en la línea apuntada por el autor. Aunque el estudio de dicha Resolución excede del ámbito de esta reseña, baste destacar aquí que se trata de un embargo en procedimiento de apremio por débitos fiscales, lo que demuestra, como decíamos al principio, el carácter multidisciplinar de la institución.

Esperamos nuevos comentarios de Juan SARMIENTO RAMOS y le agradecemos con enorme satisfacción su libro «EN TORNO A LA NATURALEZA JURIDICA DEL EMBARGO».

ELENA MÚGICA ALCORTA
Aspirante a Registradora
de la Propiedad

FERNÁNDEZ DEL POZO, LUIS: *La propiedad inmueble y el Registro de la Propiedad en las sociedades antiguas*, Ed Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 1993.

La obra enunciada es singular, excepcional y honra tanto a su autor que a tenor de lo dilatado de su contenido —propiedad inmueble y publicidad registral en Egipto con amplias incursiones a Grecia— como su considerable bibliografía ha dedicado algunos de sus no excesivos años a la materia, como a la Editorial que ha tenido más en cuenta el valor de los estudios que intereses meramente materiales, mérito adicionable al de publicar una de las revistas jurídicas de más calidad y regularidad en nuestra patria. En España, donde salvo las escasas aportaciones del Maestro D'ORS, valiosísimas, y las contribuciones de Guillermo TELL, Ramos FOLQUÈS, don Jerónimo o generalidades de segunda mano, el tema constituía una laguna, el estudio de FERNÁNDEZ DEL POZO adquiere la condición de hito o estela limítrofe, susceptible de completar la excepcional colección que acaban de publicar MURMANE y VAN SICLEN en Londres, en 1993.

Fuera de nuestra patria si mucho es lo escrito sobre Egipto, su sistema jurídico y sus escribas (destacando la obra de SCHLOTT, Munich, 1989), tampoco abunda lo registral, aunque se conocen nombres de Registradores y auxiliares de la institución que ha detallado la *Prosographia* de PEREMANS. Pero, sobre todo, el tema de los escribas ha originado una literatura considerable, lo propio que la de la escritura que aparece alrededor del III milenio a. de C. en Elam y Egipto. Parece que la primera fue algo más antigua (tenemos un texto de Uruk del 3300), pero no hay que olvidar que aparte otras independientes —como las maya, china o la Vinça-Tordos de los Balcanes, que se emplaza en el V milenio— no es posible la existencia de un sistema de escritura *ex nihilo* y *ex novo*, como también hay que tener presente que algunas de las montañas en la que se encuadra Tebas poseen dibujos de avestruces y elefantes, resto de cuando El Sahara era una pradera verde o una selva que permitía a los hombres acechar a dichos animales. Hoy, Egipto, envuelto por desiertos, queda casi reducido al Valle del Nilo, que se abre en abanico en la región del Delta cubierta por los limos negros que ha arrastrado el Nilo, que fecundan tierras cuya titularidad había que restaurar después de las inundaciones con estelas, catastros y registros. Con la presa de Asuán todo ello ha quedado considerablemente reducido Pero abundan, en especial papiro, los contratos: ZAUZICH, en dos volúmenes de 1968, transcribe y comenta 159 de compraventa.

Recientemente una americana, DENISE, ha publicado una interesantísima obra sobre los *tokens*, artefactos de arcilla o piedra, que en número considerable se han hallado en las excavaciones, despreciados hasta el presente, pero que ella, después de quince años de estudio, considera existen por lo menos desde el x siglo a de C y son expresivos de una arcaica contabilidad concreta,

que pasó a ser abstracta y constituye el precedente de la escritura cuneiforme. Los dos volúmenes de su obra, que reproducen más de 8.000 *tokens* procedentes de 108 ciudades, apasionan, pero sólo es posible citarlos para indicar que no hay escritura sin tanteos anteriores.

Las relaciones de la escritura egipcia con otras próximas serían también de gran interés. Ha pasado el tiempo en que se consideraban zonas estancas las de los idiomas indoeuropeos, semitas o hamito-camitas y si hallamos profundas huellas egipcias en Biblos o Ebla, sabemos también que muchos estudiosos griegos, entre ellos PLATÓN, se trasladaban a Egipto para acrecentar sus conocimientos. Egipto, pese a su historia tan extensa, ofrece una de las sociedades más seguras y mejor preservadas, sin que falten sus períodos de subversión e invasiones. Entre MENES o AHA discutido nombre del primer soberano conocido, y del carácter autóctono de cuya dinastía se duda, y Justiniano, en cuyo tiempo se cierra el último templo pagano, median cuatro mil años MENETON, un sacerdote de los tiempos en que todavía eran legibles los jeroglíficos (275 a. de C.), estableció la tabla de las dinastías.

Los jeroglíficos constituían la escritura monumental; la hierática, con sus varias modalidades, era la normal de la administración; la demótica aparece en el siglo VII a. de C. y la copta (del árabe *gbt*, egipcio) es una variante de la griega, aunque el idioma para que se utiliza es el egipcio. El material de escritura, aparte los *ostrakon*, era fundamentalmente el papiro, fruto de una planta abundante en Egipto, y que intentó trasplantarse a otros puntos sin éxito, que requería una cierta preparación, pero que se conservaba maravillosamente dado el clima. Aparecen papiros escritos ya en 2870, el rollo de papiro constituye el signo jeroglífico de la escritura Los rollos se introducían en canutos y éstos se archivaban en cestos de mimbre o de cerámica Tal vez así funcionaban los registros que, como explica bien DEL POZO, transcribían y expedían copias o certificados.

Egipto es una muestra de que las sociedades jerarquizadas pueden ser prósperas. Desde los faraones hasta los mamelucos y Mohamed Alí, lo normal ha sido una administración central, poderosa y burocratizada en extremo, en la que los escribas han jugado un amplio papel. Ya aparecen en 2900 y su instrumento durante muchos siglos fue un artilugio, normalmente de cuero, que el escriba colocaba en su espalda, en cuya parte posterior se hallaba el estuche para los pinceles y en la anterior dos tinteros con tinta sólida, una roja y otra negra. El artilugio es el jeroglífico expresivo del escriba. Y éste utilizaba sólo dos dedos para escribir, humedeciendo la tinta elegida con el pincel· lo he escrito con mis dos dedos, es la expresión clásica de autenticidad. En el vocabulario corriente escriba equivalía a empleado, pero era frecuente el ejercicio privado, simultáneo o no, con la función administrativa Con la helenización adoptan diversa nomenclatura y su intervención normal, como último testigo, va adquiriendo cierto valor probatorio. Había escribas, sacerdotes y mujeres y escuelas. El nombre notario, estenógrafo, es muy posterior Los *Tabelliones* aludían a las tablillas de cera usadas por los romanos. El último escrito jeroglífico es del 295 y el último demótico del 452, ambos de nuestra era

La obra es una densidad considerable. Egipto es una fuente inagotable aunque se van conociendo elementos comparables en el mundo mediterráneo y en Oriente Medio. En el número III de 1989 de la *Revista del Notariado* argentina Susana BROMBERG analizaba los *sefarim* o escribas hebreos a los que se debe el cambio del alfabeto antiguo por el cuadrático, detallando los escribas que ejercían privadamente su oficio en las puertas de las ciudades; en el

coloquio de 1987 de Epigrafía Jurídica de Pamplona se hizo amplia referencia a las tablas de bronce que obraban en los Tabularios del Príncipe y el Público, que constituían verdaderos archivos-registros complementarios de los provinciales y municipales; Livia MIGLIARDI, en 1989, nos ofrece, precedidos de un formulario, 28 testamentos romanos procedentes de Egipto, uno de ellos versión moderna del *per aes et libram*, siendo de advertir que la dominación romana y bizantina alcanzó hasta el 640 de nuestra era. AMELOTTI ha estudiado maravillosamente el aspecto jurídico de este período en la Historia del Notariado Italiano, ya nos hemos referido a los estudios de Alvaro D'ORS; los documentos y archivos hallados en Oriente Medio son tan numerosos que eludimos incluso su enunciación; los depósitos de estelas y documentos en templos y edificios especiales radicados en Agoras son propios de Grecia y la zona citada. Falta sólo una simple alusión a España, donde no hallamos archivos, pero sí documentos: la recientemente aparecida *Lex Irnitana* o los hallados en Botorrita, el más extenso de los cuales se halla, todavía, en estadio de análisis. Un busto de Registrador acadio se halla en el Museo del Louvre, según informamos hace poco tiempo en el Boletín del Colegio.

El Registro de la Propiedad es un complemento, más que útil, necesario para el tráfico jurídico, aunque su estructura y funcionamiento debe adaptarse a las necesidades del momento. Lo ha expresado el catedrático de Barcelona Francisco RIVERO en su exégesis (aparecida en 1993) al Anteproyecto de Conjuntos Inmobiliarios de 1991, que abarca institutos de tan distinta naturaleza que casi es imposible hallarles una base común: *Las complejas urbanizaciones privadas y conjuntos inmobiliarios dedicados a multipropiedad, y aun ciertas propiedades horizontales, más dinámicas, requieren mayor y mejor información de esos datos que no alcanza a suministrar el Registro. Es esta, sin embargo, una institución que podría recibirlos, ordenarlos y proporcionarlos, realizando una función un tanto diferente de la suya típica y actual, pero para la que está especialmente preparada, técnica y funcionalmente... La informática, que ya ha entrado en el Registro... permite almacenar esos datos, ordenarlos con criterios varios, adaptarlos a las necesidades del tráfico, de forma y en condiciones de poder ser suministrados pronto, total o selectivamente, a la sociedad y a los interesados... no puedo omitir que es el Registro de la Propiedad... la institución pública que mejor puede acometer y cumplir esa importante función*

Sólo nos queda expresar, en breves líneas finales, nuestra profunda gratitud al autor y a la Editora por habernos procurado con obras de tal calidad la inmersión en temas complejos y de extensas ramificaciones, que vienen apasionándonos desde los lejanos tiempos de nuestra juventud y lo siguen en la extrema veteranía.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

DEL POZO CARRASCOSA, PEDRO: *El sistema de compensación urbanística*, Editado por Marcial Pons, Madrid, 1993. Un volumen de 190 páginas

De los tres sistemas de ejecución del planeamiento urbanístico tipificados en nuestra legislación, no cabe duda que en el de compensación es donde se observa una mayor participación de los particulares, toda vez que los propietarios aportan los terrenos de cesión obligatoria, realizan a su costa la urbanización en los términos y condiciones determinados en el Plan y se constitu-

yen en Junta de Compensación con el fin de llevar la gestión común, proceder a la urbanización y repartir los solares, así como los beneficios y las cargas. Todo este proceso requiere la aprobación posterior por parte de la Administración, que tiene más que decir en los otros dos sistemas, ya que en el de cooperación es la que ejecuta las obras de urbanización con cargo a los terrenos de cesión obligatoria aportados por los propietarios, procediendo después a su reparcelación; y que decir del sistema de expropiación, en el cual la Administración actuante asume el protagonismo exclusivo del proceso.

No obstante la indudable naturaleza administrativa de estas actuaciones, en la obra que nos ocupa el Profesor DEL POZO CARRASCOSA hace hincapié en el aspecto civil de las mismas, ya que no debemos olvidar que se trata de la propiedad de los terrenos comprendidos en las unidades de ejecución, recalcando la importancia que en la legislación urbanística se da a la función social de la propiedad. Así nos lo hace ver, transcribiendo este elocuente pasaje del párrafo 10, apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación urbana de 1956: « .. porque si la propiedad privada ha de ser reconocida y amparada por el Poder Público, también debe armonizarse el ejercicio de sus facultades con los intereses de la colectividad». Este espíritu ha sido recogido por el artículo 3.° del Texto Refundido de 1992, al disponer que el suelo debe usarse en congruencia con la utilidad pública y la función social de la propiedad, garantizando el cumplimiento de las obligaciones y cargas que de dicha función social se derivan

Tras definir los caracteres generales del sistema, pasa a estudiar la figura de la Junta de Compensación, una de las llamadas «Entidades Urbanísticas Colaboradoras», que en este caso concreto permite a los particulares participar en la gestión urbanística. Según el autor, el fundamento de la existencia de la Junta tiene un doble carácter: es público en cuanto que tiene por objeto la gestión y ejecución de una función pública, es decir, de la urbanización completa de la unidad de ejecución, de la cual responde ante la Administración, pero también tiene carácter privado por las aportaciones patrimoniales de algunos de los miembros integrantes de la Junta, constituyendo un fondo común de acuerdo con el principio de solidaridad de beneficios y cargas. La Junta tiene, según la Ley del Suelo, «personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines», adquirida mediante su inscripción en el Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras.

En cuanto a la composición de la Junta, este estudio distingue cuatro fases. primera, la situación de «propietario afectado» (es decir, de suelo comprendido en la unidad de ejecución), segunda, la legitimación para formar parte de la Junta; tercera, la aceptación del sistema de compensación por los propietarios interesados; y cuarta, la integración efectiva, es decir, la confirmación, mediante su ingreso en la Junta, de la aceptación del sistema por el propietario afectado. La Junta se constituye mediante la redacción de unos estatutos y el nombramiento de unos órganos rectores.

El proyecto de compensación elaborado por la Junta y aprobado por la Administración será el título de atribución de los derechos derivados de la gestión urbanística, y el legitimador de las operaciones jurídicas que afecten a los propietarios incluidos en la unidad de ejecución. Así, el proyecto debe fijar el derecho de cada propietario, describir la situación inicial de las fincas aportadas, así como los terrenos que no han de ser adjudicados a los propietarios, por reservárselos la Junta para enajenarlos con objeto de sufragar los gastos de la urbanización (en este caso, dice el autor, el proyecto también

constituye el título de atribución a la Junta del poder de disposición sobre estos terrenos), y lógicamente, describir los terrenos que han de ser adjudicados a los propietarios.

En cuanto al acceso del proyecto al Registro de la Propiedad, critica el autor la insuficiencia y complejidad de la nueva legislación respecto de los mecanismos de constancia registral que ya estaban contemplados en el Reglamento de Gestión Urbanística, cuyo artículo 114 queda derogado en la tabla de vigencias del Texto Refundido, el cual, sin embargo, en su Disposición Final, parece mantener la vigencia de los artículos que en el Reglamento de Reparcelaciones se refieren al acceso al Registro de las consecuencias derivadas de un proceso de reparcelación. En cambio, el artículo 310.5 del Texto Refundido deja la regulación de estos detalles a una futura norma reglamentaria.

El mecanismo del citado artículo 114 del Reglamento de Gestión consistía en cancelar las hojas registrales correspondientes a las fincas de la unidad de actuación, apertura de una nueva hoja para cada una de las fincas resultantes, y constancia registral de los derechos reales compatibles con el planeamiento, así como de la afección de las fincas al cumplimiento de las cargas y pago de los gastos inherentes al sistema.

En la legislación actual, el artículo 310 3 del Texto Refundido prevé dos operaciones que desembocan en la apertura de un nuevo folio registral para cada una de las fincas resultantes del proyecto de compensación: 1.°, la «cancelación directa de las inscripciones y demás asientos vigentes de las fincas originarias, con referencia al folio registral de las fincas resultantes del proyecto», o 2.°, la «agrupación previa de la totalidad de la superficie comprendida en la unidad de actuación y su división en todas y cada una de las fincas resultantes de las operaciones de reparcelación o compensación». Termina criticando la ambigua e incompleta redacción del artículo 104.3, por el cual no parece claro el proceso de determinación del titular registral de las fincas resultantes.

La afección de las fincas al sistema de compensación, en el régimen del Reglamento de Gestión, se hace constar en el Registro de la Propiedad mediante nota marginal extendida a instancia de la Junta de Compensación. El Texto Refundido también regula la nota marginal en el folio de la finca originaria sometida al sistema, si bien su ausencia no implica la paralización del proceso debido al efecto múltiple que el artículo 310.5 atribuye al título por el que se inscribe el proyecto de compensación.

La atribución del poder de disposición es la que permite a la Junta realizar la gestión urbanística. A estas facultades dispositivas, así como al funcionamiento de la Junta, dedica el autor un detallado capítulo. Todo ello sin perder de vista el aquí denominado «derecho en la compensación», es decir, el del propietario afectado a seguir siéndolo en tanto la Junta no ejercita el poder de disposición sobre la finca. Es una situación transitoria destinada a ser reemplazada por la creación de un nuevo derecho para cada uno de los propietarios de la unidad. Así se tendrá en cuenta la cuantía de su derecho en el proyecto y se determinará la proporcionalidad de las adjudicaciones. Estas últimas suponen la culminación del proceso de ejecución del proyecto.

Tras un breve análisis de la finca como elemento de garantía real de las cargas del sistema, termina este trabajo con un repaso a la legislación autonómica sobre la materia.

En conclusión, se trata de un interesante estudio que contribuye a completar la visión del Urbanismo, no como una sucesión de actos exclusivamente

administrativos, sino también impregnados de importantes matices civiles y registrales.

JOSÉ MARÍA CORRAL GIJÓN

MANZANO SOLANO, ANTONIO. *Derecho Registral Inmobiliario (para iniciación y uso de universitarios)*, vol. II: «Procedimiento registral ordinario», Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1944. Un tomo de 655 páginas.

Siguiendo con paso firme la tarea propuesta, nuestro compañero Antonio MANZANO SOLANO, Registrador de la Propiedad de Córdoba y Profesor de aquella Universidad, nos ofrece ahora el volumen II de este libro, que aún destinado a los universitarios, también nos aprovechará a los profesionales que trabajamos todos los días en el procedimiento registral.

Esperábamos el libro con cierta impaciencia, dada la altura que tuvo la primera parte, y la expectación queda plenamente justificada a la vista del espléndido resultado que el autor consigue en este tomo.

En la nota preliminar del libro nos dice Antonio MANZANO, que ya nos había anticipado un aviso en este sentido en el primer tomo, que si bien no hay un tratamiento previo de la teoría de los principios hipotecarios, como es habitual en las obras clásicas de la disciplina, esto no significa la eliminación de su estudio. Tal cosa sería, confiesa, paladinamente, una pretensión tan imposible como no deseable.

Ciertamente, bien se contemplen como reglas del procedimiento registral o como efectos del sistema, los principios estarán siempre presentes, apareciendo a cada paso sin poderlos evitar. Así, nuestro buen amigo Antonio MANZANO no da de lado a los principios sino que los va exponiendo a medida que son precisos para una mejor comprensión de cada uno de los distintos momentos del procedimiento registral en que se aplican. Con ello nos deja tranquilos de que no deriva por los caminos de algunos que quieren dárselas de «progres» y osan atacar el sistema que tan bien construyó don Jerónimo GONZÁLEZ

Centra el contenido de la obra en la exposición de los diversos momentos que integran el procedimiento que ordinariamente rige en la llevanza de nuestros Registros. Este procedimiento tiene un primer escalón formal o instrumental que consiste en la práctica de los asientos y un resultado final estrictamente jurídico que se manifiesta en la publicidad o proclamación de la verdadera situación jurídica del inmueble. Esta publicidad no es de mera noticia sino productora de efectos en cuanto que proporciona la tutela de las relaciones jurídicas existentes, basada en el control de legalidad previo a la inscripción.

En cuanto a la naturaleza jurídica del procedimiento registral el autor repasa las distintas posturas y se queda con la tesis de MESA MARTÍN de que es un control legitimador de la apariencia jurídica y está orientado a lograr una publicidad que se basa en la autenticidad y legalidad y cuyo fin es proporcionar al tráfico inmobiliario un sólido instrumento de seguridad jurídica.

Antes de entrar de lleno en el procedimiento en sí mismo, el autor se deja llevar por el peso de la tradición e intercala unas ideas introductorias sobre los principios hipotecarios, presentando una sumaria pero completa enumeración de los mismos, poniéndolos en relación con la publicidad registral y resaltando

también su importancia para la enseñanza y comprensión del Derecho Registral.

Igualmente examina de modo previo los elementos jurídicos materiales de la publicidad registral, bajo el rótulo del principio de especialidad; aquí comprende la exposición de la finca y los derechos inscribibles, con la cuestión concomitante de si nuestro sistema admite o no el *numerus apertus*, exponiendo las normas y la doctrina de la Dirección General.

Todos los derechos se formalizan en documentos que constituyen los títulos inscribibles en sus diversas facetas posibles, dentro de la exigencia normal de la documentación pública, otorgada en España o en el extranjero Y termina el principio de especialidad con el estudio de la figura del titular registral en sus varios supuestos ordinarios o especiales en los que se puede presentar en nuestro sistema.

El procedimiento registral propiamente dicho se inicia a instancia de los interesados mediante la solicitud de registración. Aquí se examina el principio de rogación estudiando el modo de pedir la inscripción con la presentación del título en el Registro, bien personalmente por los propios otorgantes o por sus representantes o incluso por correo; recuerdo que una de las primeras colaboraciones de Antonio MANZANO en esta revista fue un trabajo sobre el asiento de presentación; por entonces ambos trabajábamos por Registros de Extremadura y éramos más jóvenes. Ahora mejora aquel estudio y le añade el nuevo procedimiento de presentación por telefax, no falto de embrollos y dificultades a la hora de determinar la verdadera prioridad.

Se termina la fase inicial del procedimiento mediante la práctica del asiento de presentación, cuya estructura y efectos determinantes de la prioridad registral son analizados minuciosamente por el autor en todas sus posibles vicisitudes.

Una vez ingresado el título, el procedimiento pasa a la fase de calificación que entraña la conexión con el principio de legalidad, uno de los básicos de nuestro sistema. El Registrador tiene una competencia exclusiva, que es a la vez deber ineludible, de ejercer el control de la legalidad de los títulos. Sólo se puede inscribir lo que se ajusta a la Ley y cuando no se encuentran obstáculos en el Registro La cosa es así y no tiene vuelta de hoja, digan lo que digan algunos avisados que quisieran enmendar la plana. Es una función obligatoria, independiente y libre, responsable y revisable, estos son los aspectos básicos que conforman la función registral y que el autor ha sabido tratar en sus justos límites A la hora de calificar es preciso hacerlo dentro del ámbito competencial que las leyes determinan, según los distintos documentos a examinar, de este examen puede resultar una calificación favorable que da paso a la práctica de los asientos solicitados o, en otro caso, origina una denegación o tan sólo la suspensión para subsanar los defectos cuando sea posible.

Hemos dicho que las dificultades para inscribir pueden dimanar del título o de los obstáculos que surgen del Registro. Respecto a estos últimos, uno de los más frecuentes es la falta de previa inscripción del transferente y aquí es donde juega el principio de tracto sucesivo, el cual supone un auténtico presupuesto técnico para la práctica de los asientos. Antonio MANZANO hace un estudio completo de los antecedentes del artículo 20 de la Ley Hipotecaria y de la implantación actual, exponiendo todas sus modalidades.

La fase de ejecución del procedimiento registral se manifiesta en la práctica de los asientos. El autor examina los conceptos y clasificaciones que todos

conocemos. El asiento tipo es el de inscripción, que merece la atención prioritaria del autor en cuanto a su teoría general, para pasar después a las particularidades de las inscripciones más relevantes por su objeto compraventa con modalidades, conjuntos inmobiliarios, multipropiedad, leasing, hipoteca, como figuras más frecuentes que acuden a los Registros.

La anotación preventiva como asiento provisional predestinado a convertirse en inscripción si no decae por caducidad es también de gran frecuencia y organizador de no pocos problemas procesales y materiales El autor le dedica cuatro extensos capítulos en el libro donde se expone toda su sistemática Primero estudia la anotación de demanda de propiedad y la de incapacidad, después la de embargo, tan frecuente en estos tiempos de crisis y que suscita a veces difíciles cuestiones derivadas de la responsabilidad de los deudores proclives a simular traspasos de titularidad para eludir la carga En el cuarto capítulo engloba todos los demás supuestos de anotación que contempla la Ley Hipotecaria.

Retocando y perfeccionando el concepto que nos da Roca, el autor nos dice que la nota marginal en un asiento accesorio, generalmente simple, breve y tasado por la Ley, que se extiende al margen de los asientos principales y que tiene por finalidad complementar tales asientos, bien coordinando las operaciones registrales de los mismos con otros, bien constatando circunstancias, actos o negocios jurídicos que afecten al asiento principal respectivo. Señala los caracteres, fundamento, clases y casuística de las notas marginales, para completar el estudio con la duración de las mismas

Y el último capítulo trata del asiento de cancelación, que su pone la muerte de otro asiento anterior y conlleva la presunción de haberse extinguido el derecho que entrañaba su contenido respectivo Estudia el autor las causas que motivan las cancelaciones en sus diversos casos y los títulos idóneos para efectuarlas, según intervenga o no la voluntad del titular del derecho.

Como vemos, un tratado completo del procedimiento registral que ahora precisa ser coronado con la materia relativa a la efectividad de los asientos. La publicidad registral con sus principios de legitimación, fe pública e inoponibilidad de lo no inscrito esperan turno para que el autor entre más en materia y eche mano de nuevo de los inesquivables principios hipotecarios en el nuevo volumen que esperamos.

De momento cerramos el comentario del volumen presente diciendo una vez más que nos ha gustado grandemente por la claridad y concisión de sus ideas que lo harán asequible a sus alumnos Pero además nos gusta la profundidad doctrinal y el agotamiento de la materia en el estudio de las cuestiones propuestas que hacen el libro idóneo para la frecuente consulta de los compañeros y demás profesionales jurídicos que tengan algo que hacer en el Derecho Registral

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

LASARTE ALVAREZ, CARLOS: *Principios de Derecho Civil,* tomo III «Contratos», Ed Trivium, Madrid, 1994 Un tomo de 406 páginas

El Profesor ALBALADEJO, al que considero no sólo maestro sino también amigo desde que me dirigió la Tesis Doctoral, imaginaba, y así lo contaba

donosamente en los cursos del Doctorado de la Complutense, cómo creía, o fingía creer, que se fraguó la codificación francesa dando lugar al Code que ha servido de patrón a otros varios, entre ellos el Código español

Según esa fantasía, Napoleón Bonaparte, en sus tiempos de oficial de artillería, solía llenar los tedios de sus guardias nocturnas leyendo nada menos que las novelas de Justiniano; y tanto le atrajeron que pensó en la posibilidad lejana de que si algún día era alguien en Francia impulsaría la aplicación ordenada del Derecho que estaba aprendiendo, sustituyendo la entonces confusa y dispersa normativa civil existente por un Cuerpo Legislativo único. La imaginativa idea pudo hacerse realidad cuando Napoleón llegó a la más alta magistratura de su país, plasmándose en el Código que todos conocemos bajo su nombre. Naturalmente, él no lo hizo, que para eso estaban los juristas, pero parece que sí intervino en algunas de sus ideas claves.

Y aquí viene el destello del maestro ALBALADEJO, pues según él, Napoleón dijo (¡y cualquiera era el guapo que se atreviera a oponerse al Emperador!) que la donación no era un contrato, sino un *acto*, y así quedó reflejado no sólo en su Código, sino que ha pasado a los demás cuerpos legales que le han seguido. El Código español la considera un modo de adquirir la propiedad (art. 609) y la define como «acto de liberalidad» (art. 618), sacándola formalmente de su encuadramiento del ámbito de las obligaciones.

He traído a colación esta anécdota porque en este libro, el tercero que comentamos del Profesor Carlos LASARTE ALVAREZ, Catedrático de la Universidad de Educación a Distancia y Vocal de la Comisión General de Codificación, se estudia la donación como *contrato* y esta es realmente su verdadera naturaleza. Me ha causado impresión la decisión con que el autor lo remarca y por eso resalto de entrada tal rotulación.

Pero nos estamos adelantando demasiado y pedimos disculpas por este injustificado anticipo de ideas que han de venir después y por su orden.

Lo primero que deberíamos haber dicho es que el Profesor LASARTE ALVAREZ, confirmando su devoción a «San Alcontado» a que nos referíamos en el comentario anterior, sólo ha dejado pasar unos meses desde que lanzó su tomo referido al estudio de la obligación en general hasta el tomo presente en que ya aborda el tema de los contratos en particular. Todo un récord de prontitud y efectividad, que justifica en la necesidad de proveer del correspondiente libro de texto a sus alumnos de la UNED, ellos se lo agradecerán y nosotros también, dado su acierto expositivo y la amplitud de su contenido; además está tan puesto al día que incluye no sólo las últimas novedades sino hasta los proyectos legislativos en marcha.

Este tomo que tiene el mismo tono didáctico, claro y sencillo, de los que le han precedido, está dedicado a estudiar la institución del contrato, hasta ahora considerado como fuente principal del nacimiento de las obligaciones. Y tras examinar lo que se puede considerar la teoría general de la contratación, entra en la exposición de las distintas figuras de contratos que contempla la legislación.

Decíamos que la generalidad de los autores, siguiendo el Código, consideran el contrato como generador de obligaciones; el Profesor LASARTE amplía la idea y nos dice que es un medio de intercambio de bienes y servicios En efecto, dándole un sentido más actual, el autor considera que el acuerdo para realizar tales intercambios de bienes y servicios con contenido patrimonial y basado tan sólo en la autonomía de la voluntad, crea un vínculo y esto es lo que conocemos con el nombre de contrato.

Tras recoger las conocidas clasificaciones, el autor estudia ampliamente la teoría de los elementos del contrato y siguiendo la pauta básica del artículo 1.261 del Código, analiza el consentimiento y su expresión, el objeto y la causa o motivación, para completar el estudio con las formas de su exteriorización, ya sean constitutivas o sólo probatorias. Sigue el texto con las fases de formación del contrato, desde el precontrato a los supuestos de adhesión y contratos normativos, recogiéndose la Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas y el anteproyecto de ley nuestro sobre condiciones generales de la contratación.

Todavía dentro de la teoría general, el autor estudia de modo extenso lo referente a la determinación de los contratos mediante las limitaciones que pueden suponer sus elementos accidentales añadidos bajo las posibles formas de condición, término y modo, así como las materias de interpretación, eficacia normal del contrato los supuestos adversos que producen su invalidez. Es una exposición completa de la sistemática general de la contratación, perfectamente acorde con el Código y los presupuestos de la doctrina generalmente aceptada.

Al entrar ya en las diversas figuras individualizadas es donde el Profesor LASARTE proclama claramente la naturaleza contractual de la donación. Aunque los artículos 609 y 618 del Código parecen ir por las «vías napoleónicas», el carácter contractual viene determinado, dice el autor, por la exigencia de la aceptación por parte del donatario (art. 630); tiene un carácter real en cuanto que mediante este contrato se transmite directamente el dominio de los bienes. La donación tiene unas modalidades típicas que derivan de su carácter de liberalidad que concede al donante unas amplias posibilidades de modalizar o limitar la transmisión y que son examinadas, así como sus elementos conformadores; son especiales los supuestos de revocación por sobrevivencia o supervivencia de hijos, por incumplimiento de cargas impuestas o por la ingratitud del donatario en los casos determinados por la ley.

Tras la donación viene el contrato eje y centro de las transmisiones onerosas del dominio, que es la compraventa, que se estudia también en sus elementos y contenido. Si se transmite sólo el uso y disfrute tenemos el arrendamiento, figura que se estudia en tres capítulos: el primero dedicado a la regulación general según el Código y los otros dos a las especialidades de sus respectivas leyes de rústicos y urbanos, incluyendo en los últimos y como anexo el anteproyecto de la ley que se encuentra en tramitación y en cuya redacción ha intervenido el autor. ¿Llegará a ser ley alguna vez? Son tantos los intentos que tenemos que dudarlo

El arrendamiento de obra se estudia también en el libro, pero no así el arrendamiento de servicios, seguramente porque los preceptos anticuados e inoperantes del Código están sustituidos y superados por las normas especiales que rigen las relaciones laborales, que tiene entidad propia y se estudian en disciplina separada en las facultades de Derecho. En cambio sí se estudia el contrato de sociedad porque aún se dan casos de sociedades de naturaleza civil al lado de los supuestos casi generales de sociedades mercantiles, objeto de especial estudio en otra rama también.

Junto al mandato, que puede entrañar o no una representación, según nos explica claramente el autor, se exponen los elementos y contenido de los llamados contratos reales que son el depósito y el préstamo, en sus modalidades de mutuo y comodato.

Entre los contratos aleatorios nos detalla el juego, la apuesta y la renta

vitalicia, haciendo una breve referencia al seguro cuyo estudio amplio es del Derecho Mercantil.

En penúltimo lugar del libro se exponen los contratos dirigidos a evitar o terminar litigios. Y como final, la fianza, contrato de garantía personal de carácter trimembre en cuanto que las partes toman tres direcciones y presentan a veces no pocos problemas jurídicos bastante espinosos.

No recoge el libro, supongo que por razón de método, los contratos de garantía real, o sea, la prenda, hipoteca y anticresis, seguramente porque se considera más relevante su aspecto de derechos reales ya constituidos y se reserva su estudio para el tomo del Derecho de cosas que quizá ya esté preparando el autor.

¿Aparecerá pronto? Esta vez no nos hace ningún anuncio al respecto, pero al paso que lleva no sería de extrañar que lo veamos sin tardanza. Carlos LASARTE es un gran trabajador que hace sus libros bien y rápidamente Así lo ha demostrado en este nuevo libro que comentamos, de una gran claridad expositiva y en el que trata de modo completo el tema propuesto.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO
Números 592-93 (Enero-Febrero 1994)

«La extensión objetiva legal de la hipoteca (los artículos 109 y 110 de la Ley Hipotecaria)», por FRANCISCO DE P. BLASCO GASCO, pág. 17.
«En torno a la regulación del *countertrade* en el comercio internacional», por ROSARIO ESPINOSA CALABUIG, pág 81.
«Las sentencias interpretativas e integrativas del Tribunal Constitucional Su problemática», por JUAN JOSÉ GÓMEZ DE LA ESCALERA, pág. 149.

Número 594 (Marzo 1994)

«Arras. Una construcción jurisprudencial», por MANUEL RIVERA FERNÁNDEZ, pág 1701.
«La subrogación arrendaticia del conviviente *more uxorio*», por PILAR ESTELLES PERALTA, pág. 1721.
«El Ministerio Fiscal en la instrucción de los delitos», por JORGE BAÑO Y ARACIL, pág. 1743.
«Algunas reflexiones sobre el arbitraje regio», por JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ VAL, pág. 1895
«Consideraciones sobre el control ejercido por los Tribunales Constitucionales· las vías directa e incidental (control abstracto-control concreto)», por MIGUEL ANGEL ALEGRE MARTÍNEZ, pág 1901
«El convenio colectivo y la legalidad indisponible desde perspectivas judiciales. Evolución y actualidad jurisprudencial», por JAVIER SÁNCHEZ PEGO, pág. 2185.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO
(Febrero 1994)

«Transmisibilidad de las acciones antes de la inscripción de la Sociedad Anónima y del aumento de capital en el Registro Mercantil (I)», por VICTORIO MAGARIÑOS BLANCO, págs. 99 a 144.
«La publicidad efecto y la publicidad noticia», por JOSÉ M.ª CHICO Y ORTIZ, págs 145 a 155.

(Marzo 1994)

«Transmisibilidad de las acciones antes de la inscripción de la Sociedad Anónima y del aumento de capital en el Registro Mercantil», por VICTORIO MAGARIÑOS BLANCO, págs 203 a 222

«Para la unificación internacional del Derecho de obligaciones en la Comunidad Europea», por CARLOS VATTIER FUENZALIDA, págs. 223 a 230.

«Las disposiciones testamentarias captatorias en el Código de sucesiones de Cataluña», por SALVADOR CARRIÓN, págs 231 a 242.

ACTUALIDAD CIVIL
Número 1 (1994)

«De nuevo, sobre la multipropiedad», por XAVIER O'CALLAGHAN

Número 2 (1994)

«Jurisdicción voluntaria en el ámbito hipotecario», por TOMÁS MUÑOZ ROJAS

Número 3 (1994)

«La adquisición de la nacionalidad por opción», por JOSÉ MANUEL LETE DEL RÍO.

Número 4 (1994)

«La inconstitucionalidad del artículo 58 1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (la subrogación *mortis causa* del cónyuge supérstite y del que hubiera convivido *more uxorio* con el arrendatario) Consideraciones del Tribunal Constitucional sobre la familia, el matrimonio y la convivencia extramatrimonial», por JUAN JOSÉ GÓMEZ DE LA ESCALERA.

Número 5 (1994)

«Atribución de uso de la vivienda familiar y *actio communi dividundo*», por SOLEDAD GARCÍA-MAURIÑO y VERÓNICA DEL CARPIO FIESTAS.

Número 6 (1994)

«Estudio del artículo 108 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en torno a la denominada representación familiar)», por ANA FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA.

Número 7 (1994)

«Protección de los derechos de los consumidores y usuarios a través de la intervención del Corredor de Comercio», por MIGUEL FERRÉ MOLTÓ.

Número 8 (1994)

«Problemática actual del leasing inmobiliario», por FERNANDO GARCÍA SOLÉ.

Número 9 (1994)

«Recuperación de la nacionalidad», por JOSÉ MANUEL LETE DEL RÍO.

Número 10 (1994)

«Transexualidad, derecho a la vida privada y derecho al matrimonio El caso español a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y estadounidense», por MARÍA ELOSEGUI ITXASO.

Número 11 (1994)

«La nulidad de pleno derecho de los actos presuntos en la Ley 30/92 de Bases del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», por ELISA DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASADO

Número 12 (1994)

«Sobre la libre remoción de los funcionarios interinos», por JOSÉ M.ª FERNÁNDEZ PASTRANA.

Número 13 (1994)

«Distribución de competencias en materia de medio ambiente entre el Estado y las Comunidades Autónomas», por JUAN JOSÉ TORRES FERNÁNDEZ.

Número 14 (1994)

«La evolución histórica de la regulación de las incompatibilidades de los funcionarios públicos», por JOSE LUIS GIL IBÁÑEZ

Número 15 (1994)

«La omisión del acto de fiscalización o intervención previa a la vista de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre», por ANTONIO LONGAS LAFUENTE.

ANALES DE LA ACADEMIA MATRITENSE DEL NOTARIADO
Tomo XXXII

«Notas sobre la Junta General de accionistas de la Sociedad Anónima», por JOSÉ MANUEL OTERO LASTRES.
«Problemas de forma en el convenio y en el laudo arbitral Su inscripción», por ELÍAS CAMPO VILLEGAS.
«Valor de la escritura y de la inscripción en las transmisiones inmobiliarias», por JUAN JOSÉ LÓPEZ BURNIOL.
«Aspectos notariales y registrales de la reforma de la Ley del Suelo», por JUAN JOSÉ PRETEL SERRANO.
«El control externo de la Sociedad Anónima. Los auditores de cuentas», por JOSÉ MARÍA GARCÍA URBANO
«Algunas notas diferenciales entre la Sociedad Anónima y la Sociedad de Responsabilidad Limitada», por MANUEL GONZÁLEZ MENESES ROBLES.
«La gestión en el Código Civil», por MANUEL CUADRADO IGLESIAS
«Calificación registral. Reflexiones sobre las vías de impugnación», por JESÚS MARINA MARTÍNEZ-PARDO
«Moderna orientación de las relaciones obligacionales», por ANGEL MARTÍNEZ SARRIÓN.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO
Número 136 (Enero-Febrero 1994)

«El patrimonio municipal del suelo en el texto refundido de 1992», por JOSÉ MANUEL DÍAZ LEMA, pág. 13.
«Dictamen sobre aplicación de la cesión del 15 por 100 en suelo urbano industrial del Plan General de X, no adaptado a la vigente Ley del Suelo», por FRANCISCO PERALES MADUEÑO, pág. 51
«Valoraciones del suelo y del aprovechamiento urbanístico. Las valoraciones en los instrumentos redistributivos», por JOSÉ MANUEL MERELO ABELA, pág. 75.
«Algunas consideraciones sobre los aspectos técnicos del aprovechamiento», por FRANCISCO MERINO MATA, pág 107.
«Actuaciones urbanísticas sistemáticas y asistemáticas», por ENRIQUE PORTO REY, pág. 143.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL
Número 209 (Julio-Septiembre 1993)

«Los acuerdos interempresariales sobre investigación y desarrollo y el derecho de la competencia en la CE», por MARÍA GÓMEZ MENDOZA, pág. 839.
«Derecho y obligaciones de la Dirección en relación con la composición del accionariado (acerca del deber de neutralidad frente a una oferta pública de adquisición y otros supuestos de cambios de socios)», por KLAUS J. HOPT, pág. 863.
«El derecho de suscripción preferente a la luz de la experiencia estadounidense», por DANIEL VÁZQUEZ ALBERT, pág 913.
«Algunas notas sobre el régimen de administración de sociedades en Derecho norteamericano», por FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, pág 1039.

REVISTA JURIDICA DE CASTILLA-LA MANCHA
Número 18 (Agosto 1993)

«Las relaciones entre Administraciones Públicas», por EVA NIETO GARRIDO, pág. 13
«Gobierno y Administración ante el Derecho Administrativo», por NURIA GARRIDO CUENCA, pág 33
«Organos de las Administraciones Públicas», por LUIS ORTEGA, pág. 61
«Los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas. Los interesados en el procedimiento administrativo», por JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA, pág. 85.
«El derecho de acceso a archivos y registros», por ANTONIO VILLANUEVA CUEVAS. pág 109
«Régimen general del silencio administrativo», por JESÚS PUNZÓN MORALEDA, pág. 133.
«Términos y plazos», por RUBÉN SERRANO LOZANO, pág. 157.
«Requisitos y eficacia de los actos administrativos Novedades y problemas de interpretación. Nulidad y anulabilidad», por AGUSTÍN DÍEZ MORENO, pág. 189
«Nuevas tecnologías y procedimiento administrativo», por LUIS ORTEGA, pág. 211.
«Las nuevas conquistas del principio constitucional de participación· terminación convencional del procedimiento y medios consensuales de solucion de conflictos administrativos», por FRANCISCO DELGADO PIQUERAS, pág. 219.
«Los principios del procedimiento administrativo y la adecuación de procedimientos», por LUIS ORTEGA, pág. 235.
«El procedimiento administrativo», por JOSÉ LUIS PIÑAR MAÑAS, pág 247.
«Breves precisiones acerca del nuevo régimen jurídico de los informes», por CONSUELO ALONSO GARCÍA, pág 283.
«La revisión de actos», por FRANCISCO PUERTA SEGUIDO, pág. 283.
«La reclamación administrativa previa al ejercicio de la acción laboral», por FLORENTINO DELGADO SÁNCHEZ, pág. 311.
«El derecho administrativo sancionador», por SALVADOR JIMÉNEZ IBÁÑEZ, pág 335.

«El sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio», por EMILIO FRÍAS PONCE, pág. 377.

REVISTA DEL NOTARIADO DE LA REPUBLICA ARGENTINA
Número 833 (Abril-Mayo-Junio 1993)

«La fe de conocimiento notarial. La interpretación actual y propuestas», por E JORGE ARÉVALO, pág. 209.
«Bienes en parte propios y en parte gananciales en el patrimonio de la sociedad conyugal», por FRANCISCO FERRARI CERETTI, pág 231.
«Las facultades indelegables del Estado y los cementerios privados», por MARCELO DANIEL PAZ, pág. 239
Mesas redondas, Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA):

— Inhabilitados, pág. 265.
— Daño a la persona, pag. 281
— Los contratos en la emergencia económica, pág. 295.
— Derecho alimentario límites, pag. 310.
— La propiedad horizontal, pág 329.

Número 834 (Julio-Agosto-Septiembre 1993)

«Concurrencia de aportes propios y gananciales adquisitivos de dominio», por ALBERTO G. ALLENDE, pág 529.
«Problemática de los llamados bienes mixtos en el régimen patrimonial matrimonial. Análisis del fallo plenario Sanz», por NORBERTO F. CACCIARI y otros, pág. 557.
«¿Puede un bien ser propio y ganancial a la vez? Las facultades de calificación del Registro de la Propiedad Inmueble. Cinco salas de la Capital Federal, en sendos fallos, con doctrinas opuestas. El plenario Sanz», pág. 581.
«Las ineficacias testamentarias. Invalidez. Revocación Caducidad. Estudio de las recomendaciones aprobadas en el IV Encuentro de Abogados Civilistas», por FRANCISCO FERRARI CERETTI, pág. 603
«El principio de rogatoria ante el VIII Congreso Nacional de Derecho Registral», por RAÚL R. GARCÍA CONI, pág. 609.

REVISTA NOTARIAL DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS DE BUENOS AIRES
Número 914 (Enero-Abril 1993)

«Arbitraje privado», por ALBERTO F. SOLARI, pág. 19.
«Orígenes de la Ley 17.801. Valoración comparada del folio real y la reserva de prioridad», por EDGARDO AUGUSTO SCOTTI, pág 29.

«Arbitraje. La cláusula compromisoria y compromiso arbitral», por GUSTAVO CRUZ PRAT, pág. 69.
«Formas de testamento (transcripción del artículo publicado en el número 103-104 de *La Revista Notarial*, de febrero-marzo de 1903)», pág. 81
«Venta de inmuebles embargados», por ALICIA FERNÁNDEZ DE CARBALLO, pág. 85
«Sociedades comerciales Normas vigentes en la Provincia de Buenos Aires (D P J 106/91)», por HILDAROSA PARODI, pág. 97.
«Arbitraje», por NÉSTOR OSCAR PÉREZ LOZANO, pág. 147.
«Algunas ideas en torno a la participación societaria. Su realidad», por NÉSTOR OSCAR PÉREZ LOZANO, pág. 161.
«Gestión de bienes por menores de edad», por CRISTINA NOEMI ARMELLA, pág. 171.

BOLETIM DA FACULTADE DE DIREITO. UNIVERSIDADE DE COIMBRA Vol. LXVII (1991)

«Poluiçao Industrial e Dano Ambiental: as Novas Afinidades Electivas da Responsabilidade Civil», por LUIS FILIPE COLAÇO ANTUNES, pág. 1.
«Privilégios Creditórios. Evoluçao Histórica. Regime Sua Inserçao no Tráfico Creditício», por A. LUIS GONÇALVES, pág. 29.
«Entre D. Quixote e Sancho, Relaçao Laboral?», por MANUEL ALONSO OLEA, pág. 47.
«El nuevo impuesto español sobre la Renta de las Personas Físicas», por PERFECTO YEBRA MARTUL ORTEGA, pág 63
«El Estatuto de Autonomía de Galicia», por FRANCISCO PUY, pág. 95.

BOLETIN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO Número 77 (Mayo-Agosto 1993)

«El conflicto del Golfo Pérsico en el marco del derecho internacional», por MANUEL BECERRA RAMÍREZ, pág. 421.
«La democracia sindical», por JOSÉ DÁVALOS, pág 439
«El juicio de amparo mexicano y el recurso constitucional federal alemán (breves reflexiones comparativas)», por HECTOR FIX-ZAMUDIO, pág 461.
«Las libertades públicas y sus garantías en el Estado de derecho», por RODOLFO LARA PONTE, pág. 489.
«Centenario de la doctrina social-católica», por JOSÉ MANUEL LASTRA LASTRA, pág 525.
«La recepción del derecho romano en México. Situación de la mujer en la familia», por MARTA MORINEAU, pág. 545.
«El derecho del consumidor y sus repercusiones en relación con las instituciones financieras», por ARNOLDO WALD, pág. 553
«Modificaciones introducidas en la nueva Ley Minera», por SANTIAGO BARAJAS MONTES DE OCA, pág. 575.
«Ley Federal de Competencia Económica», por JORGE WITKER, pág 585.

Número 78 (Septiembre-Diciembre 1993)

«Apuntes en torno al trabajo indígena y tribal», por SANTIAGO BARAJAS MONTES DE OCA, pág 797
«Criterios normativos para el ordenamiento ecológico», por MARÍA DEL CARMEN CARMONA LARA, pág 819
«Relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en España», por EDGAR CORZO SOSA, pág. 847.
«El municipio como poder político», por DOLORES BEATRIZ CHAPOY BONIFAZ, pág. 865.
«El arrendamiento», por JUAN LUIS GONZÁLEZ ALCÁNTARA, pág. 887
«La justicia agraria», por GREGORIO RODRÍGUEZ MEJÍA, pág 909
«Breves consideraciones sobre aspectos jurídicos de la planeación nacional y la planeación urbana en México», por GABRIELA SÁNCHEZ LUNA, pág. 939.
«Informe sobre subvenciones y gastos electorales en Iberoamérica», por MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ, pág 961

NOTICIAS CEE
Número 108 (Enero 1994)

«Medidas cautelares adoptadas por los tribunales españoles al examinar las órdenes de expulsión de ciudadanos nacionales de países miembros de la CEE», por CELSA PICO LORENZO, pág. 11.
«El control de cambios y las inversiones exteriores», por MIGUEL ANGEL RODRÍGUEZ-SAHAGÚN GONZÁLEZ, pág. 23.
«La noción de medicamento en Derecho Comunitario», por MERCEDES ALVARGONZÁLEZ FIGAREDO, pág. 59.
«La teledistribución ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», por RICARDO GARCÍA VICENTE, pág. 69
«Competencia Conceptos de acuerdo y de práctica concertada», por JOSÉ LUIS SEGIMÓN ESCOBEDO y JACOBO LÓPEZ-RUA LENS, pág. 79.
«Interpretación de los artículos 12 y 95 del Tratado CEE. Impuesto Automóvil», por PERFECTO YEBRA MARTUL-ORTEGA.

Número 109 (Febrero 1994)

«El Sistema Monetario Europeo: Elementos, funcionamiento y evolución», por DOMINGO CARBAJO VASCO, pág. 11.
«Sistema Monetario Europeo: ¿Mecanismo de estabilidad o de riesgo? (Análisis de la crisis del SME)», por SEBASTIÁN GARCÍA TRUJILLO, pág. 17.
«El control de aplicación de las Directivas en España. Aportación a una controversia», por ISAAC IBÁÑEZ GARCÍA, pág. 31.
«La política común de transportes. Proceso histórico, realizaciones y situación actual», por FERNANDO JOSÉ CASCALES MORENO, pág. 37
«Las negociaciones del GATT. Reforma de la PAC y el mundo rural», por JULIÁN BRIZ ESCRIBANO e ISABEL DE FELIPE BOENTE, pág. 53.

«El sector agroalimentario en 1993 entre el mercado único y la nueva PAC», por ALBERT MASSOT MARTÍ, pág. 61
«Las medidas de acompañamiento de la nueva PAC: el ajuste de la reforma La aplicación en España», por FERNANDO SERRANO DE NOREÑA, pág 79.